REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 1 – ANO 1

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2014

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI

Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO
Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Doutrina 23

2- Jurisprudência Cível:

3.1- Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 25
b) Agravos Regimentais 139
c) Apelações 146
d) Conflitos de Competência 388
e) Embargos de Declaração 397
f) Rescisórias 406

3.2- Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 414
b) Agravos Regimentais 439
c) Apelações 450
d) Apelações/Reexames Necessários 609
e) Reexames Necessários 627

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 631
b) Apelações 659
c) *Habeas Corpus* 812

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 825
b) Agravos Regimentais 878
c) Incidentes de Inconstitucionalidade 881
d) Conflitos de Competência 921
e) *Habeas Corpus* 954
f) Mandados de Injunção 957

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 964
b) Agravos Regimentais 977
c) Apelações 981
d) Conflitos de Competência 1006
e) Conflitos de Jurisdição 1020
f) Embargos Infringentes 1032
g) *Habeas Corpus* 1034

6- **Jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura** **1042**

7- Noticiário **1065**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

Composta/Editada pela Equipe da DGJUD 1.2 - Serviço de Publicações e Divulgação - Presidência do Tribunal de Justiça

Praça Dr. João Mendes, 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

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano I, n. 1, jan./fev. 2014 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2014.

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 José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Decano
Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI

ÓRGÃO ESPECIAL

José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI
Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
WALTER de Almeida GUILHERME
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Hamilton ELLIOT AKEL
Regis de CASTILHO BARBOSA
Antonio Luiz PIRES NETO
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
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
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
EROS PICELI

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL

Decano
Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Presidente da Seção Criminal
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI
Desembargador EROS PICELI***
Desembargador ARTUR MAQUES da Silva Filho
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargadora CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA**
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

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 GIACOIA
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
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

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**
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN*

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 LIDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO*

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 da Fonseca
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 José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

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 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 WILLIAM MARINHO de Faria
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO

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 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 GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SERGIO SEIJI SHIMURA
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho

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

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador ERSON Teodoro de OLIVEIRA***
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ

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 PISTORESI
Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO**

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

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

Desembargador RUY COPPOLA***
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

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 SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**

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
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA

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 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**

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)

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
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO***
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*

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 LUÍZA 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 504 — 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
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
Desembargador MARCELO SEMER**

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

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI***
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador 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 403 — 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
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**

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 RICARDO CUNHA CHIMENTI**
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**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

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 PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade***
Desembargador VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ÁLVARO AUGUSTO DOS PASSOS

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 Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA

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 CESAR MECCHI MORALES

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
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO*

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 ROBERTO Mário MORTARI***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**

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 ROBERTO GRASSI NETO
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 236 — 2ª feira — 13:30 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 RENÊ RICUPERO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
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 LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

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

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO***
Desembargador RENÊ RICUPERO
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

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

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Nelson Paschoal Biazzi Junior
Luís Paulo Aliende Ribeiro
Ana Luiza Liarte
Luiz Antonio Coelho Mendes
Maria Laura de Assis Moura Tavares
Theodureto 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
Rômolo 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 Felippe
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
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira

DOUTRINA

GESTÃO DA JUSTIÇA

JOSÉ RENATO NALINI

Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo

Se é difícil obter consenso numa sociedade complexa e pluralista, ao menos é possível detectar algumas linhas frequentes no debate da Reforma do Judiciário. Uma delas é a que atribui parte considerável da disfunção da Justiça à dificuldade em adotar uma gestão racional.

Desde a segunda metade do século XX o tema Gestão Pública preocupa a lucidez brasileira. O objetivo de uma tomada de posição é fazer com que o Brasil disponha de um aparelho de Estado forte e eficiente. Uma concepção a compreender três dimensões: a) a dimensão institucional-legal, com vistas à criação de novos formatos organizacionais. No âmbito federal, foi com esse intuito que se criaram as agências executivas e regulatórias. b) uma dimensão estritamente voltada à gestão, definida por maior autonomia e introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores: a administração por resultados, a competição administrada por excelência e o controle social. Essa visão substituiria, ao menos parcialmente, os regulamentos rígidos, a supervisão e a auditoria, signos de uma administração burocrática.

A terceira seria a dimensão cultural, de mudança de mentalidade. Como eliminar ou no mínimo debilitar a desconfiança generalizada na atuação estatal burocratizada, por uma credibilidade crescente, própria à administração gerencial?

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem condições de enfrentar esse tema. Na dimensão institucional-legal, fortalece os liames com a sociedade civil, a destinatária do equipamento Justiça e a responsável por seu custeio. Não é o governo que sustenta o Judiciário. É o Erário, resultado da tributação que recai sobre todas as pessoas, aparentemente desvinculadas de interesse específico no

Acesso ao Sumário

funcionamento da Justiça.

Por isso é essencial ouvir as entidades, os organismos, os entes intermediários mas também a cidadania. Ela precisa adentrar à realidade da Justiça, encarar seus problemas, opinar sobre seus rumos. Se vier a pretender a continuidade do modelo atual, deverá estar preparada para dispêndio crescente com a manutenção dos serviços e das estruturas que tendem ao infinito. Correspondendo à demanda também infinda pelos préstimos do Judiciário.

Na dimensão voltada à gestão, todos nós - do âmbito por assim dizer "doméstico" - somos chamados a um protagonismo. Administração por resultados: como atingir metas impostas pelo CNJ e pela necessidade dos jurisdicionados, mesmo em antecipação à cobrança? Como aproveitar melhor os instrumentos de tecnologia disponíveis? Como abreviar etapas, enxugar fluxos, acelerar trâmites? No âmbito da competição administrada por excelência, pode-se pensar em como envolver o pessoal de apoio em saudável emulação, para melhorar a performance e figurar no ranking dos vencedores? Qual a melhor forma de estabelecer sanções premiais para os mais exitosos? Como suscitar a criatividade para que o serviço judicial alcance efetivo padrão de excelência?

O controle social advirá da participação da comunidade, primeiro daqueles íntimos à administração da Justiça. Os parceiros de sempre: Ministério Público, Advocacia, Defensoria, Procuradoria, entidades jurídicas, Universidade. Em seguida o empresariado, a mídia, as organizações sociais. A ninguém pode ser vedado contribuir com sugestões, propostas, análises e mesmo críticas. Somos serviço público, antes de expressão da soberania estatal. Temos o dever de oferecer eficiência à população.

Aqui já se adentra à terceira dimensão, a cultural. Se mostrarmos serviços ou expusermos nossas dificuldades, a própria população entenderá melhor os problemas da Justiça. Assumirá o seu dever cívico e procurar soluções. É interesse dela ter um serviço que funcione. E o Judiciário é alavanca essencial não só ao fortalecimento da Democracia. Mas à própria subsistência de um regime que, se não é o melhor, ainda não obteve repúdio para ser substituído por qualquer outro.

Vamos fazer a nossa parte e o Judiciário poderá ser bem melhor em lapso temporal menor do que se imagina.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0120267-50.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravada ANDRETA MOTORS LTDA.

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 10.265)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA E CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Aquisição de veículo automotor. Obrigação do arrendador/adquirente pela regularização da nova situação resultante. Dicção do art. 123 do CTB. Arrendamento a terceiro que não afasta a obrigação assumida. Redução da multa. Razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **BANCO ITAUCARD S/A** contra a r. decisão proferida nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe é movida por **ANDRETA MOTORS LTDA**, que determinou que o agravante providenciasse a transferência do veículo para o seu nome, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), até o limite de trinta (30) dias.

Sustentou, em síntese, que a realização da transferência do bem perante o DETRAN compete ao antigo proprietário do veículo ou ao adquirente; que a teor do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro, a responsabilidade para regularização da atual situação do bem pertence à própria agravada; que o valor

Acesso ao Sumário

da multa fixada é desproporcional ao valor da causa, devendo ser estabelecido com base nos princípios da razoabilidade, tornando possível a aplicação do art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil.

À fls. 86/87 foi indeferido o efeito suspensivo, determinando-se a intimação da agravada.

Não foi apresentada contraminuta, assim como não houve manifestação quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

No caso dos autos, em 21 de agosto de 2007, Edilton Gomes Teixeira vendeu o veículo em questão à agravada (fls. 43), sendo que referido bem, posteriormente, foi adquirido pelo agravante e dado em arrendamento mercantil a terceiro (fls. 45), contudo aquele não fez a transferência do veículo para seu nome.

A obrigação do agravante de realizar a transferência do bem é inequívoca, porquanto esta decorre da propriedade e, portanto, tendo ele adquirido o veículo para arrendá-lo a terceiro, tornou-se o proprietário do bem.

Esta regra foi estabelecida pelo Código de Trânsito Brasileiro, especialmente o previsto no art. 123, I[1], que impõe a regularização da documentação para ajustá-la à nova situação resultante da transferência da propriedade.

Ademais, a questão posta cuida de contrato de leasing financeiro, sendo certo que ao arrendatário foi transmitida a posse direta do bem, permanecendo o agravante com a posse indireta, bem como, por óbvio, com o domínio.

Na letra dos fundamentos do agravo, portanto, cabe ao titular do domínio a regularização dos documentos do veículo, ou seja, ao agravante.

Deixe-se claro que em se cuidando de arrendamento mercantil, em verdade compra e venda disfarçada, o arrendatário apenas, como dito, recebe a posse direta do veículo, assumindo os encargos decorrentes de sua utilização.

Nesse contexto, não tendo transferido o veículo para o seu nome, nem cuidado para que a transferência se operasse, ainda mais quando o veículo foi dado em arrendamento mercantil há quase seis (06) anos, o agravante deve responder pelo ônus da sua omissão.

No que tange à multa, verifica-se que a sua imposição visa o aparelhamento da pretensão posta, não sendo possível afastá-la sem que haja motivação suficiente para tanto, devendo, no entanto, o valor ser reduzido.

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, determinando a redução da multa para R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, limitada ao valor do veículo.

1 Art. 123. Será obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando: I - for transferida a propriedade;

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0099914-23.2012.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante VECTRA ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA LTDA., são agravados MARISTELA THOMAZ AQUINO, NEIMER LELLIS GOMES FERREIRA e PLÍNIO THOMAZ AQUINO.

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 15074)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente), RICARDO NEGRÃO E LIGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Citação. Pedido de falência fundado nos artigos 23, § 1º, da Lei nº 9.656/98, e 105 da Lei nº 11.101/05. Ex-sócios/administradores de operadora de plano privado de assistência à saúde submetida a liquidação extrajudicial e de sociedade coligada à qual estendido o pleito em razão da constatação, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), de indícios da existência de vínculo de interesses e integração com a massa liquidanda. Citação para os fins do artigo 98 da lei nº 11.101/05. Desnecessidade. Perda automática do mandato dos ex-sócios para o liquidante nomeado (artigo 50 da Lei nº 6.024/74, aplicável nos termos do artigo 24-D da Lei nº 9.656/98). Precedentes jurisprudenciais deste E. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão, proferida em ação de pedido de falência de operadora de plano privado de assistência à saúde submetida a liquidação extrajudicial e de pessoa jurídica coligada, que manteve a determinação de citação desta última e, em caráter complementar, ordenou a

citação dos sócios da própria sociedade liquidanda demandante para os fins do artigo 98 da Lei nº 11.101/05.

A agravante alega a desnecessidade da citação dos sócios e/ou administradores da coligada AMR Saúde Ltda., ainda que haja pedido de extensão dos efeitos da falência da requerente Vectra àquela sociedade em razão da presença dos pressupostos para a desconsideração da sua personalidade jurídica, ressaltando que será mantida a sua legitimidade para impugnar e, por isso, não serão afetados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Insurge-se, também, contra a determinação de citação dos sócios da liquidanda Vectra, pois entende descabida a possibilidade de contestarem o pedido de falência quando destituídos de seus mandatos por força da instituição do regime especial de liquidação extrajudicial, implementado pela Resolução Operacional nº 808/10 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - que nomeou para a função de liquidante extrajudicial, nos termos da Portaria ANS nº 4.647/11, o Sr. Wilson Roberto Rosalino, cabendo a este exercer a administração da massa liquidanda e representá-la em juízo e fora dele, conforme estabelece esta autarquia no artigo 4º de sua Resolução RDC nº 47/01.

Reputa violado, pelo r. *decisum* guerreado, ainda, o artigo 50 da Lei nº 6.024/74, incidente sobre as operadoras de planos privados de assistência à saúde por força do disposto nos artigos 24-D da Lei nº 9.656/98 e 198 da Lei nº 11.101/05, combinado com o artigo 23 daquele primeiro diploma legal.

Colaciona jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte sobre a matéria.

Para obstar a citação dos sócios ou administradores da liquidanda Vectra ou da coligada AMR, requer a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento; e seu provimento final para reforma da r. decisão de primeiro grau recorrida.

Redistribuído o recurso em cumprimento ao v. acórdão de fls. 212 (cf. Termo de fls. 217) e reconsiderada a decisão monocrática do Relator sorteado que o convertia em agravo retido, após pedido de reconsideração da agravante, foram requisitadas informações ao MM Juiz da causa acerca do eventual cumprimento da decisão recorrida (fls. 220/227).

Prestadas as informações supracitadas (fls. 232/232vº), foi processado o agravo de instrumento sem intimação dos agravados ainda não citados (Certidão - fls. 235), sobrevindo o Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento (fls. 237/239) e pedido da agravante pela reconsideração do despacho de fls. 233 (fls. 241/244).

É o relatório.

Cumpre anotar, inicialmente, estar prejudicado o pedido de reconsideração

Acesso ao Sumário

do despacho que determinara a intimação dos agravados, ante o próprio teor da Certidão cartorária de fls. 235.

No mérito, de rigor reconhecer a procedência da insurgência versada no presente agravo de instrumento.

Os elementos dos autos demonstram que a ora agravante VECTRA ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA LTDA., em liquidação extrajudicial decretada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), representada por seu liquidante devidamente nomeado (Sr. Wilson Roberto Rosalino), ajuizou pedido de falência com fundamento no artigo 23, § 1º, da Lei nº 9.656/98 e artigo 105 da Lei nº 11.101/05, e extensão da quebra à coligada AMR Saúde Ltda. com arrimo no artigo 50 do Código Civil, por haver indícios de confusão patrimonial e unidade gerencial e laboral entre as sociedades, conforme circunstâncias delineadas no relatório final do liquidante, acostado à petição inicial.

O MM Juiz *a quo*, à luz do disposto no artigo 23, § 1º, I a III, da Lei nº 9.656/98 e do teor da Ata da 301ª Reunião de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como dos documentos acostados à petição inicial, reconheceu como presentes os requisitos para a decretação da falência da operadora e sua coligada (cf. fls. 35vº) - valendo acrescentar que na referida Ata, anexada a Ofício encaminhado ao liquidante, a ANS autorizou a promoção do pedido conjunto de falência da agravante VECTRA e da coligada AMR Saúde Ltda., "*em razão do vínculo de interesse e integração com a massa liquidanda, Processo nº 33902.090771/2010-56*" (cf. fls. 69/70).

Foram determinadas, ainda, as citações dos sócios da VECTRA e da AMR Saúde para os fins do artigo 98 da lei nº 11.101/05, ao entendimento de não se tratar de autofalência porque o requerimento de quebra seria de autoria do liquidante, conforme autorizado pela ANS.

E neste ponto, relacionado à determinação do ato citatório, ressalvada a convicção de S. Exa., o Magistrado condutor do processo, este E. Tribunal de Justiça conserva sólido entendimento segundo o qual no processo de falência de operadora de plano privado de saúde submetida à liquidação extrajudicial decretada pela ANS, conquanto provocado o Poder Judiciário pelo liquidante daquela sociedade, é desnecessária a citação de seus ex-sócios/administradores, na medida em que, por força do disposto no artigo 50 da Lei nº 6.024/74 (aplicável nos termos do artigo 24-D da Lei nº 9.656/98), estes perdem automaticamente o mandato para o liquidante nomeado; mantendo-se preservado, porém, com a decretação da falência, o interesse dos mesmos nas ações que objetivem apurar eventual responsabilidade por atos cometidos na gestão da sociedade falida.

Destacam-se como precedentes jurisprudenciais precisos e abrangentes a respeito da questão, os julgados abaixo (com grifos nossos):

Acesso ao Sumário

"Sociedade operadora de plano privado de assistência à saúde. Liquidação extrajudicial. Liquidante autorizado pela ANS a requerer falência. Inteligência do art. 23 da Lei nº 9.656/98. Decisão agravada que determinou a citação da requerida para contestar ou efetuar depósito elisivo, com advertência que, no mesmo prazo, poderia pleitear sua recuperação judicial. Inadmissibilidade. Desnecessidade de cientificação dos sócios como pressuposto para o ato falimentar. Ademais, impossibilidade de requerer recuperação judicial (art. 2º, II, da Lei nº 11.101/2005). Agravo de instrumento provido."

(AI nº 990.10.372030-0 - Câmara Reservada à Falência e Recuperação - Rel. Des. Romeu Ricupero j. 23.11.2010)

"Agravo. Falência. Sociedade operadora de plano privado de saúde. Liquidação extrajudicial decretada pela ANS. Requerimento de falência formulado pelo liquidante, devidamente autorizado pela ANS, com fundamento no art. 23, § 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 9.656/98. Alegação de nulidade da sentença por violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa afastada. Desnecessidade de intimação dos ex-administradores da empresa em liquidação extrajudicial para contestarem o pedido de falência deduzido pelo liquidante. Ativo arrecadado insuficiente para o pagamento de metade dos créditos quirografários e das despesas administrativas e operacionais para o regular andamento da liquidação extrajudicial, além de indícios da prática de crime falimentar que servem de espeque ao decreto de falência. Indisponibilidade dos bens particulares dos sócios e administrador de fato, imposta com base no art. 24-A da Lei nº 9.656/98 e art. 99, VI, da Lei nº 11.101/2005. Agravo improvido."

(AI nº 994.09.321806-1 - Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial - Rel. Des. Pereira Calças - j. 26.01.2010)

Conclui-se, pois, pela admissibilidade da pretensão recursal pelo reconhecimento da desnecessidade da citação dos ex-sócios/administradores da VECTRA ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA LTDA., ora agravante, e sua coligada AMR Saúde Ltda., a quem foi estendido o pedido de falência.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0021049-49.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

ESB ELETRONIC SERVICE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (MASSA FALIDA), são agravados NEPOS SISTEMA DE CONTROLE DE AUTOMAÇÃO EM ESTACIONAMENTO E TRÁFEGO LTDA, LANDIS GYR EQUIPAMENTOS DE MEDIÇÃO LTDA, ORLANDO BONFANTI JUNIOR, MARCELO MIZIARA ASSEF e MARCELLO JOSE ABBUD.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento a todos os agravos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente) e ÊNIO ZULIANI.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Agravos de instrumento. Falência. Pedido de declaração de ineficácia de negócios jurídicos. Transações que apresentam diversas peculiaridades que não permitem seu enquadramento em qualquer das hipóteses do art. 129 da LRF. Indícios de que as transações teriam sido implementadas na tentativa de capitalizar a empresa e dar continuidade na atividade empresarial. Honorários advocatícios. Inviável a condenação da falida no ônus de sucumbência, tendo em vista que o incidente foi instaurado de ofício.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravos de instrumento tirados por **ESB ELETRONIC SERVICE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (massa falida)**, por **LANDIS+GYR EQUIPAMENTOS DE MEDIÇÃO LTDA.** e por **MARCELLO JOSÉ ABBUD**, dos autos do incidente para apuração da legitimidade das operações de alienação de ativos realizadas pela falida à **NEPOS SISTEMA DE CONTROLE DE AUTOMAÇÃO EM ESTACIONAMENTO E TRÁFEGO LTDA.** e **LANDIS+GYR EQUIPAMENTOS DE MEDIÇÃO LTDA.** Insurgem-se contra as decisões proferidas às fls. 2.601/2.610 e 2.626 dos autos de primeira instância, que, respectivamente, indeferiu o pedido de declaração de ineficácia e rejeitou os embargos de declaração opostos.

A falida insiste que a venda à Landis+ Gyr dos ativos da linha de medidores, juntamente com a operação anterior de transferência à Nepos da

Acesso ao Sumário

divisão de *parking* esvaziaram por completo a sociedade falida, retirando-lhe suas principais fontes de renda. Afirma que o negócio com a Landis+Gyr foi realizado sob a forma de transferência de ativos tão-somente para evitar que aquela empresa assumisse o passivo da falida. Ressalta que a linha *parking* rendia à recorrente, aproximadamente, R$ 200.000,00 por mês. Aponta diversas irregularidades na emissão das notas fiscais de saída dos ativos transferidos. Reitera a realização dos negócios durante o termo legal da falência, bem como o preço vil das operações. Argumenta com o fato de a Nepos ser até hoje uma das principais empresas do mercado de automação de estacionamentos. Informa ter sido decretada a quebra das empresas ESB Soluções e Tecnologia e Fuzzy Engenharia e Representação S/C Ltda. por extensão da falência da ESB Eletronic Service Indústria e Comércio Ltda. Assevera que a filha do agravado Orlando é representante do sócio estrangeiro da ESB Eletronic, por meio de uma *offshore*. Requer o efeito suspensivo e pugna pelo provimento.

Por sua vez, a Landis+Gyr requer a condenação da falida no pagamento de honorários advocatícios. Sustenta que, a despeito de o incidente de ineficácia ter sido instaurado de ofício, foi a administradora judicial da massa que requereu a apuração das operações de alienação das linhas de *parking* e medidores.

Por fim, Marcello José Abbud insiste na irregularidade das operações com a Landis+Gyr e Nepos, que ocorreram durante o termo legal da falência. Reitera que as partes assinaram instrumento de confissão de dívida e dação em pagamento e sustenta que a simples comprovação do pagamento da transação e a existência da dívida não são suficientes para afastar a ineficácia do negócio jurídico. Afirma ser indiscutível que o pagamento foi realizado e que o cerne da questão diz respeito aos termos e circunstâncias da alienação dos ativos. Verbera que os ativos foram alienados por valores muito inferiores aos de mercado. Ressalta que um ano antes a Landis+Gyr havia manifestado interesse de adquirir 60% da linha de medidores por R$ 12.000.000,00 e que, ao final, foram transferidos àquela empresa 100% da linha de medidores, além da marca, tecnologia e licenças por R$ 8.000.000,00. Relativamente ao negócio jurídico com a Nepos, reitera que esta empresa é operada pela filha do Sr. Orlando, por meio de *offshore*. Aduz que a ESB alienou à Nepos os contratos de assistência técnica da divisão de *parking*, que lhe rendiam cerca de R$ 200.000,00 por mês por apenas R$ 1.470.000,00. Conclui que as operações configuraram verdadeira alienação de estabelecimento comercial e argumenta que a ineficácia prevista no art. 129 da LRF é objetiva.

Acesso ao Sumário

Respectivamente às fls. 1.300/1.301, 727 e 572/573 dos agravos concedi efeito suspensivo às decisões agravadas, a fim de tão-somente preservar eventuais direitos dos credores e da massa.

Contraminuta apresentada pelas partes às fls. 1.334/1.338, 1.340/1.347 e 1.388/1.408 dos autos nº 0021049-49.2013.8.26.0000; fls. 730/736 do agravo

nº 0024890-52.2013.8.26.0000 e fls. 595/623, 625/641 e 650/657 dos autos nº 0036025-61.2013.8.26.0000.

Pareceres da D. Procuradoria de Justiça às fls. 1.410/1.415, 743/746 e 643/648, respectivamente.

Relatados.

2. De início, consigno que o termo legal da falência, fixado como 12.07.2004 (fl. 947 dos autos *a quo*), ainda encontra-se controvertido, pendendo de julgamento do recurso especial nº 1250766/SP.

Os negócios jurídicos ora impugnados foram celebrados em 16.09.2005 (operação com a Landis+Gyr - fls. 259/265 do incidente) e 11.08.2006 (operação com a Nepos - fls. 132/148, também dos autos de primeira instância). Contudo, após a atenta análise dos autos, muito embora se verifique que os negócios jurídicos impugnados tenham ocorrido dentro do termo legal, as transações não se enquadram em qualquer dos incisos do art. 129 da Lei nº 11.101/2005.

Analiso primeiramente a operação entabulada com a Landis+Gyr. Os documentos acostados às fls. 259/265 e 395/399 (dos autos de primeiro grau) demonstram que, por meio da escritura pública de reconhecimento de dívida cumulada com transação, dação em pagamento e assunção de compromissos, a ESB alienou a linha de medidores à Landis+Gyr. Por sua vez, a escritura lavrada e o instrumento de confissão de dívidas, acostados respectivamente às fls. 259/265 e 395/399 não deixam dúvidas de que a dívida objeto da dação em pagamento era **"*líquida, certa e exigível*"** (fl. 395). Consequentemente, eventual ineficácia do negócio somente poderia ter como fundamento o inciso II do mesmo art. 129 da Lei nº 11.101/2005.

Contudo, a hipótese dos autos comporta peculiaridades que tampouco permitem o seu enquadramento no inciso II daquele dispositivo. Em verdade, os autos indicam que a venda à Landis+Gyr da linha de medidores mais se assemelha a uma tentativa de capitalizar a empresa e, via de consequência, permitir a continuidade de suas atividades, o que ressalte-se é absolutamente legal e legítimo.

É incontroverso nos autos que: (i) as empresas ESB e a Landis+Gyr possuem longo histórico de relacionamento comercial, tendo inclusive desenvolvido produtos em conjunto; e (ii) em 17.11.2003, *i.e.*, anteriormente ao termo legal da falência, a Landis+Gyr apresentou proposta para compra da linha de medidores da ESB (fl. 240 dos autos de primeiro grau). Com efeito, exsurge que as partes há tempos tinham interesses legítimos na transação, o que impede que ela seja vista como mero pagamento de dívida vencida de forma não prevista no contrato.

Nesse sentido, a decisão agravada corretamente assentou que:

"*A perícia também constatou a efetiva existência de dívida anterior*

Acesso ao Sumário

da falida com a Landis+Gyr, o que justificava a confissão de dívida que se fizera.

(...)

Os contratos foram juntados e basicamente neles se estabeleceram as condições de aquisição de ativos da falida, com a ressalva da existência de dívida anterior para com a Landis+Gyr, mas não se demonstra que a contratação impedisse esse tipo de meio extintivo do respectivo crédito.

Sintetizando, ***o que se visava com as contratações não era, primordialmente, o pagamento de dívidas, vencidas ou não vencidas****.*

Somente a realização de contratações, dentro do termo legal, não constitui motivo suficiente para os fins colimados. Afinal tratava-se de sociedade comercial em pleno exercício de suas atividades, não lhe vedando a lei a prática de atos de comércio.

Deve-se ter presente que são só estas as questões que podem aqui ser discutidas, não sendo possível a verificação de outras que chegaram a ser posteriormente aventadas pela administração da massa falida.

Finalmente, se houve ou não malversação dos recursos ingressados para a falida, em função dos contratos firmados, pelos seus representantes legais, a questão refoge aos limites estabelecidos, desde o início da formação deste incidente, mas, evidentemente, o que aqui restou apurado poderá servir para outros fins de direito" (grifo - fls. 2.608 e 2.609 dos autos *a quo*).

Para que não se aponte omissão, esclareço, ainda, que eventuais falhas na emissão das notas fiscais, além de serem impertinentes ao incidente, são insuficientes para ensejar a ineficácia da operação.

Passo à análise do negócio entabulado com a Nepos.

Por meio da escritura pública de venda e compra com assunção de compromisso, a ESB alienou à Nepos a linha de *parking*.

Alega a administradora que tal alienação é totalmente fraudulenta, porquanto uma das sócias da Nepos: a Mysel Sociedad Anonima (fl. 43) é *off shore* constituída no Uruguai e representada pela filha de um dos sócios da falida.

Contudo, a alegação é irrelevante para o deslinde do presente incidente. O ordenamento jurídico pátrio não veda a participação de empresas *off shore* no capital de empresas brasileiras. Embora as circunstâncias apontadas pela massa constituam indícios de irregularidade, porém, são insuficientes para sua comprovação.

Demais disso, ainda que a operação com a Nepos seja interpretada como trespasse, não se enquadraria na hipótese do art. 129, II da LRF. Isto porque não há prova quanto à insolvência da ESB à época dos fatos, havendo, ainda,

Acesso ao Sumário

indícios que permitem concluir em sentido contrário, haja vista a pendência do recurso especial acima mencionado, bem como o fato de a falida possuir imóveis e ter permanecido com a linha de *vending machines*.

E, conforme bem destacado pelo douto magistrado de primeiro grau, não há prova de que as alienações tenham sido feitas a preço vil. O preço acordado com a Landis+Gyr de R$ 20.000,00 (vide Protocolo de Intenções - fls. 265/271 dos autos *a quo*), não pode ser considerado como definitivo, haja vista que aquele acordo representava contrato preliminar, cujo preço dependia de negociação entre as partes e estava sujeito a ajustes em decorrência de *due diligence* (cláusula 2.1). Além disso, é notório que o decurso do prazo de um ano implica depreciação considerável de ativos como *know how* e tecnologia.

Não bastasse isso, o agravante Marcello não se interessou na produção de prova técnica para avaliação dos ativos. Confira-se: "*Para a única que poderia remanescer, em função do despacho de f. 1089, sobre eventual avaliação dos ativos na época das alienações realizadas, não se interessou na sua produção o ex-representante legal da falida Marcello Abbud, que pediu decisão imediata para o incidente (f. 2509)*".

Forçoso, ainda, mencionar as conclusões da perícia contábil realizada no sentido de que os valores acordados nos negócios jurídicos acima mencionados ingressaram efetivamente na contabilidade da ESB (fls. 1.241 e 1.243), inexistindo, assim, outras evidências de irregularidades.

A prova técnica produzida permite concluir tão-somente que o preço de venda dos ativos ingressou na contabilidade da falida, indicando que a falida, por não possuir recursos suficientes para modernização de sua tecnologia, alienou linhas de produção que rapidamente se tornariam obsoletas. Note-se que a impossibilidade financeira da ESB investir na criação de novos produtos e segmentos é inclusive mencionada nos "considerandos" das escrituras lavradas (vide fls. 135 e 261 dos autos de primeira instância).

Outrossim, merece destaque a constatação do ilustre magistrado no sentido de que a declaração da ineficácia dos negócios jurídicos consistiria medida inútil, que, aliás, mais parece ir de encontro aos próprios objetivos do procedimento falimentar:

> "*É evidente que, se fosse procedente o pedido de ineficácia, teria a massa que promover, para as referidas sociedades, a devolução de todos os valores pagos com os acréscimos legais, sem saber, como de fato não se sabe, se a reincorporação dos ativos alienados lhe traria vantagem financeira.*"

Com efeito, verdade é que a hipótese dos autos mais traz dúvidas do que certezas quanto à declaração de ineficácia das transações impugnadas.

No tocante aos honorários advocatícios, entendo ser incabível a

Acesso ao Sumário

condenação da falida no ônus da sucumbência. O incidente foi instaurado de ofício, porquanto eventual declaração de ineficácia seria de interesse não só da massa como de todos os credores. Além disso, a decisão não possui carga condenatória (REsp 1193602/RS, j. 18/10/2011 - Rel. Des. PAULO DE TARSO SANSEVERINO), mercê do que a condenação na sucumbência é mesmo inviável.

Será, pois, negado provimento aos agravos, mantendo-se inalterada a decisão recorrida, por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, ora também adotados como razão de decidir.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento a todos os agravos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0125855-38.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAU UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO), são agravados S4&4 GRÁFICA E EDITORA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), STUDIO 4 CÓPIAS E SERVIÇOS LTDA. ME (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), S4 GRÁFICA E EDITORA LTDA. EPP (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), S4&2 SERVIÇOS DE CÓPIAS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), MALEGRAF SERVIÇOS DE CÓPIAS LTDA. EPP (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e TICEGRAF SERVIÇOS DE CÓPIAS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, e para o fim determinado, é que deram parcial provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), TEIXEIRA LEITE E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 10 de outubro de 2013.

MAIA DA CUNHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recuperação Judicial. Plano aprovado em Assembleia Geral de Credores com todos os requisitos do art. 41 e 45 da Lei nº 11.101/2005. Possibilidade de sujeição do plano ao crivo judicial, que deve extrair dele ilegalidades ou abusividades. Jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial e do

STJ. Os coobrigados avalistas ou fiadores não estão sujeitos à recuperação, nos termos do art. 49, § 1º, sendo indevida a venda de ativos sem autorização judicial ou da assembleia, nos termos do art. 66, bem como se mostra abusiva a carência de três parcelas anuais para caracterização do descumprimento do plano. Recurso provido em parte para, sem necessidade de nova assembleia, afastar do plano as disposições acima mencionadas.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que homologou o Plano de Recuperação Judicial das agravadas, sustentando que o plano é genérico, que há possibilidade de alienação de bens sem ouvida da Assembleia Geral de Credores, que não há mora para o atraso de três parcelas consecutivas, que é ilíquida a proposta de pagamento mediante rateio anual e sem especificação da destinação das receitas, que impõe novação aos coobrigados e prevê pagamento de credores omissos.

O administrador respondeu esclarecendo pontos do Plano de Recuperação Judicial, bem como as agravadas que insistiram na aprovação do plano que não contém ilegalidades.

Este é o relatório.

O digno Magistrado prolator da r. decisão agravada não vislumbrou ilegalidade flagrante no Plano de Recuperação Judicial e o homologou.

Conhece-se do recurso porque cumprido o art. 526 do Código de Processo Civil (fls. 156/157), que não fica prejudicada por equívoco não intencional no número do processo e da Vara e que não ocasionou prejuízo aos agravados.

O recurso, com a devida vênia, merece parcial provimento.

Esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial tem adotado a tese da possibilidade de modificação dos planos de recuperação judicial nas hipóteses em que apresentar alguma ilegalidade. E assim tem decidido porque o instituto da recuperação judicial, visando prestigiar o importante princípio da preservação da empresa, não pode ir além dos limites que a própria Lei nº 11.101/2011 traçou em relação aos credores da recuperanda.

O instituto está sujeito, portanto, aos parâmetros que a lei considerou razoável ponderar entre o princípio da preservação da empresa e a real capacidade de recuperação, o que significa dizer, em outras palavras, não se inserir no princípio da preservação aquelas que não possuem condições para tanto nos termos que a lei estabeleceu. Ou, ainda, a empresa que não possui condição de recuperar-se, observadas as regras legais, não se encaixa no princípio da

Acesso ao Sumário

preservação, até porque, direta ou indiretamente, quem paga o preço de uma recuperação judicial é a sociedade em geral.

O que a lei pretendeu não foi facultar um benefício extraordinário a qualquer empresa com base no princípio da conservação, mas propiciar àquelas efetivamente em condições de recuperar-se a chance de renegociar as dívidas que entendeu pertinentes sujeitar ao processo de recuperação judicial. Se de modo contrário se entender estar-se-á, aí sim, fugindo da interpretação correta para gratuitamente dar ao devedor a oportunidade de não pagar suas dívidas, ou de pagá-las com novação que em regra tem sido de longos anos e com percentuais elevados de deságio em relação ao valor original. Deturpar-se-á o princípio da recuperação judicial para transformar a recuperação judicial apenas num bom negócio para o credor com dificuldades que superam a capacidade de reerguer-se.

Um dos parâmetros legais é a possibilidade de prosseguimento da execução dos avalistas e garantidores individuais de créditos eventualmente submetidos à recuperação, como expressamente disposto no art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 (*Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*).

Confira-se a lição de MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO: "*Portanto, se concedida a recuperação na forma do art. 58, fica automaticamente sustada a previsão do § 4º do art. 6º, de tal forma que permanecerão suspensas as ações e execuções contra o devedor. Porém, as execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49, reiterada tal posição neste art. 59, que faz ressalva expressa ao mencionar que a novação se dá 'sem prejuízo das garantias'. Este, aliás, é o sistema de nossa legislação, repetindo-se aqui o que já vinha previsto no art. 148 do Decreto-lei 7.661/1945, para a concordata*" (Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 8ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.172).

E assim se tem decidido reiteradamente neste Egrégio Tribunal de Justiça e no Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Não é possível a extensão dos efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito ao avalista do título na hipótese de deferimento de recuperação judicial de empresa em relação à qual é coobrigado, tendo em vista que tal deferimento importa na suspensão da exigibilidade do crédito, e, consequentemente, da execução, apenas em relação ao devedor principal, sujeito à recuperação, mas não aos coobrigados, conforme jurisprudência do STJ*" (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 2011/0019527-6, Rel. Min. Tarso Sanseverino, j. 02/08/2012; no mesmo sentido, Conflito de Competência 2011/0294271-0, Rel. Min. Raul Araújo, j. 28/03/2012 EAg 1.179.654/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 13.4.2012; REsp 1.095.352/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 3.2.11).

Acesso ao Sumário

Das Câmaras Especializadas de Falências e de Recuperação Judicial deste Tribunal de Justiça de São Paulo, e agora das Câmaras Empresariais, tranquilo é o entendimento que confirma a ineficácia de disposição que estende novação a coobrigados, contida em alguns planos de recuperação judicial, e preservam a regra geral do art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 (AI 0196402-74.2011.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, AI 0099369-50.2012.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, AI 0000707-17.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, entre dezenas de outros).

A disposição que a respeito constou do plano, portanto, deve ser afastada.

Igualmente e pelas mesmas razões não pode subsistir quando permite a alienação de ativos sem a autorização da Assembleia Geral de Credores, porque fere frontalmente o art. 66 da Lei nº 11.101/2005 ("*Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial*").

Em se tratando de parcelas anuais mostra-se abusiva a disposição do plano que prevê descumprimento do Plano de Recuperação Judicial após o não pagamento de três parcelas previstas, adotados, para afastar do plano esta estipulação, os fundamentos acima expendidos.

No mais, contudo, não se vislumbra ilegalidade.

O Plano de Recuperação Judicial foi aprovado pela Assembleia Geral de Credores em obediência ao que estabelecem os artigos 41 e 45 da Lei nº 11.101/2005. Não houve deságio para o pagamento dos credores nem cabe discutir o prazo de pagamento aprovado pelos credores, inexistindo no mais qualquer inferência de prejuízo aos credores no contexto das dificuldades comprovadas das agravadas.

Deste modo, sem necessidade de modificação do plano e nova assembleia, o provimento parcial do recurso é para afastar do Plano de Recuperação Judicial a sujeição dos coobrigados avalistas ou fiadores, não sujeitos à recuperação, bem como a possibilidade de venda sem autorização judicial ou da assembleia e a carência de três parcelas para caracterização do descumprimento.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº

2002272-79.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SUN PARK, são agravados RICARDO BORGES ALMEIDA e MARIA CRISTINA BRUM ALMEIDA.

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 07)**

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

São Paulo, 16 de outubro de 2013.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Cobrança. Despesas condominiais. Cumprimento de sentença. Penhora da unidade condominial. Executados residentes nos EUA. Exigência de expedição de Carta Rogatória, diante da localização do paradeiro dos agravados. Inadmissibilidade da intimação por carta com AR. Recurso improvido.

VOTO

Agravo instrumental interposto nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais, contra a r. decisão de fl. 220, que determinou que o autor providenciasse o necessário para a expedição da Carta Rogatória.

Inconformado, insurge-se o agravante pleiteando o deferimento da intimação dos executados por carta com AR, conforme previsão do art. 475-J, § 1º, do CPC.

O recurso foi inicialmente distribuído ao Des. Reinaldo Caldas, o qual indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, deixou de requisitar informações e determinou a intimação da parte contrária para apresentação de contraminuta, que veio às pags. 233/235.

Redistribuído o feito a este Relator que passou a integrar esta Colenda Câmara, em razão da designação disponibilizada no DJE (caderno administrativo, fl. 09).

É o relatório, em complementação aos de pags. 32/33, 39, 154, 168 e 172.

Sem razão o agravante, não merecendo reforma a r. decisão atacada.

Vale ressaltar que a demanda vem se arrastando por longo tempo, e que apesar de passados anos, a citação realizada por edital, confirmada unanimamente

Acesso ao Sumário

por esta Câmara (pags. 32/35), nomeou curador, e somente agora, após a extinção da ação incidental de ausentes, foram localizados os agravados, onde determinou-se a intimação da penhora por Carta Rogatória.

O Condomínio, ora agravante pretende a reforma da decisão que determinou a expedição da carta rogatória, por entender que a intimação da penhora deve ser por carta com AR.

É ônus processual do autor providenciar a intimação dos réus, ainda que residentes nos Estados Unidos.

E conforme as disposições nos arts. 210 e 222 do CPC, a intimação deverá ser feita por Carta Rogatória para os agravados residentes no exterior.

Ressalta-se, também, a falta de garantia a respeito do serviço de correspondência praticado por empresa estrangeira, cujos prepostos certamente não possuem orientação de conduta para a formalidade citatória prevista na legislação brasileira. Cada país exerce soberania sobre os atos realizados em seu território, especialmente dos serviços de comunicações. Daí, a necessidade de carta rogatória com trânsito pelas vias diplomáticas para ser efetivamente garantida obediência à legislação brasileira.

A propósito, invoco, ainda, diversos precedentes análogos sobre o tema:

"Citação - Carta rogatória - Pretensão a que o ato seja realizado via correio - Inadmissibilidade, na espécie - Parte com domicílio e residência fora do país - arts. 201, 202, 210 e 231, § 1º, CPC - Recurso desprovido. (TJ/SP, Apelação 0006559-27.2010.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. em 22/06/2010).

"Citação - Via postal - Ré residente no exterior - Inadmissibilidade - Aplicação do art. 210 do CPC - Agravo não provido". (TJ/SP, Apelação 9017740-44.1999.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Theodoro Guimarães, j. em 05/04/1999).

"Despesas de Condomínio. Cobrança. Citação de pessoa residente no exterior. Citação por carta rogatória. Inteligência do art. 210 do CPC. Recurso a que se nega provimento". (TJ/SP, AI 1125008003, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Francisco Occhiuto Júnior, j. em 31/01/2008).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0041379-67.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO GUANABARA S/A, são agravados REDE ENERGIA

Acesso ao Sumário

S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), COMPANHIA TÉCNICA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), QMRA PARTICIPAÇÕES S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), DENERGE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e EMPRESA DE ELETRICIDADE VALE DO PARANAPANEMA 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 11713)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), FABIO TABOSA E ARALDO TELLES.

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Deferimento do processamento da recuperação. Legalidade.

Agravada Rede Energia S/A, controladora de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, que detém personalidade jurídica e natureza distintas das de suas subsidiárias. Decisão *a quo* que não viola o art. 18 da Lei nº 12.717/12. Agravada que não é concessionária de serviço de energia elétrica e, portanto, pode se submeter ao regime de recuperação judicial da Lei nº 11.101/05. Requerimento de terceiro interessado. Assistência. Prejudicado.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls.02/21) interposto por BANCO GUANABARA S/A nos autos da recuperação judicial ajuizada REDE ENERGIA S/A (em recuperação judicial) e OUTROS, contra a r. decisão (fls. 82) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital, Dr. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, que deferiu o processamento da recuperação judicial das Agravadas.

Sustenta o Agravante que: (i) a Agravada "Rede Energia S/A", primeira recuperanda, seria uma holding controladora de 12 (doze) concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, logo, seria parte, ainda que indiretamente, nos contratos de concessão firmados por suas subsidiárias com o poder

Acesso ao Sumário

concedente, na medida em que influenciaria diretamente na qualidade da prestação do serviço público que exploram; (ii) seria credor da Agravada Rede Energia S/A em razão de cédula de crédito bancário, na qual aquela figurou como avalista da obrigação; (iii) a r. decisão agravada violaria o disposto no art. 17 da Medida Provisória nº 577/12 (convertida no atual artigo 18 da Lei nº 12.767/12), pois referida norma vedaria a aplicação do regime de recuperação judicial às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica; (iv) tal vedação se aplicaria à holding controladora, ora Agravada, pois a natureza de suas subsidiárias - concessionárias de energia elétrica - a ela se estenderia, não podendo socorrer-se dos benefícios da Lei 11.101/05, logo, ilegal o deferimento do processamento da recuperação judicial. Pugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso.

Negada a concessão de efeito suspensivo (fls. 134).

Contrarrazões pela Agravada pelo não provimento do recurso (fls. 140/155).

Resposta do Administrador Judicial pelo não provimento do recurso (fls. 1027/1034).

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo não provimento de recurso (fls. 1042/1044).

Requerimento de terceira interessada - "Bioenergia Cogeradora S/A" - para ingressar nos autos como assistente do Banco-agravante (fls. 1049/1055).

Por fim, o Administrador Judicial informa que rejeitou a habilitação de crédito apresentada pelo Agravante, estando pendente de julgamento o incidente de impugnação de crédito por ele instaurado na fase judicial (fls. 1149/1150).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Pretende o Agravante que se aplique a Agravada "Rede Energia S/A" o art. 18 da Lei nº 12.767/12, que dispõe que as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica não se submetem aos regimes de recuperação judicial e extrajudicial da Lei nº 11.101/05. *In verbis*:

> "Art. 18. Não se aplicam às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo posteriormente à extinção da concessão."

A vedação legal não se aplica a Agravada, pois não é concessionária de serviço público de energia elétrica.

Conforme parecer do Administrador Judicial (fls. 1027/1034) e da Procuradoria de Justiça (fls. 1042/1044), cujos fundamentos são adotados como razões de decidir, as pessoas jurídicas têm existência distinta e autônoma e,

Acesso ao Sumário

ainda que pertencentes a um mesmo grupo econômico, a personalidade jurídica das sociedades que integram esse grupo não se confundem.

Na espécie, embora as subsidiárias da Agravada "Rede Energia S/A" sejam concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, essa natureza não se estende à holding controladora, ora Agravada.

Por esta razão, inaplicável à Agravada "Rede Energia S/A" o art. 18 da Lei nº 12.767/12, pois os efeitos de uma lei que somente se aplica às concessionárias de energia elétrica não pode se estender à sociedade controladora, que não ostenta tal natureza.

Inclusive, da exposição de motivos da medida provisória nº 577/2012, depois convertida na Lei nº 12.767/2012, constata-se que o objetivo da norma foi afastar a aplicação do regime de recuperação judicial **apenas** às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, para **preservar a especificidade e essencialidade do serviço**.

Neste sentido, transcreve-se trecho da E.M. nº 00036/MME/AGU (fls. 1035/1036v.):

> "3. Neste sentido, **os objetivos da presente proposta são viabilizar a adequada prestação temporária do serviço público de energia elétrica pelo poder concedente ou por entidade da administração pública federal, em caso de extinção por falência ou caducidade da concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica**; bem como estabelecer procedimentos mais detalhados sobre o processo de intervenção nessas concessões e permissões.
>
> 4. Assim, propõe-se que a Medida Provisória seja composta por três capítulos: o primeiro trataria da extinção da concessão e da prestação temporária do serviço público de energia elétrica; o segundo versaria sobre a intervenção na concessão (e permissão) de serviço público de energia elétrica e o terceiro abordaria questões afetas a ambos os casos, **afastando os regimes de recuperações judiciais e extrajudiciais das concessionárias e permissionárias de serviço público de energia elétrica, dada a especificidade e essencialidade da prestação desse serviço**." (destaques acrescentados)

Registra-se, também, que somente houve intervenção da ANEEL nas concessionárias subsidiárias da Agravada, o que reforça o argumento de que a personalidade jurídica e a natureza da sociedade empresária controladora não se confunde com a de suas subsidiárias.

Assim sendo, como a r. decisão agravada atendeu aos requisitos dos arts. 51 e 52 da Lei nº 11.101/05, correto o deferimento do processamento da recuperação judicial.

Por fim, quanto ao requerimento de terceiro interessado - "BioEnergia

Acesso ao Sumário

Cogeradora S/A" - para intervir nos autos como assistente, fica prejudicado em razão do julgamento. Bem porque, se de fato o terceiro é credor quirografário da "Rede Energia S/A" como alega ser, poderá impugnar ou habilitar seu crédito, ainda que retardatário, no juízo *a quo*.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0116021-11.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante EMPRESA DE ÔNIBUS VILA EMA LTDA. (FALIDA), é agravada EMPRESA DE ÔNIBUS VILA EMA LTDA. (MASSA FALIDA).

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 27.498)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Recuperação Judicial. Convolação em falência pela não apresentação do plano de recuperação no prazo de 60 dias, com fundamento no art. 73, II, da LRF. Lapso que deve ser contado da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial (art. 53). Hipótese em que o processamento não foi deferido. Quebra mal decretada. Sendo incontroversa a não apresentação da documentação exigida no art. 51, da lei de regência, o caso é de indeferimento da inicial, agora decretado. Recurso provido para esse fim.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 1.292/1.295 que convolou em falência o requerimento de recuperação judicial da agravante.

Inconformada, alega, em suma, que a decisão é nula, pois o processamento

da recuperação nunca foi deferido, sendo caso, no máximo, de indeferimento da inicial e extinção do processo sem julgamento do mérito.

Processado o recurso com efeito suspensivo, vieram informes, opinando o Administrador Judicial e a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

O recurso merece ser acolhido.

No caso dos autos, a convolação da recuperação em falência fora precedida de sucessivas determinações de apresentação de documentos (fls. 121, 550/551 e 816). A requerente, irresignada com tais determinações, interpôs agravo de instrumento, parcialmente provido em julgamento realizado pela extinta Câmara Reservada de Falências e Recuperações Judiciais, sob a relatoria do eminente Des. José Roberto Lino Machado, onde se determinou: ***que a douta juíza que preside o processo de recuperação judicial refira à requerente quais os documentos que julga faltarem à instrução do pedido.***[1]

A magistrada, ao receber a informação do Ministério Público da existência de falência ajuizada contra a requerente, sob a égide da lei revogada (fls. 395/396), resolveu, então, não admitir a recuperação, determinando a emenda da inicial para adequá-la à concordata (fls. 520).

Contra tal decisão fora interposto agravo de instrumento, também provido, sob a mesma relatoria do Des. Lino Machado, que determinou fosse apreciado o pedido de recuperação ou indicado os documentos faltantes.[2]

Foi então que, depois de ouvido o representante do Ministério Público (fls. 1.285/1.288), seguiu-se a decisão recorrida, com o fundamento de que o plano não havia sido apresentado, considerando que o processamento da recuperação fora admitido por despacho de novembro de 2010.

Todavia, não é o que se infere dos autos.

A par de não encontrar cópia da decisão do deferimento do processamento no presente instrumento, que, aparentemente, conta com a reprodução integral dos autos da recuperação, vê-se que a magistrada, ao prestar informações, também não afirma a sua existência (fls. 1.361/.1368).

A única conclusão é que não houve, mesmo, tal deferimento.

Restou incontroverso, por outro lado, diante das reiteradas manifestações do ***parquet***, aliadas ao parecer do administrador judicial (fls. 1.350/1.354), que a recorrente, de forma desidiosa, deixou o processo arrastar-se por longos anos, sem apresentar, contudo, a documentação necessária para o acolhimento de sua pretensão.

Assim sendo, não estando em termos a documentação e não completada,

Acesso ao Sumário

1 AI nº 632.664-4/8-00 (fls. 736/738).

2 AI nº 660.043-4/4-00 (fls. 792/794).

depois de concedido prazo razoável para tanto, a pena a ser aplicada é o indeferimento da inicial. É o que ensina Manoel Justino Bezerra Filho[3] em seus comentários à lei de regência.

Assim, a hipótese é de provimento do recurso para declarar extinto o processo com fundamento no art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

Essas, em suma, as razões pelas quais dou provimento ao recurso, revogado o decreto de quebra.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036753-68.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA ULTRAGAZ S/A, é agravado LARS PETER LEMCHE.

ACORDAM, em 25ª 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 30.009/2013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 7 de novembro de 2013.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ABASTECIMENTO DE GÁS) - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. A ausência de peça imprescindível à instrução do recurso (procuração outorgada ao advogado subscritor do recurso) acarreta o seu não conhecimento. Exegese do artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil. Recurso de agravo não conhecido.

VOTO

3 Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Pg. 164 - item 2.).

Acesso ao Sumário

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por **COMPANHIA ULTRAGAZ SOCIEDADE ANÔNIMA** contra a respeitável decisão de folha 247, que, nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais em fase de execução provisória de sentença movida por **LARS PETER LEMCHE**, deferiu o levantamento pelo agravado dos valores depositados judicialmente.

Sustenta a agravante que há excesso de execução, pois que os cálculos realizados para o levantamento incluíram a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil, que no caso não deve incidir, já que a execução não é definitiva. Alega ainda que há cobrança indevida de honorários advocatícios referentes à fase de cumprimento de sentença.

Requer a concessão do efeito suspensivo, bem como a reforma da respeitável decisão agravada, para afastar o levantamento determinado.

Negado o efeito perseguido (folhas 282/283).

Sem contraminuta.

Este é o relatório.

O recurso não pode ser conhecido.

Sabido que é ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência das peças obrigatórias, deverá o relator negar-lhe seguimento, por violação ao disposto no artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil.

No presente caso, não obstante da minuta recursal e na procuração acostada, conste o nome do Dr. Celso Simões Vinhas - OAB/SP nº 23.835 (folhas 13 e 273), o recurso foi assinado digitalmente pelo Dr. Gustavo Barbosa Vinhas, cujo nome não consta do referido instrumento procuratório. Ou seja, não consta cópia do instrumento de procuração outorgado ao mencionado causídico, peça obrigatória conforme o citado dispositivo legal. Tampouco, houve justificativa para a ausência do documento ou mesmo pedido para a juntada posterior.

A tal respeito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ASSINADO DIGITALMENTE POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. DESCUMPRIMENTO DA LEI 11.419/2006 E DA RESOLUÇÃO N. 1/2010, DA PRESIDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 115/STJ. 1. A prática eletrônica de ato judicial, na forma da Lei n. 11.419/2006, reclama que o titular do certificado digital utilizado possua procuração nos autos, sendo irrelevante que na petição esteja ou não grafado o seu nome. 2. A assinatura digital destina-se à identificação inequívoca do signatário

Acesso ao Sumário

do documento, o qual passa a ostentar o nome do detentor do certificado digital utilizado, o número de série do certificado, bem como a data e a hora do lançamento da firma digital. Dessa sorte, o atendimento da regra contida na alínea a do inciso III do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei n. 11.419/2006 depende tão somente de o signatário digital possuir procuração nos autos. Precedentes. 3. A apresentação de agravo regimental assinado digitalmente por advogado sem poderes nos autos atrai a incidência da Súmula 115/STJ: 'Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos'. 4. Agravo regimental não conhecido." (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial - Quarta Turma - Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - j. em 20 de agosto de 2013).

O Código de Processo Civil é claro ao prescrever em seu artigo 525, inciso I, os documentos que obrigatoriamente deverão instruir a petição de agravo de instrumento, sendo de responsabilidade do agravante a verificação da presença de tais peças.

Antigamente, quando o traslado era organizado pelo cartório, impunha-se a conversão em diligência para suprir a falta de peças de traslado obrigatório (Súmula n° 235 do extinto TFR). Porém, hodiernamente, essa responsabilidade é conferida exclusivamente ao agravante.

Neste mesmo sentido a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "É do agravante - e não do Relator - o ônus de providenciar a correta formação do instrumento" (STJ, Agravo de Instrumento nº 100.247-RN, Rel. Min. Edson Vidigal).

Sendo assim, evidenciada a conduta omissiva quanto à apresentação das peças a que alude o artigo 525, inciso I, da nossa Lei Adjetiva Civil, a consequência inarredável é o não conhecimento deste agravo, já que ausente pressuposto de admissibilidade da regularidade formal.

Ante o exposto, não se conhece do recurso de agravo, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037939-29.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que são agravantes SIERRA ENPLANTA LTDA. e TIVOLI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é agravado AMERICANA TELECOM CELULARES LTDA..

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Locação de imóvel comercial. Loja em Shopping Center. Ação de despejo fundada na alegação de que a locatária, ao interromper suas atividades por mais de 30 dias, cometeu infração contratual que autoriza o desfazimento da locação. Os elementos coligidos conferem verossimilhança às alegações das agravantes, cuja pretensão encontra respaldo no contrato celebrado, e autorizam o deferimento do pedido de imissão liminar na posse do imóvel, haja vista que a persistência de inatividade de um dos espaços do centro comercial causa prejuízo não apenas às locadoras, mas especialmente aos demais lojistas, que dependem da harmonia do conjunto para fortalecimento do comércio. A efetivação da medida, todavia, fica condicionada à prévia constatação, pelo oficial de justiça, da inatividade no local.

Recurso provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de despejo, indeferiu o pedido de tutela antecipada para que as autoras sejam imediatamente imitidas na posse do imóvel locado, até julgamento da demanda (fl. 162).

Afirmam as agravantes, em síntese, que a agravada, locatária da loja nº 231 do Tivoli Shopping Center, interrompeu repentinamente suas atividades em 07.09.2013, fechando as portas ao público, afixando simples aviso na vitrine. Ressaltam que notificaram a agravada em 11.09.2013, advertindo-a de que aquela prática configura infração contratual e solicitando a reabertura do estabelecimento com urgência, não obtendo resposta formal, contudo. Sustentam que conduta da agravada viola expressamente o contrato de locação, que proíbe a interrupção da atividade do inquilino por mais de 30 dias. Assinalam que as

Acesso ao Sumário

cláusulas 50 e 147 da "Escritura Declaratória de Normas Gerais e Regedoras das Locações do Tivoli Shopping Center" também preveem a imediata resolução do contrato em caso de infração cometida pelo locatário. Argumentam que os documentos juntados aos autos conferem verossimilhança às suas alegações e que a defesa da requerida não terá efeito de modificar ou extinguir o direito das locadoras de reaver o imóvel, pois a infração contratual já se consumou. Aduzem que a persistência da situação atual as impede de locar o espaço a outro interessado, além de prejudicar os demais lojistas e colocar em risco a atividade do centro comercial como um todo. Sob tais fundamentos, requerem a reforma da r. decisão agravada.

Recebido o recurso no efeito ativo, a lide está em termos para julgamento.

É o relatório.

Com efeito, os documentos que instruem o agravo são suficientes para, ao menos em um juízo de cognição sumária, conferir verossimilhança às alegações das agravantes.

A cláusula 7ª, parágrafo único, alínea "b", do contrato de locação celebrado entre as partes caracteriza como infração contratual, passível de rescisão da avença, a interrupção das atividades comerciais da locatária por mais de 30 dias (fl. 69). Alia-se a isso a previsão do art. 9º, II, da Lei 8.245/91, segundo o qual a prática de infração legal ou contratual é causa de desfazimento da locação.

Há, ainda, cópia da notificação enviada à requerida, recebida por ela em 11.09.2013, na qual as locadoras exigem a reabertura da loja, em observância ao disposto no contrato de locação e na "Escritura Declaratória de Normas Gerais e Regedoras das Locações do Tivoli Shopping Center", advertindo-a de que medidas judiciais seriam adotadas se a situação não fosse regularizada com urgência.

As fotografias juntadas aos autos (fls. 78/111), tiradas em dias e horários diferentes, entre 07.09.2013 e 10.10.2013, revelam uma loja sempre fechada, em pleno horário de atendimento à clientela do shopping. É forte indício do encerramento abrupto das atividades da locatária, outrossim, o fato de não haver nenhum aparelho celular na vitrine, considerando que sua atividade é revendedora da operadora de telefonia Claro.

Ademais, o aviso deixado pela agravada na vitrine do estabelecimento deixa claro que não há previsão para a retomada de suas atividades no local (fl. 77):

> "Após mais de 11 anos de representação comercial junto à Tess S/A e, em seguida, à Claro S/A e demais associadas do Grupo América Móvil, vimos comunicar que na nossa interpretação a sequência do relacionamento com essa operadora tornou-se insustentável e excessivamente onerosa.
>
> Sendo assim, comunicamos a você, nosso cliente, e a todo o mercado

Acesso ao Sumário

que as atividades de nossos pontos de venda estão interrompidas até definirmos os rumos adequados destas operações".

Diante de tais evidências, reputo suficientemente atendidos os requisitos de prova inequívoca e verossimilhança das alegações, necessários à concessão da tutela antecipada.

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por seu turno, decorre do fato notório de que, em empreendimentos de Shopping Center, a inobservância das regras por um lojista repercute sobre todos os demais. Assim, o prejuízo não está limitado apenas ao eventual inadimplemento de alugueis - questão que nem sequer foi ventilada -, mas da necessidade de que haja harmonia do conjunto de lojas para fortalecimento do centro comercial.

No ponto, assiste razão às recorrentes quando afirmam: "*Tal situação se evidencia ante o fato da atividade comercial das recorrentes se basear na oferta aos consumidores de um variado 'mix' de lojas, atraindo pessoas em busca de comodidade e conforto, em um só lugar, mesclando diferentes estabelecimentos de diversos segmentos. Nesse diapasão, a permanência de uma operação fechada e sem atividades comerciais transmite aos consumidores a ideia de existência de problemas administrativos no empreendimento, afastando eventuais novos locatários e colocando em risco a atividade do centro comercial como um todo*".

Impõe-se, portanto, a reforma da r. decisão agravada, para deferir a imissão das agravantes na posse do imóvel. Por cautela, porém, a medida deve ser precedida de constatação da inatividade da loja pelo oficial de justiça, mas poderá ser efetivada ainda que não citada a locatária, conforme precedentes desta Col. Câmara e E. Corte em casos símiles:

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - ESPAÇO EM SHOPPING CENTER - HIPÓTESE EM QUE OS DOCUMENTOS DOS AUTOS COMPROVAM O ABANDONO DO IMÓVEL LOCADO, TENDO HAVIDO NOTIFICAÇÃO PARA REABERTURA EM CUMPRIMENTO ÀS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO - NOTICIA, ADEMAIS, DE QUE FORAM INFRUTÍFERAS AS TENTATIVAS CITAÇÃO - CASO CONCRETO INDICANDO A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE POR PARTE DA LOCADORA, SOB PENA DE O ESPAÇO COMERCIAL PERMANECER INUTILIZADO POR TEMPO INDETERMINADO - DETERMINAÇÃO DE QUE, PREVIAMENTE, SEJA LAVRADO, EM PRIMEIRO GRAU, AUTO DE CONSTATAÇÃO POR MEIO DE OFICIAL DE JUSTIÇA.

Agravo de instrumento provido, com determinação.

(34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0052709-61.2013.8.26.0000, Rel. Des. CRISTINA ZUCCHI, j. 26.08.2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE

Acesso ao Sumário

PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUERES - Constatação, por Oficial de Justiça, de que o imóvel foi abandonado pela locatária - Inexorabilidade da imissão da posse do locador na posse do bem de raiz, mercê da dicção do art. 66 da Lei Federal 8.245/91 - RECURSO PROVIDO.

(34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 1.176.171-0/8, Rel. Des. ANTONIO NASCIMENTO, j. 28.05.2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL PARA FINS COMERCIAIS - AÇÃO DE DESPEJO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL-ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA CONSTATAÇÃO DE ABANDONO E IMISSÃO NA POSSE - REQUISITOS LEGAIS DA LEI INQUILINÁRIA ATENDIDOS - INCIDÊNCIA DO ART. 66 DA LEI N° 8.245/1991 - RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

(31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.115835-3, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. 03.08.2010)

Enfim, o agravo comporta provimento, para tornar definitiva a antecipação da tutela recursal e deferir a imissão das recorrentes na posse do imóvel indicado na inicial. A efetivação da medida, porém, fica condicionada à prévia expedição de mandado de constatação na origem, para que o oficial de justiça diligencie ao imóvel locado e certifique se há o desempenho de atividade comercial pela locatária no local.

Na mencionada diligência, constatando que o imóvel está desocupado, deverá o oficial de justiça relacionar os bens móveis que permaneceram na loja, os quais ficarão sob guarda e responsabilidade das agravantes até que posterior deliberação do Juízo *a quo* sobre sua destinação, preferencialmente após a formação do contraditório.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, com determinação, nos termos acima.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0134273-62.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MAXIMUM FOMENTO COMERCIAL LTDA., são agravados FRIGOCHARQUE PAULISTA LTDA., IDALICIO PASSOS DE ARAUJO e MARCELEZA ALVES DE ARAUJO.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram de parte do recurso, e deram-lhe provimento na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19923)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente), ADEMIR BENEDITO E ITAMAR GAINO.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: *EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Embargos à execução - Alegações de descumprimento do artigo 739-A, § 5º, do CPC e ausência de recolhimento das taxas - Pleitos não analisados pelo magistrado "a quo" - Impossibilidade de apreciação, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição - Recurso não conhecido*

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Embargos à execução - Recebimento no efeito suspensivo - Impossibilidade - Ausência dos requisitos necessários - Recuperação judicial da empresa devedora principal - Fato que não impede a execução - Inteligência do art. 49, § 1º da Lei 11.101/2005 - Decisão reformada - Recurso provido

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face das r. decisões de fls. 53, 55 e 332/333, proferidas em embargos à execução, que rejeitou os embargos de declaração e manteve o "decisum" que recebeu os embargos com a atribuição de efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

Alega o agravante que não estão presentes os requisitos legais para suspensão da execução, vez que o crédito perseguido não está sujeito à recuperação, posto que constituído depois do pedido de recuperação; aduz que no caso dos autos não houve penhora, depósito ou caução, não preenchendo o disposto no artigo 739-A, § 1º, do CPC; suscita a ausência de fundamento relevante e perigo de dano aos agravados; aponta a ocorrência de prejuízo quanto aos imóveis indicados à penhora caso suspensa a execução sem garantia do juízo; assevera que a decisão afrontada deixou de apreciar a inexistência de garantia à execução; sustenta que a recuperação judicial não consiste em exceção ao artigo 739- A do CPC; ressalta que os créditos objetos da execução, cujos vencimentos ocorreram em 19/06/2008 e 20/06/2008, não estão sujeitos

à recuperação judicial, esta última distribuída em 29/12/2006; observa que a recuperação judicial não atinge os demais executados, somente a empresa Frigocharque; sustenta o não cumprimento pelos agravados do disposto no artigo 739-A, § 5º, do CPC, quando intimados, ensejando, pois, a extinção dos embargos nos termos do artigo 267, III e IV, do CPC; informa que os embargos foram recebidos sem o pagamento das custas, as quais devem ser recolhidas, sob pena de cancelamento da distribuição.

Recurso tempestivo, processado sem a concessão da tutela antecipada recursal e sem contrariedade.

É o relatório.

Busca o agravante a reforma da decisão de primeiro grau para que os embargos do devedor sejam extintos sem o julgamento do mérito, por descumprimento do artigo 739-A, § 5º, do CPC, que seja cancelada a distribuição por ausência de recolhimento da taxa judiciária inicial, bem como que seja cassado o efeito suspensivo.

Quanto aos pleitos de extinção dos embargos do devedor e recolhimento da taxa judiciária inicial, observa-se que tais pedidos ainda não foram analisados pelo juízo de primeiro grau; por conseguinte, defeso é conhecer diretamente nesta instância das pretensões em comento, sob pena de supressão de instância e de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, cabendo à parte, assim, fazer/reiterar os referidos pleitos naquela instância.

No que atine à cassação do efeito suspensivo, compulsando-se os autos, infere-se que o agravante ingressou em 08/01/2010 com a ação executiva contra os devedores/garantidores solidários dos contratos de adiantamento de recursos para aquisição de matéria prima e custeio de insumos, penhor industrial, garantia cambiária avalizada e outras avenças (processo nº 108.01.2010.005360-6/000000-000), execução esta que foi suspensa a pedido dos agravados em sede de embargos do devedor.

Contudo, não se verifica no caso em apreço o preenchimento de quaisquer dos requisitos para a suspensão do feito, quer conforme o Código de Processo Civil, quer consoante a Lei de Falência (Lei 11.101/2005).

Explica-se.

No tocante à suspensão da execução, versa o art. 739-A do CPC:

Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos 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.

Acesso ao Sumário

Depreende-se de referido parágrafo a necessidade da existência dos requisitos do *fumus boni juris* e *do periculum in mora*.

As peças acostadas não traduzem a existência de indícios das alegações. Os créditos do recorrente, conforme consulta ao processo de nº 108.01.2006.005852, datado de 2006, são posteriores ao pleito de recuperação judicial, vez que celebrados em 2008 (fls. 117/120 a 132/135).

Em princípio, a dívida foi contraída de maneira regular e o credor reclama sua satisfação, estando ausente, portanto, o requisito do *fumus boni juris*.

Não há qualquer demonstração da existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Os agravados alegaram somente a excessividade do valor perseguido, sequer apontando a quantia que entende devida.

Acresça-se que muitos atos processuais e possíveis recursos poderão se seguir até os devedores serem despojados de seus bens. Assim, também não se vislumbra a presença do requisito do *periculum in mora*.

Finalizando a análise dos requisitos previstos no artigo 739-A do CPC, verifica-se a ausência de qualquer garantia a viabilizar a concessão do efeito suspensivo à execução, o que torna imperiosa a reforma da decisão guerreada.

Sob a ótica da Lei Falimentar (Lei 11.101/2005), de igual forma o "decisum a quo" padece de reparo, pois, além dos contratos terem sido celebrados após a recuperação judicial, o que não o sujeita ao respectivo plano, segundo estabelece o seu artigo 49, § 1º, "*os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*".

A lei admite, portanto, que o credor cujo crédito possua garantia de terceiro, ainda que o devedor principal esteja sujeito à recuperação judicial, promova a execução contra o garantidor, devendo apenas cuidar para que o recebimento de qualquer valor nesses processos seja comunicado ao juízo onde tramita o outro.

Na hipótese dos autos, os agravados pessoa física são coobrigados da devedora Frigocharque, logo, nada obsta o prosseguimento da ação de execução ajuizada em relação aos primeiros.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. Sem informações precisas acerca das finanças dos agravantes, não há como se acolher pedido de gratuidade. Orientação nº 02 desta Colenda Câmara. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO EM VIRTUDE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA PRINCIPAL. Havendo devedor solidário, nada impede o prosseguimento da ação de execução, em relação a este. O credor da devedora em recuperação judicial conserva seu direito e privilégio contra os

Acesso ao Sumário

coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Inteligência do artigo 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO IMPROVIDO. (0067363-24.2011.8.26.0000 SP, Relator: Afonso Bráz, Data de Julgamento: 18/04/2012, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2012)

"SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente - Os agravantes figuram como devedores solidários da empresa executada - O deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial não interfere nas relações da credora com os coobrigados da devedora em recuperação, de forma que a execução pode ser normalmente ajuizada contra tais co-responsáveis - Entendimento do disposto no § 1º, do artigo 49 da Lei nº 11.101/05 - Recurso improvido" (0544245-93.2010.8.26.0000 SP, Relator: Carlos Lopes, Data de Julgamento: 01/03/2011, 18ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/03/2011).

Agravo de instrumento. Execução proposta contra o sócio avalista. Devedora principal em regime de recuperação judicial. Fato que não impede o prosseguimento da ação contra o garante. Extinção da execução. Inadmissibilidade. Recurso improvido. (TJ-SP, AI 7400028300, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cauduro Padin, j. 07/10/2009).

Recuperação Judicial - Coobrigados - Prosseguimento da execução contra estes - Possibilidade - À semelhança do que ocorria no sistema do Decreto-lei 7661/1945, o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (art. 52 da Lei 11.101/2005) ou a concessão da recuperação (art. 58), não interfere nas relações do credor com os coobrigados do devedor em recuperação, podendo a execução ser normalmente ajuizada contra tais coobrigados, na forma do § 1º do art. 49 e parte final do art. 59. - Agravo não provido, v.u. (TJ-SP, AI 71261477, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 22/5/2007).

Portanto, sob a fundamentação alhures exposta, de rigor a reforma da r. decisão guerreada para determinar o prosseguimento do feito em relação aos agravados.

Isto posto, conhece-se de parte do recurso, dando-se provimento na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036226-19.2013.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante

LUCIANA APARECIDA SANTOS SILVA, é agravado BANCO ITAUCARD S.A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO E MARCOS RAMOS.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de busca e apreensão fundada em contrato de financiamento com alienação fiduciária de veículo automotor - Purgação da mora - Possibilidade.

Vem sendo admitida, na jurisprudência, a purgação da mora com o depósito apenas das prestações até então (data do depósito) vencidas - Considerando-se a possibilidade da purgação da mora sem a rescisão do contrato, nos termos do art. 54, § 2º, do CDC, e que se, por um lado, o credor fiduciário é titular da propriedade resolúvel, por outro lado, o devedor fiduciante é titular da propriedade sujeita a condição suspensiva, persiste o direito de o devedor fiduciante purgar a mora com o depósito das parcelas até então vencidas.

Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento contra a r. decisão trasladada à fl. 46, proferida nos autos da ação de busca e apreensão, fundada em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, a qual deferiu a busca e apreensão liminar do bem objeto do contrato, sob o seguinte fundamento: "Comprovada a mora, defiro a liminar, com fundamento no artigo 3º, caput, do Decreto-lei nº 911/69. **Cite-se o réu para pagar a integralidade da dívida pendente (valor remanescente do financiamento com encargos), no prazo de 5 (cinco) dias contados do cumprimento da liminar** (DL nº 911/69, artigo 3º, § 2º, com a

redação da Lei nº 10.931/04), e apresentar defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, desde a efetivação da medida, sob pena de presunção de verdade do fato alegado pelo autor, tudo conforme cópia que segue em anexo, nos termos do artigo 285 do Código de Processo Civil. Sem o pagamento, ficam consolidadas, desde logo, a favor do autor, a posse e a propriedade plena do bem (artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 911/69), oficiando-se. Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei" (negritos meus). Argui a necessidade de reforma da r. decisão e pede: "a purgação da mora pelo valor das parcelas vencidas e não pagas, acrescidas de juros moratórios de 1% ao mês, bem como multa de 2%, conforme determina nossa legislação vigente" (fl. 17); "a autorização para o depósito"; "a continuação do contrato"; "a determinação da imediata devolução do bem a agravante" (fls. 18). Concedido efeito suspensivo, à fl. 50. Não veio contraminuta (fl. 56).

É o relatório.

Como se está diante de uma relação de consumo, na qual a consumidora recebeu financiamento para adquirir um automóvel de passeio, há de se ter em conta a possibilidade de purgação da mora sem a rescisão do contrato, nos termos do art. 54, § 2º, do CDC.

Além disso, o dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 5º, incisos XXII e LIV, da CF, considerando-se que se, por um lado, o credor fiduciário é titular da propriedade resolúvel, por outro lado, o devedor fiduciante é titular da propriedade sujeita a condição suspensiva.

Todas essas razões convergem para a persistência do direito de o devedor fiduciante purgar a mora com o depósito das parcelas *até então* (data do depósito) vencidas (art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969, na redação dada pela Lei 10.391/04). Neste sentido, acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Incidente de Inconstitucionalidade 150.402/5-00, datado de 19 de dezembro de 2007, relator Boris Kauffmann.

Ao conceder efeito suspensivo ao agravo, o fiz nos seguintes termos:

> "Concedo os benefícios da justiça gratuita à agravante tão só para o processamento deste agravo de instrumento, uma vez que o pedido de concessão do benefício para todo o processo ainda não foi apreciado em primeiro grau.
>
> Vem sendo admitida, na jurisprudência, a purgação da mora com o depósito apenas das prestações até então (data do depósito) vencidas. Considerando-se a possibilidade da purgação da mora sem a rescisão do contrato, nos termos do art. 54, § 2º, do CDC, e que se, por um lado, o credor fiduciário é titular da propriedade resolúvel, por outro lado, o devedor fiduciante é titular da propriedade sujeita a condição suspensiva, persiste o direito de o devedor fiduciante purgar a mora com o depósito

Acesso ao Sumário

das parcelas até então vencidas.

Sendo assim, há relevância na fundamentação jurídica invocada pela agravante, bem como risco de lesão grave e de difícil reparação, dou efeito suspensivo ao agravo para suspender os efeitos da r. decisão agravada, até o julgamento final deste agravo" (fl. 50).

Não há motivo para mudar o que preliminarmente decidi, pois as mesmas razões estão presentes para manter-se o que então foi decidido.

Por conseguinte, dou provimento ao agravo para que a agravante purgue a mora com o depósito apenas das prestações até então (data do depósito) vencidas, nos termos supra referidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0169152- 95.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ADVENTIST HEALTH SYSTEM/SUNBELT, INC., são agravados DANILO ELIAS RUAS JUNIOR e MARIA APARECIDA DOS SANTOS RUAS.

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 19717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE PREVISTA NO ART. 88, DO CPC E ART. 12, DA LICC - IMPOSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DA RÉ À JUSTIÇA BRASILEIRA - INCOMPETÊNCIA RECONHECIDA - PROCESSO JULGADO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, IV, CPC - DECISÃO RECORRIDA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pretensão recursal que visa o reconhecimento da ilegitimidade da agravante figurar no polo passivo de ação indenizatória proposta pelos agravados ou, então, a impossibilidade de se sujeitar à jurisdição brasileira.

O recurso foi processado sem o efeito suspensivo ou resposta dos agravados.

Não foram prestadas as informações, nem tampouco comprovado o cumprimento do disposto no art. 526, do CPC.

É o relatório.

Em demanda de natureza indenizatória, pretendem os autores, ora agravados, a sujeição da agravada pessoa jurídica estrangeira, com sede no Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América do Norte, à Justiça brasileira, em razão de serviços que teriam sido prestados nas dependências no "Florida Hospital Celebration".

Contudo, induvidoso que, no caso, não se pode falar em competência concorrente da Justiça brasileira.

Inicialmente, saliente-se que o art. 12, da LICC estabelece a competência da autoridade brasileira às causas em que o réu é domiciliado no Brasil ou quando aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

De outra parte, a situação retratada nos autos da ação não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 88, do Código de Processo Civil.

Assim, em relação à agravante, nada justifica sujeitá-la à jurisdição nacional.

A possibilidade de os agravados invocarem a jurisdição brasileira, envolvendo contrato de prestação de serviços firmado no estrangeiro, onde a obrigação foi cumprida, deve observar certos princípios, entre os quais o da aderência, ou seja, deve existir uma relação entre as partes ou o contrato e um território.

Assim, a autoridade brasileira será competente quando (i) o réu estiver domiciliado no Brasil, (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação ou (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Em outras palavras, deve haver uma correlação entre as hipóteses previstas no art. 88, do CPC e o território brasileiro para assegurar a competência da justiça brasileira.

Aliás, antiga decisão do STJ já chegava à mesma conclusão.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. BRASILEIRO. TRABALHO EM ESTADO ESTRANGEIRO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 88, III,

Acesso ao Sumário

DO CPC. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tendo o fato dito danoso, ocorrido fora do território brasileiro, não tem a justiça brasileira, competência para processar e julgar ação indenizatória movida para fins de indenização exceto nos casos previstos no artigo 88, I e II do Código de Processo Civil.

2. Recurso conhecido e desprovido." (Recurso Ordinário n° 2004/0038644-4, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, julgado em 19.04.2005).

E, também, este Egrégio Tribunal:

"COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. Hipótese que não se subsume às regras do art. 88 e art. 89 do CPC - Formalidade do art. 526 superada por tatar-se de matéria de ordem pública - Necessidade de observar-se o princípio da efetividade - Incompetência da justiça brasileira para apreciar e julgar a demanda - Extinção da ação determinada, art. 267, IV, do CPC - Recurso provido". (Agravo de Instrumento nº 0167766-98.2011.8.26.0000, São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. HELIO FARIA, j. 25.10.2013)

Por esses fundamentos, reformada a decisão recorrida e reconhecida a incompetência da Justiça brasileira, julga-se extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, em relação à ré, ora agravante.

Responderão os agravados pelo pagamento das custas e despesas do processo, em reembolso a agravante, bem como pela verba honorária, esta fixada em R$ 5.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, atendidos os requisitos das alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do citado dispositivo legal, ressalvado o disposto no art. 12, da Lei 1.060/50.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0161022-53.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FREI CANECA SHOPPING & CONVENTION CENTER LTDA., é agravado FAMÍLIA PEDROSO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ME.

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. Redigirá o acórdão o 2º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO, vencedor, LINO MACHADO, vencido e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

CARLOS RUSSO, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução por quantia certa. Título extrajudicial (alugueres e encargos de locação não residencial com contrato escrito). Inclusão de parcelas vencidas no curso do processo. Inteligência do artigo 290 do Código de Processo Civil. Recurso da credora. Provimento.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento, credora, em execução por quantia certa (título extrajudicial: alugueres e encargos de locação não residencial com contrato escrito), questiona decisão do juízo da causa, que lhe indeferiu a exigibilidade de prestações vencidas no curso da lide. Invoca melhor exegese do artigo 290, do Código de Processo Civil.

FUNDAMENTAÇÃO

Na dicção do artigo 598, do Código de Processo Civil, admitida a aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento, estendidas ao processo de execução, avalio que, também na cobrança executiva de prestações periódicas (aqui, dizendo respeito a alugueres e encargos de modalidade de locação não residencial), cabe adotar o preceito do artigo 290, do Código de Processo Civil, automaticamente incluídas no pedido prestações vencidas no curso do processo, exigíveis até final liquidação.

A *ratio* se explica pela natureza da obrigação, por isso a adoção de regra de economia processual, dando melhor efetividade à pretensão suscitada (tutela para compor valores de dívida periódica), também a prevenir indesejável proliferação de demandas,

E, mesmo à conveniência do devedor, porque, em único processo, lhe será dado discutir todo o espectro moratório, ou, dispondo-se a honrar a dívida, tomá-la, por inteiro, à data do respectivo pagamento, assim para não se expor a cobranças fracionadas, com novas despesas processuais, onde se incluem honorários advocatícios.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, admitindo-se**

Acesso ao Sumário

a aplicação da norma do artigo 290, do Código de Processo Civil, também no processo de execução de título extrajudicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0078389-48.2013.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes MARTA VIDA CORAZZA e ANTONIO PINTO VIDA, é agravado NELSON PINTO VIDA (INTERDITO).

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 19.273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), FRANCISCO LOUREIRO E FORTES BARBOSA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: INTERDIÇÃO - Decisão que recepcionou recurso de apelação no efeito meramente devolutivo - Retratação do Juízo para adequar a decisão ao dispositivo legal inserto no art. 1.184 do CPC, nos moldes que lhe faculta o art. 463 da lei processual, que não implica em inovação ou alteração do comando judicial - Eventual antinomia entre o art. 521 e 1.184 do CPC que se resolve pelo critério da especialidade - Princípios de proteção à pessoa do interdito que possui efeito imediato, impondo-se o efeito meramente devolutivo ao decreto de interdição - Proteção que não atinge a nomeação do curador - Apelo restrito à substituição do curador na sentença, por pessoa envolvida em fatos que deram azo ao pedido de interdição na defesa dos interesses do interdito, antes cuidado pela família - Circunstância que autoriza a atribuição de efeito suspensivo com espeque no art. 557, III e 558 do CPC - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal (fls. 02/05) tempestivamente interposto por Marta Vida Corazza e Antonio Pinto Vida contra a r. decisão reproduzida às fls. 97, que em sede de retratação recepcionou recurso de apelação interposto contra a sentença que decretou a interdição de Nelson Pinto Vida, no efeito meramente devolutivo.

Sustenta o inconformismo, em síntese, que foi interposto recurso de apelação visando parcial reforma da r. sentença no tocante à revogação da anterior curadora e nomeação da companheira do interditado para o múnus, requerendo o seu recebimento em ambos os efeitos pela inequívoca presença de danos de difícil reparação em detrimento da proteção do interdito objetivada na ação.

Assevera que, recebido o recurso em seus regulares efeitos, a teor do disposto no art. 521 do CPC, não poderia o juiz inovar no processo para, em sede de retratação, atribuir efeito meramente devolutivo e permitir a execução provisória da sentença, ao arrepio da lei por falta da devida fundamentação.

Assim, considera nulo o r. despacho que converteu os efeitos da apelação e em razão de potencial dano irreparável postula o provimento do recurso, atribuindo-se suspensividade à decisão.

Salienta que a recorrente Marta desde fevereiro de 2010 exerceu o cargo de curadora provisória de forma idônea, nada tendo que a desabone para a continuidade da curatela, ao contrário daquela agora nomeada que foi a razão do ingresso da ação postulada em proteção aos interesses do interdito, não sendo juridicamente possível admitir que o recorrido declarado incapaz para os atos da vida civil possa indicar sua própria curadora (fls. 06/15).

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 100), em contraminuta postulou-se o desprovimento do recurso (fls. 108/111).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou por se negar provimento ao agravo.

É o relatório.

Inicialmente, descabida a arguição de nulidade.

Não se há falar que o juiz inovou no processo ao atribuir efeito meramente devolutivo ao decreto de interdição, uma vez que nos termos que lhe faculta o art. 463 do CPC, apenas e tão somente corrigiu erro ao constatar que o recebimento no duplo efeito à sentença que decretou a interdição do réu contraria vigência ao art. 1.184 do CPC, segundo o qual: *"A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação"*.

Ademais, a correção operada não implicou em alteração do comando

Acesso ao Sumário

judicial proferido ou em determinações que o afrontem.

Destarte, não houve afronta ao art. 521 do CPC, a saber:

"Não se trata de inovação o ato do juiz que, ao perceber o equívoco em que incidiu ao receber o recurso em efeito que não tinha, modifica a decisão, declarando novamente em que efeitos recebe o apelo" (RT 863/328).

Eventual antinomia entre o art. 521 e o art. 1.184 da legislação processual civil encontra solução pelo critério da especialidade (*Lex specialis derogat generali*).

É fato que a disposição que emana do art. 1.184 do CPC em exceção à regra do art. 520 do CPC encontra ressonância na disciplina inserta no art. 1.173 do CC: "*A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso*".

Evidentemente, a lei buscou conferir especial proteção aos efeitos da sentença que considerou o sujeito incapaz, com vistas a evitar dano à pessoa e ao seu patrimônio. Destarte, qualquer ato praticado pelo interditando após a sentença constitutiva será considerado nulo.

Logo, pelos princípios norteadores de proteção à pessoa do interdito, o decreto de interdição possui efeito imediato e por isso eventual recurso que ataque seus efeitos deve ser recebido no efeito meramente devolutivo.

Outrossim, o alcance da proteção não atinge a nomeação de curador, inexistindo óbice ao recebimento do efeito suspensivo nesta parte para permanecer a pessoa que já vinha exercendo tal múnus.

Importa considerar, na hipótese, que a apelação não ataca o decreto de interdição postulado pelos apelantes na demanda, e sim a substituição da curadoria antes exercida pela irmã para a pessoa da companheira, atacando a idoneidade moral desta e relatando fatos que envolvem sua pessoa e deram azo à propositura da ação de interdição.

Acesso ao Sumário

De fato, o apelo hostiliza o relatório social que abonou a pessoa da companheira de qualquer conduta contrária aos interesses do interdito; discorre sobre a habilitação de casamento pelo regime da comunhão universal de bens à revelia dos parentes em época que o pai, antes cuidador, estava em estado terminal; falta de idoneidade financeira denotada pela emissão de 27 cheques sem fundos; falta de cuidados com a saúde do interdito; troca das chaves da casa do genitor do interdito para impedir o acesso dos irmãos a ele, mudança de toda a família daquela para a coabitação às custas do interditando (fls. 65/88).

Tais fatos são aqui invocados como existência de risco de dano grave e irreparável, especialmente porque dispensada a hipoteca legal, para postular a atribuição de efeito suspensivo e manter como curadora até julgamento final a irmã antes nomeada, uma vez que nada existe que a desabone.

Sem adentrar ao mérito da matéria do recurso de apelação, bem de ver que os motivos que ensejaram o pedido de interdição pelos irmãos do agravado são os mesmos que embasam o recurso de apelação, revelando que subsiste o temor e a preocupação manifestada em juízo por ocasião da interposição da demanda.

Nesta senda, uma vez o art. 527, III, e art. 558 do CPC conferem poderes de atribuição de efeito suspensivo ao recurso à relevância da fundamentação que, repita-se, na hipótese se cuida de atos que deram azo à propositura da ação em defesa dos interesses do interditando, entendo pertinente a atribuição de efeito suspensivo à sentença apenas na parte que substituiu a curadora provisória, ficando inalterado os efeitos quanto ao decreto de interdição. O inconformismo, portanto, comporta parcial acolhimento.

Ante ao exposto, pelo meu voto **dou parcial provimento ao recurso, para conferir efeito suspensivo ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0150311-52.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCIO PINHEIRO MENDES (INVENTARIANTE), FERNANDA PINHEIRO MENDES, CARMEN PAZ OPLUSTIL GONZALEZ e CAIO MARCIO FIGUEIREDO MENDES (ESPÓLIO), é agravado O JUÍZO.

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 12854)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE FIXOU O PRÊMIO DO TESTAMENTEIRO - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR DA VINTENA PARA O MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - REMUNERAÇÃO DEVE SER COMPATÍVEL COM O TRABALHO DESENVOLVIDO - EXEGESE

Acesso ao Sumário

DOS ARTIGOS 1.987 DO CÓDIGO CIVIL E 1.138 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos do inventário dos bens deixados por Caio Marcio Figueiredo Mendes, fixou o prêmio do testamenteiro em 2,5% (dois e meio por cento), incidente sobre a parte disponível da herança, nos termos do parágrafo único do artigo 1.987 do Código Civil.

Sustentam os recorrentes, em síntese, que a vintena deve retribuir o testamenteiro, considerando o seu trabalho no inventário. Argumentam que a execução do testamento não apresentou qualquer dificuldade, uma vez que foi atribuído à legatária, companheira do *de cujus*, apenas dois bens, além de não ter havido resistência ao seu cumprimento. Alegam que, se mantida a decisão ora agravada, o valor do prêmio do testamenteiro será superior ao legado deixado pelo testador, o que se mostra desproporcional. Pugnam pela concessão do efeito suspensivo, com provimento do agravo e reforma da decisão.

O recurso foi recebido e encaminhado diretamente à Mesa para julgamento, eis que ausente qualquer prejuízo.

É o relatório.

A presente insurgência volta-se contra o montante fixado pelo juízo *a quo* a título de remuneração do testamenteiro instituído, ante a omissão do testador nesse sentido (fls. 65/66).

Inicialmente, oportuno consignar que, ao contrário do que alegam os agravantes, não prospera a alegação de que o valor do prêmio do testamenteiro, ora arbitrado, seria superior ao legado deixado pelo testador, uma vez que, conforme consignado pelo Douto Magistrado *a quo*, ante a existência de herdeiros necessários, o percentual incidirá apenas sobre a parte disponível da herança, ou seja, o patrimônio objeto do testamento, nos termos do parágrafo único do artigo 1.987 do Código Civil.

A propósito de tal entendimento, confira-se a lição de Arnaldo Rizzardo:

"*Sobre qual o patrimônio incide o prêmio?*

Eis uma indagação importante, que necessita de uma perfeita configuração. Primeiramente, é inquestionável que incide apenas sobre o patrimônio objeto do testamento. Inconcebível, para efeitos de cálculo, sobre toda a herança. O art. 1987 (art. 1.766 do CC revogado) fala no cálculo 'sobre a herança líquida, conforme a importância dela'.

Acesso ao Sumário

Mas, 'a herança líquida' compreende unicamente aquela restringida no parágrafo único do mesmo artigo, ou seja, 'será pago à conta da parte disponível, quando houver herdeiro necessário'. Por aí se vê que a herança excluída da disposição fica afastada ou livre para efeitos de cálculo da vintena. Mostra-se incompreensível que se onere quem não participa do testamento."

(*in* "Direito das sucessões". 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 536)

No que tange à fixação do *quantum* da remuneração do testamenteiro, respeitado o entendimento do Douto Magistrado *a quo*, o recurso merece provimento.

Com efeito, da leitura dos artigos 1.987 do Código Civil e 1.138 do Código de Processo Civil, infere-se que, na hipótese do valor da vintena não houver sido fixado pelo próprio testador, caberá ao juiz arbitrá-lo, em percentual compreendido entre 1% a 5% da herança líquida, levando-se em consideração o trabalho de execução do testamento. Isso significa que tal montante deve ser compatível com a participação do testamenteiro, considerando o caso concreto, de maneira que represente uma adequada remuneração ao trabalho desenvolvido, devendo-se ainda observar a natureza e complexidade da causa e a duração do processo.

É bem verdade que a atuação do testamenteiro, no exercício de seu encargo, não deve ser mensurada simplesmente pela quantidade de intervenções feitas nos autos. Contudo, qualquer que possa ser o trabalho do testamenteiro, relativamente pequeno no caso em apreço, o fato é que a remuneração não poderá ser de tal modo importante a ponto de transformá-lo em "quase herdeiro".

Daí porque, atentando-se às peculiaridades do caso concreto, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e considerando que a execução do testamento e o deslinde do inventário, até o momento, ocorreram sem grandes dificuldades, entendo que a vintena fixada pelo juízo *a quo* deve ser reduzida para o percentual de 1% (um por cento) sobre a parte disponível da herança, nos termos do parágrafo único do artigo 1.987 do Código Civil, valor mais do que suficiente para remunerar condignamente o testamenteiro, sem que isto venha representar um enriquecimento sem causa.

Em decorrência do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0059491-84.2013.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes MILLENA NEVES TIRONI e LORETTA NEVES TIRONI, são agravados MARIA JOSÉ ROSTON NEVES (ESPÓLIO), LEILA MARIA ROSTON NEVES (INVENTARIANTE) e ARTHUR MIGUEL ROSTON NEVES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15662)**

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

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário - Finado avô das agravantes que lavrou testamento público, beneficiando-as - Legatárias que pretendem a inclusão do espólio do avô no rol dos herdeiros necessários da falecida avó, para que ele seja contemplado com os bens particulares por ela recebidos através de doação, com cláusula de incomunicabilidade - Reconhecimento, todavia, que é irrelevante ao deslinde da questão, porquanto não serão beneficiadas, como pretendem, pois foram agraciadas, no testamento, com bens certos e determinados, não se podendo presumir intenção de contemplá-las, também, com os bens particulares da esposa (avó das recorrentes) - Recurso improvido, mas por outros fundamentos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento hostilizando r. decisão que indeferiu pretensão das agravantes no sentido de reconhecer "ao cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão universal de bens o direito à herança, em concurso com os descendentes, nos bens particulares" da finada, argumentando afronta ao disposto no artigo 1829, inciso I, do Código Civil.

Afirmam as agravantes que são netas dos finados Maria José R. Neves e Arthur A. Neves, que foram casados pelo regime da comunhão universal de bens.

Relatam que a avó faleceu em primeiro lugar, sendo nomeado inventariante o então viúvo, observando-se que ele havia contemplado as recorrentes, através de testamento público, com parte disponível de seu patrimônio. No curso do inventário, continuam as recorrentes, o viúvo, igualmente, faleceu.

Asseveram que são legatárias de 25% dos bens deixados pelo avô, e "de quaisquer outros que venham os substituir, na proporção de 12,50% (doze e meio por cento) cada uma".

Alegam que a avó recebeu de seus pais, através de doação, alguns bens com cláusula de incomunicabilidade, não integrando, assim, o patrimônio comum do casal, de sorte que, invocando os novos preceitos trazidos pelo Código Civil de 2002, pugnaram as agravantes pelo reconhecimento do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes dos bens particulares deixados pela falecida, "proporcionando, na partilha, ao cônjuge sobrevivente a meação nos bens comuns e a fração ideal nos bens particulares", pedido indeferido pelo Magistrado da causa.

Defendem que a incomunicabilidade já cumpriu sua função, não sendo "impeditiva para propiciar ao cônjuge sobrevivente a concorrência, na qualidade de herdeiro, na sucessão desses bens."

Pedem o provimento do recurso para inclusão do espólio do avô "no rol dos herdeiros necessários de Maria José R. Neves."

O efeito suspensivo foi concedido, apenas para que o inventário não fosse encerrado antes do julgamento do presente recurso.

Contraminuta a fls. 59/61, pugnando pela manutenção da r. decisão agravada.

É o relatório.

Ao que tudo indica, com o falecimento de Maria José Roston Neves, iniciou-se seu inventário e, no curso desse processo, faleceu seu esposo, Arthur A. Neves. Os finados eram casados pelo regime da comunhão universal de bens e deixaram dois filhos, os agravados.

No dia 27 de agosto de 2007, Arthur elaborou testamento público, declarando ser proprietário de 50% de 13 imóveis, além dos direitos decorrentes de uma ação judicial atinente a gatilho salarial. Naquela ocasião, determinou "que de sua parte disponível em seu patrimônio, ou seja, seus 25% (vinte e cinco por cento) dos citados bens e direitos ou quaisquer outros que os venham a substituir, sejam atribuídos em partes iguais, às legatárias sua netas, a seguir nomeadas, na proporção de 12,5% a cada uma" (fls. 26/27vº).

Acesso ao Sumário

Pleitearam as legatárias que o espólio do testador (avô), concorra com os descendentes nos bens particulares da finada avó, argumentando ser "plausível a concorrência do falecido Arthur com os descendentes nos bens particulares da inventariada, pois, diante da incomunicabilidade clausulada não se tem a meação, todavia, é herdeiro - e referidos bens devem compor o acervo do qual dispôs em testamento a intenção de deixar às agravantes - razão pela qual se impõem a sua inclusão, ora na figura do espólio, no rol de herdeiros necessários".

O Magistrado da causa entendeu por bem indeferir tal postulação, afirmando que tal pedido afronta o artigo 1829, I, do Código Civil.

Diante desse quadro, vislumbra-se que o agravo não merece ser provido, mas por outros fundamentos.

É que, "in casu", irrelevante a discussão em tela, porque, pela mera leitura do testamento deixado pelo avô das recorrentes vê-se que ele destinou 25% de sua parte disponível dos "citados bens e direitos", ou seja, esse percentual irá recair, tão somente, **sobre bens/direitos determinados**, quais sejam, os elencados pelo próprio testador, não se podendo presumir que, com o termo "quaisquer outros que venham os substituir" a intenção de contemplá-las, também, com os bens particulares da inventariada, como pretendem as agravantes.

Os agravados, aliás, já sinalizavam essa limitação, asseverando que a "disposição testamentárias estabelece de forma clara e objetiva que o Testador dispôs tão somente da parte disponível em seu patrimônio, ou seja seus 25% (vinte e cinco por cento) dos bens, bem como dos direitos que foram expressamente mencionados no item – 'C' nºs '1' a '14', esclarecendo de forma objetiva, a alternativa, de que os bens mencionados no Testamento poderiam ser eventualmente substituídos por outros" (grifo no original).

Assim, concorrendo ou não o espólio de Arthur com os descendentes, tal situação não irá beneficiar as agravantes, porque irão receber, somente, os bens determinados pelo testador, de sorte que a irresignação manifestada no presente recurso não merece ser provida.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso, mas por outros fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0137695-45.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado RICARDO SAMEZINA DE SOUZA.

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. **(Voto nº 13003)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO E MARINO NETO.

São Paulo, 12 de setembro de 2013

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE SUSPENSÃO DE DESCONTOS EM CONTA SALÁRIO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA FINAL PARA DETERMINAR O ESTORNO DE QUANTIAS RETIRADAS DA CONTA DO AUTOR E PARA OBSTAR NOVOS DESCONTOS DA MESMA NATUREZA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 500,00 - PRETENSÃO DE REFORMA PARA QUE OS DESCONTOS POSSAM PERMANECER COMO ANTERIORMENTE EFETUADOS - DESCABIMENTO - A simples autorização de débito em conta, em havendo fundos disponíveis, confere ao agravante, por sua exclusiva comodidade e conveniência, uma forma privilegiada de cobrança. Tal conduta implica expropriação forçada e ilegítima que não pode ser admitida, cabendo ao agravante que se valha das medidas judiciais pertinentes para satisfação de seu crédito - Recurso desprovido, nessa parte.

AÇÃO DE SUSPENSÃO DE DESCONTOS EM CONTA SALÁRIO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOSDATUTELAFINALPARADETERMINAR O ESTORNO DE QUANTIAS RETIRADAS DA CONTA DO AUTOR E PARA OBSTAR NOVOS DESCONTOS DA MESMA NATUREZA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 500,00 - PRETENSÃO DE REFORMA PARA QUE A MULTA DIÁRIA

Acesso ao Sumário

SEJA AFASTADA - DESCABIMENTO - A imposição de multa para a obrigação de fazer está autorizada pelo art. 461, § 4º do Código de Processo Civil, como instrumento necessário à eficiência da ordem judicial. Recurso desprovido, nessa parte.

AÇÃO DE SUSPENSÃO DE DESCONTOS EM CONTA SALÁRIO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA FINAL PARA DETERMINAR O ESTORNO DE QUANTIAS LANÇADAS NA CONTA DO AUTOR E PARA OBSTAR NOVOS DESCONTOS DA MESMA NATUREZA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 500,00 - PRETENSÃO DE REFORMA PARA QUE SEJA REDUZIDO O VALOR ATRIBUÍDO À MULTA DIÁRIA - DESCABIMENTO - Não há se falar em desrespeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, tampouco, em exorbitância na fixação da multa, cujo valor deve ser apto a forçar o obrigado ao cumprimento da determinação judicial. Valor fixado em R$ 500,00 que não pode ser considerado exorbitante, em se tratando o obrigado de instituição financeira de grande porte. Recurso desprovido, nessa parte.

VOTO

Vistos...

Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória que, em ação de suspensão de descontos em conta salário cumulada com indenização por danos morais, deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando ao réu, "*(...) que se abstenha de debitar da conta salário do requerente qualquer verba a título de "recuperação crédito em atraso", sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (até o limite de R$ 50.000,00), devendo restituir ao autor todos os valores descontados a esse título, no prazo de cinco dias, sob pena de incidência de multa no mesmo patamar (...)*" (fls. 100).

O agravante, postulando a concessão de efeito suspensivo, alega que os débitos na conta-corrente do agravado decorrem do previamente estabelecido entre as partes, de modo que deve prevalecer o *pacta sunt servanda*. Aduz que na qualidade de credor, está buscando a satisfação de seu crédito, não sendo

Acesso ao Sumário

ilícito o procedimento adotado, pois contratualmente previsto. Sustenta que não havia necessidade de imposição de multa cominatória para cumprimento da decisão atacada. Consigna que a multa imposta, se mantida, deve ser reduzida a patamar que atenda o princípio da razoabilidade. Aguarda a revogação da liminar concedida. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da multa diária ou, em último grau, pela redução do *quantum* fixado (fls. 02/21).

Tempestivo (fls. 02 e 107), preparado (fls. 22 e 23), o recurso foi processado somente no efeito devolutivo e com a intimação do agravado para resposta (fls. 122).

Sem contraminuta (fls. 124), o agravo está pronto para julgamento.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

O agravado ajuizou ação com pedido de obrigação de fazer (suspensão de descontos), cumulado com pedido de indenização por danos morais, para obter a restituição de quantias debitadas de sua conta-corrente a título de "recuperação crédito em atraso" e impedir a instituição financeira agravante de efetuar novos descontos a esse mesmo título.

A julgadora de primeiro grau de jurisdição acolheu o pedido de tutela antecipada, a fim de que tais descontos fossem cessados, além de determinar a restituição dos valores já descontados, sob pena de multa diária.

E agiu com acerto a juíza singular, devendo a decisão agravada ser integralmente prestigiada e mantida.

Com efeito, nas razões de seu inconformismo, o banco recorrente tenta explicar os descontos efetuados a título de "recuperação crédito em atraso" efetuados na conta-corrente do agravado, limitando-se a invocar genericamente o princípio do *pacta sunt servanda*.

Contudo, a esse propósito, cumpre consignar que a simples autorização de débito em conta, em havendo fundos disponíveis, não poderia conferir ao agravante, por sua exclusiva comodidade e conveniência, fazer disso uma forma privilegiada de cobrança.

Tal conduta implica expropriação forçada e ilegítima que não pode ser admitida, cabendo ao agravante que se valha das medidas judiciais pertinentes para satisfação de seu crédito.

Nesse contexto, têm-se como presentes os requisitos que justificaram a concessão em primeiro grau da antecipação dos efeitos da tutela final.

Quanto à multa, melhor sorte não assiste ao agravante.

A imposição de multa para a obrigação de fazer está autorizada pelo art. 461, § 4º do Código de Processo Civil, constituindo-se em expediente necessário à eficiência da ordem judicial.

Acesso ao Sumário

Aliás, não é outra a função da multa coercitiva senão a de ser "*um instrumento de proteção da autoridade judicial*", dando "*força à ordem judicial*", que decorre justamente da autoridade do Estado.

Esse o escólio de Sérgio Cruz Arenhart: "*Tem-se procurado, portanto, desvincular a figura da multa coercitiva da pretensão protegida, na perspectiva de que não é função daquele mecanismo a proteção do direito (ou da pretensão) alegado pelo interessado. A finalidade da multa é sustentar a autoridade (imperium) da decisão judicial, no intuito de coibir qualquer possibilidade de transgressão da determinação judicial*" (A doutrina brasileira da multa coercitiva - Três questões ainda polêmicas, in "Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier", 2008, RT, p.536).

Não há se falar, ainda, em desrespeito ao princípio da razoabilidade e, tampouco, na alegada exorbitância na fixação da *astreintes*.

Sendo medida de caráter obstativo, somente será devida pelo agravante caso haja vulneração do comando, com a perpetuação do injusto constrangimento do consumidor. Também não há desproporção, pois o valor diário fixado, R$ 500,00, não é exorbitante e a instituição financeira é de grande porte.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0112176-68.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SOUZA, CESCON BARRIEU, FLESCH TEIXEIRA DOS SANTOS ADVOGADOS, é agravado PAULO MARCELO DE OLIVEIRA BENTO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19238)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO E FORTES BARBOSA.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. Quesitos. Decisão que teria se omitido quanto à

impugnação aos quesitos da parte contrária, e indeferido os do agravante, sem motivação jurídica. Decisão mantida. Quesitos que já haviam sido objeto de deliberação e decisão por este Tribunal, em agravo anterior à decisão ora agravada. Exclusão de apenas dois quesitos do agravado, 26 e 27. Quesitos do autor excluídos ("f" e "g"), que, de fato, não dizem respeito à controvérsia entre as partes. Recurso desprovido.

VOTO

SOUZA, CESCON, BARRIEU, FLESCH E TEIXEIRA DOS SANTOS ADVOGADOS agrava da decisão pela qual o d. Magistrado, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas que lhe move PAULO MARCELO DE OLIVEIRA BENTO, indeferiu seus quesitos "f" e "g". O primeiro, sob o argumento de que não teria relação com a lide e o segundo, porque "*desnecessário e impertinente*".

Inconformado, alega que o d. Juízo não apreciou a impugnação por ele apresentada aos quesitos formulados pelo agravado, bem como não justificou juridicamente o indeferimento dos quesitos "f" e "g". A despeito da oposição de embargos de declaração, o d. Magistrado não sanou a omissão, motivando a interposição deste recurso. Entende, inicialmente, que a decisão deve ser anulada, determinando-se que o d. Magistrado profira outro, suprindo a omissão apontada. Subsidiariamente, pede, desde logo, a reforma da decisão agravada, para que todos os quesitos apresentadas pelo agravado, à exceção do nº 3 e 25, sejam indeferidos, e deferidos todos os que o agravante apresentou, inclusive "f" e "g".

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 400/401) e respondido, com preliminar de deserção (fls. 408/428).

Sem informações (fls. 447).

É o relatório.

A preliminar de inadmissibilidade deve ser afastada. Deserção não há. O agravante recolheu as custas de preparo e porte de remessa e retorno (fls. 17/19), o que basta ao conhecimento da matéria controvertida.

Anota-se que esta Câmara tende a admitir certa simplificação dos atos e procedimentos judiciais, relevando, muitas vezes, formalidades previstas na lei processual, sempre visando à objetividade e celeridade na solução das lides, desde que não haja perigo de violação de direito dos interessados ou de terceiros. Aliás, "*a concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la*" **(STJ, REsp 15.713-MG, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91)**.

Acesso ao Sumário

Ultrapassada a preliminar, examina-se o mérito, entendendo-se pelo desprovimento do recurso.

Embora, de fato, o d. Magistrado tenha sido muito sucinto, mesmo provocado por meio de embargos de declaração (fls. 61 e 63), assim procedeu, porque, em verdade, a questão relativa a quais quesitos deveriam ser excluídos da perícia já havia sido deliberada e decidida por este Tribunal, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 0187610-97.2012.8.26.0000 (fls. 364/379).

Anota-se que o acórdão é de 12.3.2013 e a decisão agravada, de 12.4.2013.

Lá se resolveu, consideradas as ponderações do i. Desembargador ÊNIO ZULIANI, que apenas os quesitos 26 e 27 formulados pelo autor, ora agravado, deveriam ser excluídos da apreciação do perito judicial.

Nesse vértice, tendo a Turma julgadora, por maioria de votos, entendido pela pertinência e cabimento da produção antecipada de provas e pelo descabimento de apenas dois quesitos, subentende-se pela aceitação e deferimento dos demais.

Por isso, evidentemente, não precisaria, nem deveria, o d. Magistrado de origem debruçar-se sobre questão já resolvida em sede recursal, sob pena de afronta a decisão superior.

É certo que excluiu os quesitos "f" e "g" formulados pelo agravante, mas o fez amparado no acórdão supra mencionado. O quesito "f" pedia para que o perito informasse "*se o autor efetivamente contribuiu com capital próprio para formação do capital social ou aquisição de quotas da sociedade*", o que refoge ao âmbito da controvérsia. Por meio do quesito "g", o agravante instava o perito a "*informar se o autor continua prestando serviços a clientes do escritório e quais valores foram faturados por ele após sua retirada da sociedade...*". Ora, o trabalho desenvolvido e os valores auferidos pelo agravado, após se desligar da sociedade agravante, também não dizem respeito à lide.

Deve, pois, a perícia prosseguir, com exclusão dos quesitos 26 e 27 do autor, tal como decidido no agravo de instrumento nº 0187610-97.2012.8.26.0000, e dos quesitos "f" e "g" do réu, ora agravante, mantida integralmente a decisão agravada.

Ante o exposto, voto pelo **desprovimento do recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0135926-02.2013.8.26.0000, da Comarca de Vinhedo, em que é agravante

COMPANHIA FAZENDA CACHOEIRA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE GALATAS S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES), são agravados ROSELY APARECIDA BRESSANI ANDRADE, JOÃO JOSE DE ANDRADE, HELIO BRESSANI e MARIA PANGRACIO BRESSANI.

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. **(Voto nº 12565)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Irresignação contra decisão que suspendeu, por ora, o cumprimento da liminar de reintegração de posse, por serem os ocupantes pessoas idosas e não terem para onde ir - Cabimento - O exame da matéria compete exclusivamente ao juiz do feito, podendo ser alterada somente no caso de evidente abuso ou ilegalidade - Decisão mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada à fl. 155 que, em ação de Reintegração de Posse c.c. Cobrança de Aluguéis[1] ajuizada por **Companhia Fazenda Cachoeira** em face de **Rosely Aparecida Bressani Andrade, João José de Andrade, Hélio Bressani e Maria Pangracio Bressani**, suspendeu o cumprimento da ordem liminar de reintegração de posse do imóvel em discussão, por haver idosos lá residindo e por terem informado que não tinham para onde ir.

A agravante sustenta que o imóvel em questão lhe pertence e que foi cedido aos agravados por comodato pelo período de um ano, iniciando-se em 15/11/2008 e findando em 14/11/2009. No entanto, vencido o prazo e notificados os ocupantes, sem que o imóvel fosse restituído, ingressou com a ação, obtendo liminar para reintegrar-se na posse, decisão esta que foi suspensa pela decisão ora agravada. Postula a inversão da decisão, por ser de justiça, pois a suspensão

1 Valor da Causa: R$ 25.000,00 em novembro de 2012.

Acesso ao Sumário

da liminar não veio amparada em qualquer tipo de prova.

Recebido e processado o recurso, dispensaram-se as informações a que alude o artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Na contraminuta, os agravados pediram a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Companhia Fazenda Cachoeira ajuizou ação de reintegração de posse em face de Rosely Aparecida Bressani Andrade, João José de Andrade, Hélio Bressani e Maria Pangracio Bressani, afirmando ser proprietária do imóvel denominado Fazenda Cachoeira, situado em Vinhedo, o qual foi cedido, em comodato, pelo prazo de um ano, aos requeridos. Vencido o prazo, e sem a desocupação voluntária, após a notificação, a autora ingressou com a ação de reintegração de posse.

Inicialmente foi concedida liminar de reintegração de posse à autora, mas após a contestação dos réus, essa decisão foi revista para suspender a ordem liminar até então concedida, sob a justificativa de que os ocupantes eram idosos e que não tinham para onde ir.

Ressalte-se que a liminar é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela do magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato negatório, concessivo ou suspensivo da ordem liminar, ou ainda, houver abuso do poder do julgador, e isso de forma irrefutável, é que se admite a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior.

A respeito do tema, a jurisprudência vem entendendo que: "*O exame de medida liminar em ação possessória é da competência exclusiva do Juiz do feito. Somente em casos excepcionais e evidenciada a manifesta ilegalidade é possível o reexame de tal matéria na via do agravo de instrumento* (RT 572/223)".

Também nesse sentido, é a jurisprudência que ora se colaciona:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR INDEFERIDA - PRETENSÃO DO AGRAVANTE VISANDO A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA REITEGRAÇÃO DE POSSE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA MESMA - A CONCESSÃO DE LIMINAR É FACULDADE DO JUIZ - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO". (Agravo de Instrumento nº 990.10.125545-6, 12ª Câmara Direito Público, Relator Des. Burza Neto, j. 12/05/2010).

E, por fim, consta nas anotações do artigo 928, nota 5, do Código de Processo Civil de Theotonio Negrão que: "*Há mais de um acórdão entendendo que a concessão ou denegação da liminar fica ao prudente arbítrio do juiz, só*

Acesso ao Sumário

podendo ser reformada, pelo Tribunal, em caso de evidente ilegalidade (RT 572/223, JTA 91/405, 98/357, 103/383)".

Assim, se o Julgador não vislumbra, por ora, os requisitos para o cumprimento da liminar concedida, de rigor a manutenção da decisão agravada.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0120806-16.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MOTOPLAY COMERCIAL LTDA e MOTOCAR COMERCIAL LTDA, é agravado YAMAHA MOTOR DA AMAZONIA LTDA.

ACORDAM, em 14ª 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 25.344)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI E CARDOSO NETO.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Processual civil - Execução por título extrajudicial - Duplicata mercantil - Execução ajuizada em 1996, tendo ingressado na fase de reforço de penhora, após o julgamento dos embargos das devedoras, com a expedição de carta precatória para penhora e avaliação de imóvel, em 2003 - Paralisação da execução a partir daí, com a remessa dos autos ao arquivo, sem que a exequente providenciasse o seu regular andamento - Desarquivamento requerido pelas devedoras, vindo estas a arguirem exceção de pré-executividade, alegando ocorrência da prescrição intercorrente, atento ao prazo prescricional de três anos aplicável à execução em tela - Alegação que deve ser acolhida, não se aplicando, no caso, o entendimento da jurisprudência de que a prescrição intercorrente não ocorre quando suspensa a execução, a requerimento do credor, pela inexistência de bens

Acesso ao Sumário

penhoráveis, mesmo porque a exequente sequer chegou a requerer a suspensão da execução em tela, nos termos do art. 791, inc. III, do Código de Processo Civil - Exceção que deve ser acolhida, com a consequente extinção da execução - Recurso provido para tanto.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (fls. 75 destes autos) que em execução de título extrajudicial ajuizada contra a agravante, manteve decisão anterior que afastou sua alegação de prescrição intercorrente.

Insurge-se a agravante sustentando a ocorrência de prescrição intercorrente face ao arquivamento dos autos da execução em tela de janeiro de 2006 até agosto de 2012.

Recurso preparado, recebido com efeito suspensivo e respondido.

É o relatório.

A irresignação dos agravantes merece ser acolhida.

Cuida-se no caso vertente a propósito de execução por título extrajudicial lastreada em duplicatas mercantis, ajuizada em 1996, tendo sido julgados improcedentes os embargos que lhe foram opostos pela executada.

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.

O prazo prescricional aplicável no caso vertente, ademais, é o de três anos, atento ao disposto no artigo 18 da Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968 (Lei das Duplicatas), prazo este mantido pelo artigo 206, § 3º, inc. VIII, do novo Código Civil.

Ora, pelo que se infere das próprias alegações da agravada, a execução em tela, após o julgamento dos embargos, ingressou na fase de reforço de penhora, vindo a ser expedida carta precatória para Comarca de Guarulhos para promover-se a penhora e avaliação de bem imóvel, a qual retornou para os autos principais para promover-se a intimação das devedoras. Não logrando encontrá-las, a agravada requereu a nomeação de curador especial, sobre o que, então, foi proferido despacho pedindo-lhe explicações para tanto.

Tais atos ocorreram em 2003, e uma vez proferido o despacho supra citado, a agravada deixou de manifestar-se nos autos da execução, a fim de dar-lhe regular andamento, o que ensejou, então, que viessem a ser arquivados, em junho de 2003.

Acesso ao Sumário

Muito embora chegasse a requerer, posteriormente, o desarquivamento dos autos, este não chegou a ser efetivado, e a execução permaneceu sem andamento a partir daí, até que as agravantes, após requererem o desarquivamento dos autos, manifestaram-se nestes, apresentando exceção de pré-executidade, arguindo a ocorrência da prescrição intercorrente, assim o fazendo em agosto do corrente ano.

Na hipótese vertente, não há como deixar de reconhecer que a execução em tela ficou paralisada, por vários anos, por falta de impulso da exequente, mesmo tendo sido expedida carta precatória para ser realizada a penhora e avaliação de imóvel, não tendo sido requeridas, outrossim, outras medidas ou diligências para localização de outros bens para reforço de penhora.

Não se poderia aplicar neste caso, por isso, o entendimento da jurisprudência de que a prescrição intercorrente não ocorre quando suspensa a execução, a requerimento do credor, pela inexistência de bens penhoráveis, mesmo porque a agravada sequer chegou a requerer a suspensão da execução em tela, nos termos do art. 791, inc. III, do Código de Processo Civil.

Conclui-se, pois, que a irresignação das agravantes merece ser acolhida para acolher a exceção que apresentaram e reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente relativamente à execução em tela, extinguindo-a, em face disso, nos termos do art. 269, inc. IV, combinado com o artigo 598, ambos do Código de Processo Civil. Face ao acolhimento da exceção em tela, que teve caráter contencioso e ensejou a extinção da execução, caberá à agravada, por isso, arcar com o pagamento dos honorários advocatícios das agravantes, arbitrados, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0164938-61.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que são agravantes ROBERTO FRANCISCO SANTOS, GILBERTO SANTOS e MANOEL MESSIAS SANTOS, é agravado O JUÍZO.

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 21.295)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO

CARLOS SALETTI (Presidente), ARALDO TELLES E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

JOÃO CARLOS SALETTI, Presidente e Relator

Ementa: ALVARÁ - Levantamento de saldo em FGTS - Pedido formulado pelos herdeiros - Pretensão de expedição independente de abertura de processo de inventário - Possibilidade, se atendidas as exigências do artigo 1º da lei 6.858/80 - Desnecessidade de condicionar a expedição de alvará à abertura de inventário - Decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

Em ação de pedido de alvará, o Juízo indeferiu o pedido de alvará determinando a abertura de inventário ou arrolamento (fls. 26).

Insurgem-se os requerentes (fls. 2/6). Sustentam: **a)** nos termos dos artigos 1º da Lei 6.858/80, 20, IV, da Lei 8.036/90 e 1.037 do Código de Processo Civil, é desnecessária a abertura de inventário para o levantamento de valores depositados em conta fundiária do falecido; **b)** em casos análogos a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça afirma a desnecessidade de abertura de inventário; **c)** o item 12, do Capítulo VII, da Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça prevê a livre distribuição de alvará com base no artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

Requereram fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso e o seu provimento, para reformar a r. decisão agravada determinando o prosseguimento do feito tal como proposto.

A liminar recursal foi deferida (fls. 26).

Deixo de intimar a parte contrária, visto não integrar a lide.

É o relatório.

1. Trata-se de pedido de alvará para levantamento de valores depositados em contas de FGTS e PIS-PASEP. O levantamento da quantia, em caso de falecimento do titular, pode ser feito pelos dependentes habilitados na Previdência Social ou pelos herdeiros, de acordo com o estabelecido pela lei civil, e conforme o disposto no parágrafo 1º da Lei 6.858/80.

Aqui, as requerentes comprovaram o óbito do titular das contas (fls. 12), a inexistência de dependentes habilitados ao recebimento da pensão (fls. 15) e o vínculo sucessório (fls. 17, 19 e 21). Cumprido o que a lei determina, não há porque condicionar a expedição do alvará à abertura de inventário pelo rito de

Acesso ao Sumário

arrolamento.

Bem elucida a questão a doutrina de SEBASTIÃO LUIZ AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA:

> "Na falta de dependentes habilitados perante a Previdência Social, farão jus ao recebimento dos valores os sucessores do titular, previstos na lei civil, mediante alvará judicial. Para tanto, basta o requerimento de alvará independente, ou autônomo, formulado pelos interessados na herança, com declaração de bens e de herdeiros, e a devida instrução documental: certidão de óbito do autor da herança, procurações, documentos pessoais, comprovantes dos valores a levantar. Se o pedido for feito apenas pelo cônjuge meeiro, ou por algum dos herdeiros, deverão ser citados os demais" (Inventários e Partilhas - Direito das Sucessões - Teoria e Prática; 21ª edição, LEUD - 2008, p. 509).

Neste caso, mais salienta a necessidade de que assim se proceda a circunstância de o numerário a levantar ser de pequena monta, isento do ITCMD, e com caráter eminentemente alimentar, ante o falecimento do titular.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0155807-62.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GERALDO DE ALMEIDA CAMARGO FILHO, é agravado BALUMA 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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15316)**

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

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: *Tutela antecipada. - Presença dos requisitos da plausibilidade do direito invocado e do risco de dano de difícil reparação. Execução fundada em notas promissórias emitidas no Uruguai para pagamento no Brasil - Aplicação do art. 9º e § da Lei de Introdução

Acesso ao Sumário

às Normas do Direito Brasileiro - Possibilidade de tutela antecipada em embargos do devedor à execução fundada em título extrajudicial em virtude de seu caráter de ação incidental ao processo de execução - Plausibilidade da alegação da inexigibilidade dos títulos pela via judicial tanto de acordo com o direito uruguaio como do nacional por se tratar de dívida de jogo – Risco de dano de difícil reparação decorrente da inscrição de anotação a respeito em cadastros negativos - Proibição de inscrição ou veiculação da existência dessa execução em bancos de dados de entidades de proteção ao crédito até o julgamento dos embargos - Medida deferida - Agravo de Instrumento provido.*

VOTO

Insurge-se o agravante, em embargos à execução, contra a r. decisão reproduzida às fls. 66/67, no ponto em que indeferiu a antecipação de tutela pretendida a fim de suspender a inscrição do agravante junto aos órgãos de restrição ao crédito, por entender ausente qualquer abuso ou qualquer outra ilegalidade praticada pelo requerido.

Esclarece o agravante que a agravada é hotel cassino situado na República Oriental do Uruguai, federação que admite jogos de azar. E, nessa condição, ajuizou ação de execução de título extrajudicial contra devedor solvente, visando ao recebimento da quantia de R$ 146.881,00 (cento e quarenta e seis mil, oitocentos e oitenta e um reais), originária de 3 (três) notas promissórias, todas oriundas de dívida de jogo do ora agravante. Na ocasião, o agravante opôs embargos à execução. Afirma que, em sua exordial, apontou a qualidade inconteste de dívida de jogo dos referidos títulos, apresentando, assim, fato negativo ao prosseguimento da execução, o que enseja a inversão do ônus da prova, tornando incumbência da embargada comprovar serem os títulos de natureza distinta da alegada -, juntando na oportunidade duas declarações de advogados uruguaios atestando o teor e a vigência do Código Civil Uruguaio, que veda o ajuizamento de ações judiciais para o percebimento de débitos relativos a jogos de azar. Pugnou pelo acolhimento dos embargos opostos, culminando na extinção da execução proposta, bem como pela antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, para o fim de, ante a impugnação do total do débito, determinar a exclusão da inscrição do embargante, ora agravante, dos órgãos de proteção ao crédito, até eventual trânsito em julgado da ação oposta. Contudo, o Magistrado de Origem, ao apreciar os embargos opostos, indeferiu o pleito de tutela antecipada e não concedeu o almejado efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

Irresignado, anuncia que pugnou pela antecipação dos efeitos da tutela a fim de que fosse determinada a exclusão de sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito até resolução dos embargos opostos. Ressalta que é cabível o pleito, diante da discussão judicial do débito e colaciona jurisprudência favorável a sua tese. Argumenta que o débito discutido em Juízo não pode gerar cerceamento de crédito e, mais, que, uma vez questionado o débito, não cabe a negativação do nome do suposto devedor. Enfatiza que o pleito do agravante teve origem na inexigibilidade judicial do débito, conforme exaustivamente reiterado em sua exordial, ante a aplicabilidade da Lei Uruguaia que, explicitamente, veda o ajuizamento de ação para o recebimento de dívidas de jogo. Anota que entende fazer jus à concessão dos efeitos da tutela antecipada, indeferida pelo Magistrado de Origem, a fim de determinar a exclusão de sua inscrição negativa junto aos órgãos de proteção ao crédito, derivada do ajuizamento da execução embargada. Acentua que se trata de dívida de jogo, constituída de forma ilegal, e, ainda que fosse pacífico o entendimento de que seria passível a cobrança de dívida de jogo contraída no exterior, no Brasil, impossível se falar em comprovação desta, haja vista que a ora embargada não detém qualquer documentação executiva exigível para tanto, o que comporta assim, a inexistência do pagamento da dívida pleiteada. Conclui que é evidente que a não concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução acarretaria claro prejuízo ao embargante, ora agravante, tendo em vista acarretar dano de difícil reparação à parte. Por fim, requer sejam antecipados os efeitos da tutela recursal pleiteada, com a consequente suspensão da negativação do nome do agravante, procedendo-se à baixa do citado registro ou comunicando-se o Juízo de Primeira Instância para oficiar os competentes órgãos, seja conferido efeito suspensivo ao recurso, impedindo o prosseguimento da execução referida, assim como o provimento do recurso, com a consequente reforma da r. decisão combatida para o fim de determinar a exclusão da negativação do nome do embargante, ora agravante.

O recurso foi processado, indeferida a antecipação da tutela pleiteada, dispensadas as informações e intimada a agravada para responder.

Determinada a intimação dos interessados facultando eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, restou certificado o decurso do prazo legal sem apresentação de manifestação pelas partes.

Em contraminuta, pleiteia a agravada o desentranhamento de documentos, sob o argumento de que foram ilegalmente colacionados aos autos. Ressalta que as notas promissórias foram emitidas pelo executado no Uruguai, tendo como praça de pagamento São Paulo. Alega que os títulos de crédito estão vencidos, não estão prescritos, não foram pagos e o agravante jamais negou sua emissão. Enfatiza que o jogo é permitido no Uruguai, uma vez que lá existem vários cassinos regularmente constituídos, inclusive o ora agravado, não sendo,

Acesso ao Sumário

portanto, a cobrança fundada em dívida de jogo clandestino ou ilegal, como aduziu o recorrente. Finaliza, anunciando que a execução combatida pelo presente agravo de instrumento preenche todos os requisitos elencados no artigo 586, do Código de Processo Civil, tratando-se de dívida certa, líquida e exigível. Ao final, requer o desprovimento do recurso.

É o relatório do necessário.

O exame dos elementos dos autos revela que o processo de execução é fundado em títulos criados de acordo com a lei uruguaia e que a tradução denominou de notas promissórias e que no direito uruguaio são também denominadas vale ou *pagaré*, e delas consta promessa de pagamento a ser cumprida no Brasil.

De acordo com o disposto no art. 9º e § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nova denominação da Lei de Introdução ao Código Civil, para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se- á a lei do país em que se constituírem, e, destinando-se a obrigação a ser cumprida no Brasil e dependendo esta de forma essencial será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Assim, no que respeita aos requisitos para a criação dos títulos exequendos há de ser observada a lei uruguaia, e a Lei Cambiária Uniforme de Genebra, como apontado pela agravada.

Contudo, destinando-se a cumprimento no Brasil, é admissível a dedução, nos embargos do devedor de todas as defesas que poderiam ser deduzidas no processo de conhecimento especialmente se o título não circulou, quando não é possível invocar sua abstração e autonomia.

A lide se estabelece entre as partes originárias na obrigação.

Daí, em princípio e em juízo provisório concluir-se que, em se tratando de dívidas de jogo - e não é crível que os vales se refiram a despesas de hospedagem no hotel - tanto a lei uruguaia (conforme ***affidavit*** firmado por Advogado uruguaio) como a brasileira (Código Civil, art. 814), não são passíveis de cobrança judicial. Presente, pois, a presença da plausibilidade do direto invocado.

E a anotação da existência desta execução fundada em títulos de discutível exigibilidade pode causar ao agravante dano de difícil reparação, donde, em virtude do caráter de ação incidental ao processo de execução conferido aos embargos do devedor na execução fundada em título executivo extrajudicial, têm-se como possível a aplicação do disposto no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, para, em caráter cautelar, vedar a inscrição ou a divulgação da existência dessa execução até o julgamento dos embargos.

Por estes motivos, ressalvada a convicção do eminente magistrado de primeiro grau, dá-se provimento ao recurso para deferir em sede de tutela antecipada a providência de índole cautelar requerida pelo agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0047521-87.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO JOSÉ IASZ DE MORAIS, são agravados CARLAS CRISTINA ALVEZ FLORA (CURADORA) e JOÃO PAULO FLORA DE MORAIS (INTERDITANDO).

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), SILVÉRIO DA SILVA E HELIO FARIA.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: REMOÇÃO DE CURADORA - Pretensão visando o depósito judicial dos alimentos destinados ao curatelado - Conforme já decidido em agravo anterior ao negar a destituição da agravada do cargo de curadora do incapaz, os fatos alegados pelo agravante de emprego irregular do valor dos alimentos não se mostram efetivamente demonstrados - Inexistência de fato novo a modificar esse entendimento - Acolhimento da pretensão implicaria em modificação do título judicial formado na ação de alimentos, com alteração do modo de cumprimento da obrigação, o que se mostra, no mínimo, precipitado e em violação ao princípio da segurança jurídica ou da estabilidade jurídica das relações, admitida apenas a vulnerabilidade em casos excepcionais e de efetiva comprovação de dano, com especial cautela - Decisão mantida - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão (fl. 20) proferida em autos de Ação de Remoção de Curadora, que indeferiu o depósito

judicial da quantia relativa aos alimentos.

Inconformado, recorre o agravante, sustentando a necessidade de reforma da r. decisão recorrida, sob o argumento de que se encontram presentes os requisitos para deferimento da pretensão, na medida em que a agravada, curadora do filho comum incapaz, está dispondo da verba alimentar de forma irregular, em benefício próprio e de terceiros, sem reverter a importância para custeio das necessidades do curatelado. Assevera que aguardar o término do processo seria nocivo ao incapaz, com dilapidação de seu patrimônio, tudo comprovado em ação de prestação de contas.

Requer a concessão de efeito ativo e, ao final, o provimento do recurso, a fim de que seja autorizado o depósito judicial do valor dos alimentos.

O recurso foi recebido pelo despacho de fls. 312/314, sem a concessão do efeito postulado.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 354/356), pelo improvimento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Como já decidido em agravo anterior ao negar a destituição da agravada do cargo de curadora do incapaz, os fatos alegados pelo agravante de emprego irregular do valor dos alimentos não se mostram efetivamente demonstrados.

Lá se decidiu:

"*Com efeito, da leitura das peças que instruem o presente recurso, não se vislumbra - ao menos em sede de cognição sumária - a alegada desídia imputada à agravada, no que toca aos cuidados com o filho incapaz. É curadora deste último desde o ano de 2009 e exerce a guarda exclusiva do filho desde 1999 (data em que as partes se separaram judicialmente).*

Não há um indício sequer no sentido de que o incapaz tenha sido levado para o exterior pela mãe e lá permanecido por dez meses, longe dos familiares, tampouco que tenha a recorrida negligenciado os cuidados básicos ao filho ou com sua educação - o que a evidência, poderá ser comprovado ao longo da instrução mas não autoriza a remoção da curadora, neste momento processual.

Por derradeiro, nem mesmo o ajuizamento de duas ações de prestação de contas em face da agravada autoriza a concessão da medida postulada, até mesmo porque nenhuma delas ainda foi julgada, de forma que não se pode concluir, por ora, pela alegada desídia imputada à recorrida no tocante à administração dos bens e pensionamento destinado ao interdito".

Acesso ao Sumário

Sob os mesmos fundamentos antes alegados, pretende o agravante agora a autorização para depósito judicial do valor dos alimentos destinados ao curatelado. Mas, como se antes afirmou - inexistindo fato novo a modificar esse entendimento - necessária a instauração do contraditório e a eventual instrução do processo para que se possa aferir a veracidade do quanto alegado pelo agravante a respeito da conduta irregular da curadora no que diz respeito à administração da verba alimentar e desídia do encargo.

Senão por esse motivo, o acolhimento da pretensão implicaria em modificação do título judicial formado na ação de alimentos, com alteração do modo de cumprimento da obrigação, o que se mostra, no mínimo, precipitado e em violação ao princípio da segurança jurídica ou da estabilidade jurídica das relações, admitida apenas a vulnerabilidade em casos excepcionais e de efetiva comprovação de dano, com especial cautela.

À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0121628-05.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que são agravantes LYGIA MAIA, LENICE MAIA e ANDERSON NOGUEIRA OLIVEIRA, é agravado BANCO DO BRASIL 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: por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador, que declarará voto, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12768)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA, Relatora

Ementa: DEVOLUÇÃO DE VALORES - Pretensão de reforma da respeitável decisão que determinou a devolução dos valores levantados indevidamente, mesmo daqueles decorrentes dos honorários advocatícios de sucumbência - Cabimento - Hipótese em que, em se tratando de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, regularmente

Acesso ao Sumário

levantados com o trânsito em julgado da sentença, e considerando que tais valores possuem natureza alimentar, devem ser considerados irrepetíveis - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra respeitável decisão que determinou a devolução dos valores levantados indevidamente.

Sustentam que "*aludida decisão determina a devolução da quantia levantada a título de multa pelas Agravantes Lygia Maia e Lenice Maia, inexistindo qualquer ordem judicial de devolução dos honorários sucumbenciais, onde o Agravado não se insurgiu contra tal decisão pois não interpôs qualquer recurso*" (*sic*, fls. 09).

Argumentam que os honorários advocatícios têm natureza jurídica de alimentos, de modo que "*se torna incabível a pretensa devolução da forma determinada no r. despacho agravado*" (*sic*, fls. 15).

Recurso bem processado, sem resposta.

Informações prestadas às fls. 147-148.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que os honorários advocatícios constituem a remuneração do advogado, possuindo, portanto, natureza alimentar.

Com a procedência da ação rescisória (fls. 47-51), foi determinado pelo ilustre Relator designado o afastamento da "*multa que havia sido determinada na r. sentença*", (...) "*determinando à requerida a devolução da importância levantada a título de multa (...)*" (fls. 51).

Assim, em se tratando de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, regularmente levantados com o trânsito em julgado da sentença, e considerando que tais valores possuem natureza alimentar, devem ser considerados irrepetíveis.

Ademais, o v. acórdão não determinou a devolução dos valores recebidos pelo advogado a título de honorários de sucumbência, mas apenas do valor da multa coercitiva levantada.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso, para os fins acima especificados.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Ouso divergir da Douta maioria, porquanto entendo que o levantamento indevido de valores reclama que sejam devolvidos, independentemente de sua natureza ser de caráter alimentar ou não.

Trata-se de agravo de instrumento, em ação cautelar inominada, interposto contra a r. decisão de fls. 72 que determinou a devolução de valores indevidamente levantados.

Não se conformando com os termos da r. decisão, os agravantes interpuseram o presente recurso, sustentando, em síntese, que "aludida decisão determina a devolução da quantia levantada a título de multa pelas Agravantes Lygia Maia e Lenice Maia, inexistindo qualquer ordem judicial de devolução dos honorários sucumbenciais, onde o Agravado não se insurgiu contra tal decisão pois não interpôs qualquer recurso" (fls. 09). Arguem que os honorários advocatícios são verbas com natureza jurídica alimentar e, portanto, seria incabível a devolução tal como determinado pela r. decisão guerreada. Requerem provimento ao recurso.

Não se discute o fato de que honorários advocatícios constituem remuneração do advogado e, portanto, possuem natureza alimentar.

Porém, em que pese tal peculiaridade, se qualquer valor é tomado indevidamente por alguém, independentemente a que título o tenha sido (inclusive se se referir a verba de natureza alimentar), vindo a restar incontroverso que tal ato tenha se dado de modo indevido, a restituição tem lugar, sob pena de a não devolução ensejar enriquecimento sem causa a custa de outrem, por vantagem indevida, visto que o dever de restituir decorreu objetivamente do fato ter deixado de existir a causa jurídica para o pagamento.

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

HERALDO DE OLIVEIRA, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012842-27.2013.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante LUZIA MORAIS DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 23.549)**

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

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: *Tutela antecipada - Ação revisional de cláusulas de contrato bancário de financiamento para a aquisição de veículo, com pacto adjeto de alienação fiduciária, cumulada compensação de valores indevidos e consignação em pagamento - Desígnio da autora ao depósito de valores tidos como incontroversos, conforme cálculo unilateral - Escopo de preceitar o réu a excluir ou abster-se de incluir desabono em cadastros de inadimplentes, e de ser mantida na posse do veículo - Indeferimento - Admissibilidade - Ausência dos pressupostos do art. 273 do CPC - Depósito que não purga a mora - Desabono ao crédito previsto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor - Providência de índole cautelar, cuja fungibilidade está no art. 273, § 3º, do CPC - Financiamento cuja peculiaridade é o conhecimento dos encargos no ato da contratação - Revisão despida do requisito da verossimilhança - Inadmissibilidade de obstar o direito de ação ao agravado - Recurso desprovido.*

VOTO

Ajuizada ação declaratória de nulidade de cláusulas de contrato bancário de financiamento para a aquisição de veículo, com pacto adjeto de alienação fiduciária, o juízo de primeiro grau indeferiu tutela antecipada, voltada a permitir o depósito das parcelas vincendas nos valores que a autora julga incontroversos, preceitar o réu a excluir ou abster-se de incluir desabono em cadastros de inadimplentes, bem como mantê-la na posse do veículo até o trânsito em julgado, ao considerar que a prova trazida com a petição inicial não demonstra o adimplemento das parcelas mensais do financiamento.

Inconformada, a autora objeta, expondo que ficaram demonstrados os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, ou seja, da prova inequívoca e da verossimilhança das suas alegações, de vez que o réu cobra tarifas indevidas e pratica capitalização de juros. Bate-se pela manutenção na

Acesso ao Sumário

posse do veículo, pelo depósito nos valores tidos como incontroversos e pela exclusão de desabono em cadastros de inadimplentes.

Sem estar formada a relação processual, prescindiu-se da intimação do agravado para contraminuta.

É o relatório.

O art. 273 do CPC dispõe que: "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*".

Humberto Theodoro Júnior em ensaio sob o título "Tutela Antecipada e Tutela Cautelar", estampado na Revista dos Tribunais vol. 742/40-56, pondera que: "*Justifica-se a antecipação de tutela pelo 'princípio da necessidade', a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a 'efetividade' da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece- se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato*".

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes da instrução da causa, a tutela antecipada reclama, mais do que o "***fumus boni juris***", a prova inequívoca que consiste, no dizer do respeitado doutrinador, "*a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo*".

Transportada essa orientação para o caso presente, vê-se que a agravante quer subjugar o agravado, seu credor, aos valores que considera apropriados para as prestações de sua obrigação contratual, como se, de plano, fosse possível adiantar que cláusulas do contrato são abusivas ou estão sendo interpretadas com ônus excessivo apenas para o devedor, exatamente as cláusulas que a agravante deseja rever.

Há, então, matéria de alta controvérsia, a ser amplamente debatida no devido processo legal.

Na conformidade da Súmula n. 380 do Col. STJ: "*A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor*".

De outro lado, se a agravante já é inadimplente, nada obstaculiza a inclusão de seu nome nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito.

A providência visada não é exatamente da índole da tutela antecipada, uma vez que o óbice à inclusão de desabono ao crédito e ao ajuizamento de ação de busca e apreensão não constituem a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido contido na petição inicial da ação, que é de revisão de cláusulas e recálculo dos encargos do contrato de financiamento.

A providência é, de fato, de natureza cautelar e tem amparo no art. 273, §

Acesso ao Sumário

7º, do CPC, quando prevê a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar de caráter incidental no processo ajuizado.

Assim é que, enquanto e durante o processo, a agravante almeja que terceiros não tenham acesso às informações que concernem ao seu débito, apenas pelo fato de, em ação própria, se propor a questionar cláusulas e encargos.

A pretensão, todavia, tem base num estudo unilateral, tendencioso, no qual a premissa maior está nas teses de prática de capitalização de juros, calculados mediante taxas superiores às contratadas e cobrança de tarifas ilegais, embutidas no valor total financiado, juntamente com IOF.

Sem apresentar um valor alternativo confiável, sem se oferecer ao depósito do "***quantum***" pactuado, a agravante de fato pretende que o Judiciário cooneste o erro, a inexecução de obrigação livremente contratada e, ainda, feito recálculo a seu talante, a exima das consequências da mora, apenas porque se dispõe a questionar encargos, aliás, prefixados e desde o início conhecidos.

Num precedente do Col. STJ está o paradigma obstativo dessa pretensão da agravante, quando do julgamento do REsp 527.618-RS pela 2ª Seção, j. 22-10-2003, relator o Min. Cesar Asfor Rocha, cuja ementa oficial é do seguinte teor: "*A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (Recursos Especiais 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa freqüência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso*".

E prossegue: "*Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado*".

E finaliza: "*O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas*".

A pretensão, por melhor que esteja fundamentada, ainda não tem respaldo na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Isso basta, caso contrário o tribunal estará prejulgando.

Excetuada a disseminação de informações sem o menor controle,

Acesso ao Sumário

ressalvada a massificação de registros falsos, enganosos ou simplesmente desconectados da finalidade de proteção ao crédito, não é jurídico impedir o acesso aos usuários desses serviços.

O desabono do nome de devedores nos serviços de proteção ao crédito não é providência abusiva ou ilegal. A providência é prevista no Código de Defesa do Consumidor, que admite, no seu art. 43, § 1º, o cadastro negativo por período de até cinco anos.

Aliás, nos termos do § 4º do artigo citado, os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os Serviços de Proteção ao Crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público, "***v.g***." SPC, SERASA, CENAR, etc.

Essas entidades privadas, de caráter público, mantêm cadastro de pessoas físicas e jurídicas para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, interessados na obtenção de todas as informações disponíveis sobre o perfil econômico financeiro dos clientes, assim precavendo-se contra os riscos de cada negócio.

Tampouco a circunstância de a agravante ter motivos para questionar a dívida faz do desabono atitude de constrangimento e retaliação.

A publicidade emana tão-só do ajuizamento de uma ação pelo devedor contra o credor e pode operar, "**tout court**", como negativação ou forma de restrição ao crédito, a juízo dos usuários dessa via de informação.

É que, conforme o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, a todos é assegurado o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu particular interesse, de interesse coletivo ou geral, ressalvadas, no âmbito do Poder Judiciário, as informações protegidas pelo segredo de justiça em prol da intimidade e do interesse social (art. 5º, inciso LX, da CF).

Por último, é defeso ao juiz vedar à parte o direito de ação, consagrado no inciso XXXV do art. 5º citado, e a tanto chegar-se-ia se ao agravado fosse emitido preceito obstando-o de se apossar do veículo, através de ação de busca e apreensão.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2017306-94.2013.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante PAULO SERGIO DE ALMEIDA, é agravado BANCO CITICARD 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

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.296)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CERQUEIRA LEITE E JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 20 de setembro de 2013.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. PEDIDO LIMINAR DE PROIBIÇÃO DE INSERÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. PROVAS QUE INDICAM A PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. PERIGO DE DANO À IMAGEM, PRESUMIDO PELA PROBABILIDADE DE CADASTRO INDEVIDO. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA, COM AFASTAMENTO DA NECESSIDADE DA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. REFORMA DA DECISÃO.

A verossimilhança do direito alegado tem respaldo nas alegações e nos documentos apresentados. O risco de dano à imagem está presumido pela probabilidade da negativação indevida do nome do agravante. A presença dos requisitos mencionados no artigo 273 do Código de Processo Civil, respeitado o posicionamento do órgão "a quo", autoriza a reforma da decisão com afastamento da caução imposta.

Agravo provido.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de agravo na forma de instrumento com pedido liminar interposto contra decisão, proferida nos autos de ação declaratória de inexigibilidade de débito, que condicionou o deferimento da medida liminar requerida pelo agravante/autor à prestação de caução, consistente no valor do débito negativado.

Em suas razões recursais, o agravante aduz que: a) nunca teve qualquer relação com o agravado e não aceitou o cartão de crédito enviado por ele sem nenhum requerimento do agravante; b) ficou sabendo que seu nome estava

incluso no rol de maus pagadores quando foi impedido de realizar uma compra; c) desconhece a origem do débito negativado pela instituição agravada; d) diversas foram as tentativas junto ao agravado para obter informação quanto à origem do débito, sendo gerados vários protocolos de atendimento, mas, nenhuma solução foi apresentada; e) é pessoa de conduta ilibada e sempre honrou com seus débitos, razão pela qual, a manutenção da negativação de seu nome junto às instituições de proteção ao crédito irá lhe causar prejuízos irreparáveis em sua atividade laborativa. Pede a reforma da decisão, para que seja determinada a exclusão de seu nome junto aos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, sem a necessidade de oferecer caução.

O recurso foi processado sem efeito suspensivo.

Deixou-se de intimar o agravado para oferecer contraminuta, porquanto ainda não foi citado no processo principal.

É o relatório do necessário. Decide-se.

2. Compulsando os autos, vislumbra-se que o agravante ingressou com ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais.

Em síntese, narrou na inicial que, após tentar efetuar uma compra, descobriu haver uma restrição financeira cadastrada em seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, indicada pelo banco ora agravado.

Esclareceu que o réu já havia lhe encaminhado propostas de cartões de crédito. Nunca aceitou tais propostas e jamais obteve resposta adequada sobre aquele débito, embora tenha registrado vários protocolos de atendimento junto ao banco.

Alegou que o débito não é elevado (R$ 157,00), mas pela ausência de relação jurídica entre as partes não é justo ser cobrado por ele, e a restrição de seu nome lhe acarreta prejuízos irreparáveis. Apresentou, ademais, documentos comprovando ser aquele o único apontamento negativo existente em seu nome.

Em sede de liminar, requereu a exclusão do registro negativo realizado em seu nome. Insurge-se contra a decisão com o seguinte teor:

> "*(...) Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita. Anote- se. 2- Através de uma análise sumária das alegações trazidas na inicial, é possível inferir que o(a) autor(a) questiona a exigibilidade de débito apontado em seu nome pelo réu junto ao cadastro de maus pagadores. Em razão disso, pretende que liminarmente seu nome seja excluído desse cadastro pelo débito em questão. Considerando a ausência de provas seguras que comprovem as alegações trazidas na inicial, o provimento cautelar será deferido, mediante apresentação de caução, através de depósito judicial no valor do débito questionado, sob pena da presente liminar ser revogada. Pelo exposto, DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA,*

Acesso ao Sumário

mediante caução, a ser prestada no prazo de cinco dias, conforme acima exposto. 3- Prestada a caução, oficie-se ao SCPC e SERASA, solicitando a exclusão no nome do(a) autor(a), em decorrência do débito discutido nestes autos. 4- Em não sendo prestada a caução no prazo determinado, certifique-se, vindo-me os autos conclusos. (...)" *- fls. 45.*

3. O recurso merece provimento.

O agravante pretende o deferimento da medida liminar, para que seu nome seja excluído dos cadastros de inadimplentes, sem a necessidade da prestação de caução.

Respeitado o entendimento do magistrado "a quo" e sem querer interferir na faculdade que lhe confere o artigo 804 do CPC, a presença dos requisitos mencionados no artigo 273 do Código de Processo Civil, autoriza a reforma da decisão.

A verossimilhança do direito alegado tem respaldo nas alegações e nos documentos apresentados. O risco de dano à imagem está presumido pela probabilidade da negativação indevida do nome do agravante.

Por outro lado, deve ser levado em conta o valor do apontamento impugnado (R$ 157,00), o que conduz ao entendimento de que o autor não intentaria uma aventura jurídica, somente com intuitos obscuros, posto que os custos, no caso de improcedência do pedido, lhe acarretariam ônus maiores do que o próprio débito discutido.

Ademais, o deferimento da medida também não acarreta nenhum risco de dano irreversível ao agravado, seja pelo fato da quantia irrisória discutida ou pela possibilidade de revogação da liminar, se afastados os elementos que fundamentaram a presente conclusão.

Diante do contexto probatório, a tutela de urgência pretendida pelo agravante comporta acolhimento, com o afastamento, por ora, da prestação da caução.

4. Diante de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso de agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0056279-55.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante J.R.S., é agravado E.C.S.M.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso com

determinação. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2013/10916)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI E WALTER BARONE.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: Exoneração de alimentos - Alimentos fixados em favor das duas filhas do agravante - Pedido do autor para que seja exonerado apenas do pagamento de pensão alimentícia da filha que atingiu a maioridade – Sentença de procedência - Exoneração quanto a esta filha que implica na redução do valor do encargo referente à filha menor - Hipótese em que se presume que os alimentos foram fixados *intuitu personae*, já que não houve a expressa menção necessária para a obrigação *intuitu familiae* - Precedentes desta Corte - Autor que deve pagar 12,5% dos seus rendimentos líquidos à filha menor - Agravo provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 31, que em ação de exoneração de alimentos (fls. 08/12), apesar de ter julgado procedente o pedido do autor, o exonerando do dever de prestar alimentos à sua filha E.C.S.M. (sentença fls. 26/27), deixou de reduzir o percentual da pensão para 12,5% dos seus rendimentos líquidos, pois o percentual fixado (25%) ocorreu *intuitu familiae* (para as duas filhas) e, caso o autor queira reduzir tal percentual, deverá se valer de ação própria contra sua outra filha (A.S.M. ainda menor).

Pretende o recorrente a reforma da decisão, aduzido que requereu expressamente em sua inicial a redução da pensão de sua outra filha.

Às fls. 35/36 neguei o efeito pretendido; requisitei informações ao magistrado "a quo" e determinei que o agravante apresentasse algumas cópias.

Informações prestadas pelo magistrado às fls. 43/44 e cópias juntadas pelo recorrente (fls. 46/51).

O MP deixou de se manifestar, pois não há interesse de menor na lide (fls. 54).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Apesar do pedido do autor ser apenas para exonerá-lo do dever de prestar os alimentos à sua filha E.C.S.M. que já atingiu a maioridade, sem qualquer menção a outra filha ainda menor, entendo que como a obrigação alimentar foi estipulada *intuitu personae* (com a "individualização" de cada beneficiária), deve ser reduzido pela metade o percentual da pensão, diante da procedência do pedido.

E isso porque o acordo homologado entre as partes em 26/09/2006 (fls. 14), que reviu os alimentos anteriormente fixados para as duas filhas (fls. 47/48), não fez expressa previsão de que o encargo alimentar teria caráter *intuitu familiae*.

Nesse sentido já se manifestou essa Câmara:

"ALIMENTOS – EXONERAÇÃO - Filha que atingiu maioridade - Acolhimento do pedido, mantido o encargo, proporcionalmente reduzido, à alimentanda ainda menor de idade - Inconformismo contra a redução do valor da verba - Obrigação de natureza *intuitu personae* e não *intuitu familiae*, uma vez ausente estipulação expressa a respeito - Inexistência de previsão legal e pactual do direito de acrescer - Sentença mantida - Negado provimento ao recurso" (AC 0037747-58.2011.8.26.0564, rel. Milton Carvalho, j. 28/06/2012).

"ALIMENTOS - Título originário que beneficiava filho, hoje maior, e ex-mulher - Exoneração quanto ao primeiro que implica redução do valor do encargo - Hipótese em que, à míngua de expressa atribuição de caráter *intuitu familiae*, se presume que a pensão foi estabelecida *intuitu personae* - Precedentes desta Corte - Recurso provido para homologar o acordo em todos os seus termos." (AC 0001322-25.2012.8.26.0070, rel. Ferreira da Cruz, j. 10/04/2013).

Portanto, ficando o recorrente exonerado do encargo alimentar com relação à filha E.C.S.M., devem ser reduzidos pela metade os descontos (12,5% dos rendimentos líquidos) em favor apenas da outra filha.

Isso posto, dou provimento ao agravo, com determinação para que a Serventia oficie à empregadora do autor (fls. 28), visando adequar o percentual de desconto do seu salário a título de pensão alimentícia para a menor A.S.M., em virtude da exoneração do dever alimentar em favor de E.C.S.M.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº

0132623-77.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MATRIX LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, é agravado AMANDA AUTO POSTO LTDA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25924)**

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

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

LUIS CARLOS DE BARROS, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial. Determinado o cumprimento de acórdão proferido em agravo de instrumento há mais de quatro anos. Inviabilidade, diante do contexto específico dos autos. Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que determinou o cumprimento do que restou decidido em outro agravo de instrumento, nº 7317595-8, no qual foi cassada a ordem de imissão do arrematante na posse do imóvel. Também foi considerado que a locatária deve ser reintegrada na posse do imóvel, determinando-se a imediata expedição de mandado para tanto (fls. 122).

A agravante aduz que a Petrobrás Distribuidora S/A ajuizou em face de Auto Posto Dunlop Ltda., Domenico Speranza e sua mulher, ação de execução perante a 1ª Vara Cível de Campinas, oportunidade em que houve a penhora do imóvel objeto da matrícula 83845 do Registro de Imóveis de Sumaré. A Petrobrás também ajuizou outra ação de execução em face dos mesmos devedores, perante a 7ª Vara Cível de Campinas, na qual houve a penhora do mesmo imóvel.

A ora recorrente aduziu que acabou por arrematar o imóvel na execução processada perante a 7ª Vara Cível, depositou o preço e obteve a expedição de carta de arrematação, a qual já está registrada perante o Cartório de Registro de Imóveis.

Foi intimado o ocupante do imóvel (Amanda Auto Posto Ltda.) para desocupá-lo, mas o mesmo se opôs e alegou que se encontrava no imóvel na qualidade de locatário. Todavia, a pretensão do Amanda Auto Posto foi indeferida, e a imissão de posse foi concretizada em 15/12/2008.

Ocorre que o referido Auto Posto apresentou recurso de agravo de

Acesso ao Sumário

instrumento, nº 7.317.595-8, ao qual foi conferido efeito suspensivo, mas a decisão somente foi publicada no D.O.E. em 13/01/2009, momento em que a imissão já estava concretizada.

Assim, o ocupante do imóvel postulou em primeira instância a devolução do bem, diante do efeito suspensivo concedido, e também ajuizou embargos de terceiro com pedido de liminar para manutenção ou reintegração de posse. Referido pedido de liminar foi indeferido, o que deu ensejo à interposição de agravo de instrumento (nº 7.324.474-5).

Neste interregno, foi julgado o primeiro agravo de instrumento (nº 7.317.595-8), decidindo-se pelo provimento do recurso, cassando-se a ordem de imissão de posse. O agravo de instrumento nº 7.324.474-5 foi julgado prejudicado, em razão do que foi decidido no recurso nº 7.317.595-8.

A recorrente destaca que, curiosamente, o Amanda Auto Posto não reiterou o pedido de reintegração de posse formulado aos 09/01/2009, vindo a fazê-lo apenas em 19/01/2012. Assim, a r. decisão agravada, em abril de 2013, determinou o cumprimento da decisão proferida há quase cinco anos nos autos do agravo de instrumento 7.317.595-8.

Porém, a agravante alega que foi imitida na posse do imóvel sob a chancela do Poder Judiciário e, desde então, operou substanciais modificações na superfície do imóvel, de forma legítima, afinal o edital de praça nada mencionou a respeito da existência de locação anterior ou qualquer outro ônus sobre o bem.

Ademais, a recorrente alega que já alugou o bem para terceira pessoa, denominada Posto Nobre Ltda., o qual vem exercendo as atividades de revenda de produtos combustíveis.

Argumenta que o contrato de locação celebrado entre os devedores e o Auto Posto Amanda não foi levado ao Cartório de Registro de Imóveis, induzindo a erro o juízo da execução e o ora arrematante.

Salienta que o Auto Posto Amanda teve sua inscrição estadual declarada inapta pela Secretaria da Fazenda em 01/12/2008 e foi revogado o exercício de suas atividades pela Agência Nacional de Petróleo em 19/08/2009, de modo que, em seu entender, o Auto Posto Amanda não agiu de boa-fé.

Assevera que todas as questões levantadas pelo Amanda Auto Posto poderão ser analisadas nos embargos de terceiro por ela oferecidos, sendo que, antes da decisão definitiva destes embargos, não poderá o Amanda Auto Posto retornar ao imóvel do qual foi retirado há quatro anos e sete meses.

Recurso processado com as formalidades legais, com efeito suspensivo.

Contraminutas às fls. 270/283 e 287/314.

É o relatório.

Conforme auto de Leilão Positivo de fls. 64, constata-se que a ora

Acesso ao Sumário

agravante arrematou o imóvel discriminado às fls. 62, aos 20/09/2005. Houve a expedição de carta de arrematação (fls. 73), devidamente registrada (fls. 248), e o arrematante informou em primeira instância que o ocupante do local recusou-se a sair, o que deu ensejo à expedição de mandado de desocupação (fls. 78).

O então ocupante do imóvel, Amanda Auto Posto, apresentou recurso de agravo de instrumento (nº 7.317.595-8), sendo que, embora tenha sido atribuído efeito suspensivo ao recurso (fls. 103), por decisão proferida em dezembro de 2008, nota-se que o ofício a ser encaminhado ao primeiro grau informando sobre a atribuição de efeito suspensivo está datado de 23/12/2008 (fls. 104), e a publicação da decisão ocorreu em 13/01/2009.

Todavia, conforme se verifica de fls. 98, verso, o mandado de imissão na posse foi cumprido aos 15/12/2008, lavrado o auto de imissão na posse na mesma data.

Nota-se que o Amanda Auto Posto, em princípio, peticionou postulando sua recondução ao local litigioso, diante do efeito suspensivo atribuído ao seu recurso (fls. 100/101), mas, ao que tudo indica, este pedido parece não ter sido apreciado, ou reiterado, mesmo após o provimento do recurso de agravo de instrumento 7.317.595-8, cujo acórdão está copiado às fls. 106/111.

Afinal, apenas em 19/01/2012, o Amanda Auto Posto apresentou petição postulando sua reintegração na posse do imóvel (fls. 117/118).

Mais de um ano após este pleito, aos 25/04/2013, foi proferida a r. decisão agravada (fls. 122), que determinou o cumprimento do acórdão proferido no agravo de instrumento nº 7.317.595-8, a despeito do tempo transcorrido desde então, mediante a expedição de mandado para a imediata reintegração de posse do Amanda Auto Posto.

Delineado o contexto dos autos, afastam-se as preliminares aventadas em contraminuta, uma vez que o presente recurso de agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão copiada às fls. 122, proferida nos autos da execução, e que apreciou pedido de expedição de mandado de reintegração de posse formulado pelo Amanda Auto Posto.

Assim, a discussão a ser travada no presente recurso refere-se à viabilidade, ou não, da determinação de imediata reintegração de posse do Amanda Auto Posto no imóvel, não se cuidando de nova análise sobre matéria já decidida anteriormente no recurso agravo de instrumento nº 7.317.595-8. Ademais, diante dos argumentos apresentados nas razões de agravo de instrumento, está configurado o interesse recursal da agravante.

Dito isso, não se mostra cabível perquirir a respeito da regularidade ou não da expedição do mandado de imissão da agravante na posse do imóvel. O fato é que a recorrente foi imitida na posse do local desde 15/12/2008 e, consoante alegações e fotos de fls. 191/205, a agravante procedeu a reformas do

Acesso ao Sumário

local, e ainda celebrou contrato de locação com Posto Ponto Nobre Ltda., cuja vigência está pactuada até 01/03/2017 (fls. 244).

Assim, a ora agravante é a atual proprietária do bem (diante do registro da carta de arrematação), e após o transcurso de mais de quatro anos da atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 7.317.595-8 - e posterior provimento do mesmo - não se mostra materialmente viável, a esta altura, determinar a reintegração do Amanda Auto Posto na posse do imóvel.

Ressalte-se que a imissão na posse operada em favor da agravante ocorreu diante da expedição de mandado judicial, em momento anterior à comunicação oficial acerca da atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento supramencionado.

Curiosamente, parece não ter sido apreciado o pedido de recondução do Amanda Auto Posto - formulado em janeiro de 2009 -, mas também não há notícia de que, entre este pedido e janeiro de 2012, tenha sido reiterado o pleito, de modo que, por mais de três anos, o Amanda Auto Posto parece ter ficado silente sobre a matéria nos autos da execução, vindo a formular pedido de cumprimento do acórdão proferido no agravo de instrumento nº 7.317.595-8 apenas em janeiro de 2012.

Ademais, é preciso salientar que o provimento do recurso nº 7.317.595-8 ocorreu devido à existência de contrato de locação em favor do Amanda Auto Posto Ltda., consignando-se na fundamentação do acórdão que seria necessário o ajuizamento de uma ação de despejo para a regular retirada do ocupante do bem (vide fls. 110).

Ora, o contrato de locação que beneficiava o Amanda Auto Posto já não se encontra mais vigente (note-se que, consoante fls. 107, o contrato teve vigência prorrogada até 18/09/2007), de modo que, na espécie, esvaziou-se o fundamento adotado no v. acórdão para o afastamento da imissão de posse.

Diante disso, tem-se que deve ser reformada a r. decisão agravada, não sendo mais cabível o pleito de reintegração de posse formulado pelo Amanda Auto Posto, ressalvado o direito do auto posto de pleitear eventuais perdas e danos em ação própria.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0052308-62.2013.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, é agravado EUDES

OTAVIO DE AMORIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14165)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e LUIZ SABBATO.

São Paulo, 27 de setembro de 2013.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA - Ação promovida em face de empresa pública federal - Autor residente em São Caetano do Sul - Subseção Judiciária de Santo André que, em face do Provimento nº 322 de 06/12/2010 do Conselho da Justiça Federal, tem jurisdição em São Caetano do Sul - Decisão que afasta a preliminar de incompetência da justiça estadual arguida em contestação reformada - Recurso provido.

VOTO

A agravante pretende a reforma da r. decisão copiada a fls. 36, que afastou a preliminar de incompetência da justiça estadual para processar e julgar a ação declaratória de inexigibilidade de cobrança que lhe promove o agravado.

Afirma que a decisão está em desacordo com o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal, sendo, portanto, de rigor a declaração de nulidade dos atos praticados pelo r. juízo de origem e a remessa dos autos à Justiça Federal competente que, na hipótese, é a 26ª Subseção Judiciária.

Recurso regularmente instruído e processado no efeito suspensivo.

O agravado, conquanto intimado, não ofereceu contrariedade.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

Assim é porque, conforme o Provimento nº 322 de 06 de dezembro de 2010 do Conselho da Justiça Federal, a 26ª Subseção Judiciária - Santo André tem jurisdição em São Caetano do Sul.

Portanto, considerando-se que a Comarca de São Caetano do Sul possui Subseção Judiciária que, na hipótese, tem a sede em Santo André, é ali o Juízo adequado para dirimir a lide com empresa pública federal.

Diante destas considerações, o recurso merece provimento, para o fim de se acolher a preliminar arguida em contestação, determinando-se a redistribuição

Acesso ao Sumário

dos autos para uma das varas da 26ª Subseção Judiciária - Santo André.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0079913-80.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado RUBEN ALVES 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: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7675)**

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

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. Decisão agravada que impôs multa diária até que o banco executado efetue o depósito dos honorários periciais. Descabimento. A parte não pode ser obrigada a custear realização de meio de prova pericial. Tendo ela o ônus da realização, suportará as consequências processuais pela eventual não efetivação dela. Multa afastada. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão copiada a fls. 161 que aplicou multa diária de R$ 200,00 até que seja depositado o valor dos honorários periciais pelo banco réu com o limite de R$ 200.000,00.

Agrava a instituição financeira pleiteando o afastamento da multa, eis que em momento algum teve a intenção de descumprir a ordem judicial. Sustenta que não existe motivo para que seja imposta essa penalidade. Defende que o valor é desproporcional e excessivo. Requer, assim, a exclusão da multa ou, subsidiariamente, a sua redução.

Recurso regularmente processado, sem a concessão do efeito suspensivo

(fls. 166) e com contraminuta (fls. 170/227), requerendo a aplicação das penalidades decorrentes da litigância de má-fé.

É o relatório.

A questão recursal restringe-se à possibilidade ou não de ser fixada multa diária ao banco executado pelo descumprimento à decisão judicial que lhe impôs o pagamento dos honorários periciais.

O inconformismo prospera.

A multa diária não é devida.

Isso porque o banco executado não tem a obrigação de custear a prova técnica requerida pelo agravante ou determinada pelo juiz. Mas, sofre eventuais consequências pela não realização desta prova.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça e essa Colenda 17ª Câmara:

> **"Inversão do ônus da prova. Assistência judiciária. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50. 1. A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a pagar as custas da prova requerida pelo consumidor, mas, sofre as conseqüências de não produzi-la. 2. Recurso especial não conhecido."** (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 435155/MG, data do julgamento: 10.03.2003) (g.n.)
>
> **"REVISIONAL - Contrato bancário - Automóvel financiado por taxista, para uso em tal profissão - Destinatário final - Relação de consumo caracterizada - Inversão do ônus da prova - Perícia - Produção probatória considerada indispensável pelo Juiz para o julgamento da lide - Impossibilidade de obrigar a parte à produção da prova, sofrendo ela, no entanto, as eventuais conseqüências pela não produção - Desnecessidade da juntada do instrumento contratual original, por não se tratar de título sujeito à circulação, nem se estar diante de ação de execução - Decisão reformada - Recurso provido em parte."** (TJSP, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Pastore Filho, AI 0490443-83.2010.8.26.0000, data do julgamento: 02.03.2011) (g.n.)

Dessa forma, não sendo exigido do banco executado o pagamento dos honorários periciais, a reforma da decisão agravada é medida que se impõe para que seja afastada a multa.

Por fim, o pleito de reconhecimento de litigância de má-fé, formulado na contraminuta, não merece respaldo.

Não há elemento que caracterize nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC. Constata-se que o banco agravante apenas exerceu o seu direito de

Acesso ao Sumário

recorrer, garantido constitucionalmente, tanto que obteve êxito.

Por isso, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0050402-37.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são agravantes COMÉRCIO E EMPACOTAMENTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LORD LTDA.-EPP e PAULO SEGALA NETO, é agravado GILMAR FRANCISCO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte, e na parte conhecida, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15263)**

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

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: *Sociedade limitada. Administração. Medida cautelar preparatória a ação de dissolução parcial. Pedido liminar. Afastamento de sócio até decisão final do feito principal. Presença dos requisitos legais da plausibilidade do alegado e do risco de dano irreparável e difícil reparação. Excepcional concessão *inaudita altera parte*, à luz do disposto no artigo 804 do Código de Processo Civil. Necessidade de se imprimir a maior eficácia possível à medida que objetiva prevenir a continuidade da prática lesiva de abuso de poder e cometimento de faltas graves, indicada pelo conjunto probatório reproduzido. Poderes de administração. Exercício pelo sócio remanescente, nos termos do Contrato Social da sociedade.

Medida cautelar. Pedido liminar. Suspensão da exigibilidade de qualquer título de crédito emitido ou endossado pelo demandado. Pleito de impossível conhecimento pelo órgão colegiado. Questão que

Acesso ao Sumário

escapa do âmbito de discussão da demanda principal e, consequentemente, da preparatória.

Agravo de instrumento conhecido em parte e nesta provido.*

VOTO

Agravo de instrumento interposto a r. decisão, proferida em medida cautelar preparatória a ação de dissolução parcial de sociedade, que indeferiu pedido liminar *inaudita altera parte* para determinar o afastamento provisório do requerido da administração da COMÉRCIO E EMPACOTAMENTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LORD LTDA.-EPP, até a resolução do feito principal; assegurar à sociedade o direito de exigir, diretamente de seus clientes, todos os créditos derivados das vendas realizadas; suspender a exigibilidade de todos os títulos emitidos e cedidos pelo demandado para ele mesmo; impedindo-o, ainda, de exigir em seu próprio nome qualquer crédito de titularidade da pessoa jurídica, sob pena de multa, ou ceder a terceiros título representativo contendo sua assinatura como emitente.

Os agravantes alegam, em suma, haver nos autos fartos elementos e documentos que comprovam o preenchimento dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para a concessão da liminar postulada, à luz dos artigos 796 e 798 do Código de Processo Civil, pois demonstram o risco à continuidade da sociedade causado pelo desvirtuamento da conduta do agravado no ânimo de desfalcar o patrimônio da sociedade, promover saques vultosos na conta bancária, apropriar-se de numerários e operações de cessão de títulos de crédito a empresa faturizadora, emitir e endossar em seu próprio favor duplicatas mercantis sem causa subjacente ou já liquidadas pelos clientes, tudo a resultar na quebra da *affectio societatis*.

Salientam que a fumaça do bom direito encontra suporte tanto nas disposições legais sobre a possibilidade de dissolução da sociedade em razão de falta grave cometida pelo sócio (artigos 997, 1.030 e 1.035 do Código Civil) e nulidade de atos jurídicos (artigos 104, 113, 166 e 167 do referido diploma legal), como também na cláusula sexta do contrato social da sociedade.

Pedem a antecipação da tutela recursal para os fins de afastar o agravado da administração da sociedade até decisão final da ação principal; assegurar à sociedade o direito de exigir e receber junto aos respectivos clientes/devedores, sem intervenção do demandado, os créditos oriundos das vendas efetivamente realizadas; suspender a exigibilidade de qualquer título de crédito emitido ou endossado pelo agravado; determinar que ele se abstenha de exigir em seu próprio nome, qualquer crédito de titularidade da pessoa jurídica ou, ainda, emitir ou ceder a terceiro título representativo, sob pena de multa. E, ao final, a

Acesso ao Sumário

confirmação da tutela antecipada com o provimento do agravo de instrumento.

Indeferida a antecipação da tutela recursal pelo Relator (fls. 549/549vº), os agravantes rogaram a reconsideração do decidido (fls. 553/554) e os autos foram enviados diretamente à Mesa para julgamento por não estar ainda formada a relação processual.

É o relatório.

Anota-se, de início, que o pedido de suspensão da exigibilidade de qualquer título de crédito emitido ou endossado pelo agravado sequer pode ser conhecido, na medida em que escapa do âmbito de discussão da demanda principal de dissolução parcial da sociedade e, consequentemente, da cautelar preparatória.

No mais, colhe-se da petição inicial e dos 10 (dez) aditamentos reproduzidos às fls. 17/29, 109/110, 138/139, 169/170, 193/194, 225/226, 288/289, 291/292, 325/326, 349/350, 373/374 dos autos do presente agravo que a pretensão de afastamento liminar e provisório do sócio GILMAR FRANCISCO da administração da COMÉRCIO E EMPACOTAMENTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LORD LTDA.-EPP está embasada no alto potencial lesivo da prática de abuso de poder e cometimento de faltas graves do requerido no cumprimento de suas obrigações sociais, tais como: apropriação de recursos da empresa; pendências injustificadas junto a fornecedores; emissão e cobrança ilegítimas de títulos de crédito para clientes; outorga de procuração *ad negotia* a terceiro com amplos poderes de administração isolada da sociedade; cessão de títulos frios a instituições financeiras; omissão na prestação de contas; ausência constante no estabelecimento.

Exame minucioso do instrumento formado por peças extraídas dos autos da ação cautelar permitem concluir que boa parte dos documentos reproduzidos apontam para a plausibilidade do alegado pelo requerente da liminar e o risco de dano irreparável e difícil reparação à sociedade agravante e a todos que com ela mantêm relações comerciais, bancárias, trabalhistas e fiscais, caso o requerido-agravado GILMAR FRANCISCO não seja imediatamente afastado de sua administração.

Acesso ao Sumário

Isto porque tais documentos indicam, por exemplo:

> que, em 06.02.2013, o requerido-agravado GILMAR FRANCISCO entrou em contato com Supercenter Zattão Ltda., cliente da sociedade agravante e, na qualidade de endossatário dos títulos (endossados com sua própria assinatura), solicitou e obteve o pagamento de 4 (quatro) duplicatas mercantis em sua conta-corrente nº 27150-0/0, mantida junto à Agência 3430 do Banco Bradesco, no valor total de R$ 2.262,37 (dois mil duzentos e sessenta e dois reais e trinta e sete centavos) (fls. 237/252);

> que GILMAR FRANCISCO negociou direitos creditórios da sociedade

agravante com a faturizadora Ipiranga Factoring e Fomento Comercial Ltda., mediante endosso translativo dos títulos, e dela recebeu R$ 52.615,63 (cinquenta e dois mil seiscentos e quinze reais e sessenta e três centavos) em sua própria conta-corrente nº 27150-0/0 (Agência 3430 do Banco Bradesco), na data de 28.01.2013 (cf. Contrato de Fomento Mercantil nº 255/1, fls. 431/444);

> que, não liquidados pelos sacados indicados os títulos negociados no contrato de fomento mercantil supracitado, a sociedade agravante teve de assumir a responsabilidade pelo pagamento do montante correspondente ao firmar um instrumento particular de acordo em 25.02.2013 (fls. 447/449);

> que, ainda no início de 2013, GILMAR FRANCISCO intentou receber de outro cliente da sociedade agravante, a Dias Pastorinho S/A Indústria e Comércio, 5 (cinco) duplicatas mercantis das quais também seria endossatário, em valor total superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 253/258);

> que a sociedade agravante encaminhou, entre os dias 29 e 31 de janeiro de 2013, notificações extrajudiciais e *e-mails* aos bancos Bradesco, HSBC e Safra para comunicar a emissão de duplicatas mercantis inexigíveis pelo agravado e contraordenar a cobrança de todos os créditos de sua titularidade, solicitando o cancelamento dos correspondentes boletos de cobrança enviados aos devedores (fls. 298/312);

> que GILMAR FRANCISCO, na qualidade de representante da sociedade agravante, outorgou a Luiz Carlos Fernandes, em 07.01.2013, plenos poderes para administrá-la isoladamente, mediante procuração por instrumento público lavrada no 1º Tabelião de Notas e Protesto de Títulos da Comarca de Mogi das Cruzes (fls. 316/317); revogada no dia 05.02.2013 pelo sócio agravante PAULO SEGALA NETO (fls. 319);

> pendências na Receita Federal entre abril e novembro de 2012 (fls. 41, 208);

> que o sócio coagravante PAULO SEGALA NETO emitiu cheques de conta bancária pessoal para o pagamento de fornecedores da sociedade (fls. 72/78, 84/86, 102/103, 105/106, 140/144, 151/153, 163/164, 262/266, 272/273);

> que a sociedade agravante deixou de honrar compromissos junto a fornecedores (fls. 89/93, 157/161, 218/221);

> que, no dia 01.02.2013, GILMAR FRANCISCO recebeu telegrama para comparecer com urgência à empresa a fim de "*prestar contas de todos os recursos creditados em sua conta pessoal, assim como das obrigações liquidadas, bem como esclarecer sobre títulos duvidos (sic) emitidos e colocados em circulação*" (fls. 320/321);

> que o prontuário de ocorrências de GILMAR FRANCISCO no Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD), juntado ao Inquérito Policial instaurado em 04.02.2013 por Portaria da autoridade policial do 8º

Acesso ao Sumário

Distrito Policial da Comarca de Guarulhos aponta a existência de diversos inquéritos precedentes contra o agravado, 11 (onze) deles para apuração do crime de estelionato e 4 (quatro) deles por receptação, constando, ainda, uma condenação por estelionato na qual extinta a punibilidade devido a prescrição (fls. 412/424).

Depreende-se, pois, no caso em tela, a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para a excepcional concessão *inaudita altera parte* do pleito liminar de afastamento do sócio GILMAR FRANCISCO da administração da sociedade agravante, à luz do disposto no artigo 804 do Código de Processo Civil, tendo em vista a necessidade de se imprimir a maior eficácia possível à medida cautelar que objetiva prevenir a continuidade dos atos nocivos acima relatados, cuja documentação correspondente, apresentada pelos agravantes, indica a participação direta e interessada do agravado.

Cabe ressaltar que o afastamento do sócio naturalmente atende aos demais pedidos liminares formulados, porquanto a Cláusula Sexta do Contrato Social da COMÉRCIO E EMPACOTAMENTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LORD LTDA.-EPP estabelece o exercício dos poderes de administração pelo sócio remanescente, o agravante PAULO SEGALA NETO (cf. fls. 113/120).

Ante o exposto, conhece-se em parte do recurso e a este se dá provimento para conceder o pedido liminar formulado na medida cautelar e afastar o requerido agravado GILMAR FRANCISCO da administração da sociedade agravante COMÉRCIO E EMPACOTAMENTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LORD LTDA.-EPP, até a decisão final da ação principal, ressalvada a hipótese de reversão ulterior do provimento em virtude das evidências probatórias eventualmente constatadas no curso da lide.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0066080-92.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S/A, são agravados PROCID PARTICIPAÇÕES DE NEGOCIOS S/A (MASSA FALIDA), VALDOR FACCIO (ADMINISTRADOR JUDICIAL) e PROCID PARTICIPAÇÕES E NEGOCIOS S/A (FALIDO).

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 27.859)**

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: Falência. Impugnação de crédito. Atualização que, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 11.101/2005, deve ser contada até a data da decretação da quebra. Entendidos os efeitos da quebra a partir da prolação da sentença e não de sua publicação.

Recurso desprovido.

VOTO

A agravante apresentou impugnação de crédito na falência da agravada e não se conforma com o julgamento de parcial procedência, alegando, em suma, que a sentença só produz efeitos a partir de sua publicação. Sustenta, sob tal argumento, que a atualização do crédito, nos termos do art. 9º, II, da Lei de Recuperação e Falências, deve até aí ser contada.

Processado o recurso, manifestaram-se o Administrador Judicial e a Procuradoria Geral da Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

Está correta a r. decisão agravada.

Em síntese, manifestou-se a douta Procuradora de Justiça Maria Cristina Pera João Moreira Viegas:

> ***"Desde a decretação da quebra o falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial além de perder o direito de administrar seus bens ou deles dispor.***
>
> ***Da mesma forma, os créditos devem ser atualizados, assim como computados juros, até a decretação da falência, sem que a publicação, ressalto mais uma vez, possa influenciar em sua quantificação."***[1]

Por outro lado, há de se ressaltar que a lei de regência não condicionou os efeitos da falência à publicação da sentença de quebra.

Pelo contrário, dispõe que a partir da prolação da sentença e imediatamente é que o falido fica inabilitado a exercer atividade empresarial (art. 102), perde o direito de administrar seus bens (art. 103), dentre outros efeitos. Aliás, ***embora exija a presença do administrador para a arrecadação e imediata avaliação, prevê a possibilidade de lacração (art. 109, abaixo), que, como visto, pode ser feita por meio de mandado expedido no mesmo momento em que os autos***

1 Fls. 282/285

Acesso ao Sumário

baixam a cartório com a sentença de falência[1].

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015001-40.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S/A, é agravado GABRIEL PODUSKO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.219)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA E PAULO ALCIDES.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PLANO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DO AGRAVADO COMO BENEFICIÁRIO DE APÓLICE COLETIVA. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE DE SEGURO CELEBRADO MEDIANTE REGIME NÃO CONTRIBUTIVO, A AFASTAR O PRESSUPOSTO BÁSICO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 30 E 31 DA LEI Nº. 9656/98. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, NA MEDIDA EM QUE USUFRUI O AGRAVADO DE APÓLICE COLETIVA JUNTO A PRÓPRIA AGRAVANTE POR FORÇA DE NOVO CONTRATO DE TRABALHO. DEFERIMENTO DA LIMINAR AFASTADO. AGRAVO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

1 Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo/Manoel Justino Bezerra Filho. - 5. ed. rev., e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (pgs. 286/287)

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento tirado de ação de obrigação de fazer contra decisão interlocutória que deferiu pedido liminar de tutela de urgência consistente na manutenção do agravado em plano de saúde coletivo de que usufruía quando empregado da estipulante.

A agravante argumenta que o recorrido já usufrui de plano de saúde contratado por sua atual empregadora junto à recorrente e que, portanto, não há urgência a justificar a liminar. Diz que o contrato celebrado não possuía contraprestação a ser paga pelo empregado e que, portanto, inviável a aplicação da Lei nº. 9.656/98. Conclui pela reforma do julgado.

Foi deferido o efeito suspensivo (fls. 122/123), vindo aos autos, então, a contraminuta do agravado (fls. 127/131).

Intimadas, as partes informaram que não se opõem ao julgamento virtual (fls. 136 e 138).

É o relatório.

2. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, deferiu pedido de tutela liminar de urgência consistente na manutenção do agravado em plano de saúde coletivo de que usufruía quando empregado da contratante. E, com efeito, na esteira da decisão que concedeu efeito suspensivo, merece guarida o agravo.

Como já tive oportunidade de anotar, a concessão da tutela antecipada (*rectius*: tutela de urgência), como vêm se orientando doutrina e jurisprudência (cf., a propósito: RT 781/104), augura três requisitos cumulativos: *"a) existência de prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"*.

Pois bem. No caso dos autos, já de início, inexiste prova inequívoca do direito do agravante à manutenção do plano de saúde, na medida em que, exigindo os artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98 o pagamento de efetiva contribuição do segurado, inviável a contemplação de usuário de plano estabelecido contratualmente a partir de regime **não contributivo** (fls. 107).

Não bastasse, no caso dos presentes autos, tampouco há que se falar em risco de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que há prova de que o agravante consta como **beneficiário de outra apólice coletiva havida junto à própria agravante** por força de novo contrato de trabalho (fls. 71 e 110/118), de forma que não haverá desassistência.

Fique bem claro, de toda sorte, que não se está a afirmar, de fato, inexistente o direito do agravante à manutenção do contrato - o que traduz o mérito da própria ação ajuizada -, mas apenas que o eventual afastamento de cláusula expressa do contrato - qual seja, aquela relativa à não contributividade - não pode ser deferida nesta etapa processual preliminar.

Acesso ao Sumário

O juízo de prudência, portanto, estava mesmo a recomendar o indeferimento da liminar pleiteada. Daí o provimento do recurso de agravo de instrumento para o afastamento da decisão atacada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0100905-96.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BEKUM DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO 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. Declarará voto convergente a 2ª juíza.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº: 21.408 (REC))**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2013

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação Judicial - Argumento da recorrente no sentido de que sua atual capacidade financeira não lhe permite assumir o parcelamento nos moldes previstos na Lei n. 10.522/2002 (sessenta meses, sem redução de juros e multas) - Pretensão a parcelamento mais longo (180 meses) e em melhores condições (redução de 60% das multas de mora e de ofício, de 20% das isoladas, de 25% dos juros de mora e de 100% do encargo legal) por força de remissão da Lei n. 11.941/2009 - Pleiteia a recorrente a concessão de parcelamento nos moldes desse regime especial, sob o fundamento de que até a presente data não foi editada legislação em complementação à Lei n. 11.101/2005, incidindo o disposto no § 4º, do art. 155-A do Código Tributário Nacional e os arts. 47 e § 7º do art. 6º, ambos da Lei n. 11.101/2005, interpretados pela agravante como

Acesso ao Sumário

normas que permitem ao Juízo da Recuperação conceder suprir a ausência de lei específica e conceder o parcelamento em prazo não inferior ao concedido pela lei federal específica - Indeferimento em primeiro grau, ora mantido - Recurso não provido.

Dispositivo: negam provimento ao recurso.

VOTO

Agravo de instrumento interposto pela empresa em recuperação judicial, Bekum do Brasil Indústria e Comércio Ltda. dirigido à r. decisão proferida pelo eminente Juiz de Direito da E. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Dr. Daniel Carnio Costa, que indeferiu pedido de parcelamento de sua dívida fiscal, com os seguintes e r. fundamentos (fl. 199-200):

Vistos.

Fls. 1458/1468: trata-se de pedido da recuperanda para que lhe seja deferido um parcelamento de sua dívida fiscal como condição.

O administrador judicial manifestou-se favorável à concessão da medida (fls. 1591/1592).

O MP opinou contrariamente ao pedido (fls. 1593vso). É o breve relatório.

Fundamento e decido.

Não obstante se reconheça a relevância do processo de recuperação de empresas e o interesse público inerente à manutenção da atividade produtiva, o fato é que não se pode admitir ativismo judicial consistente na determinação de providências não previstas em lei, com fundamento exclusivo no senso de justiça do julgador.

Conforme opção do legislador, os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial, cabendo ao legislador a edição de uma lei específica para parcelamento de débitos tributários para fins de recuperação judicial.

O crédito tributário não está sujeito à recuperação judicial, sendo lícito à Fazenda Pública buscar sua realização independentemente do benefício legal concedido à empresa em crise.

É certo que a expropriação de bens da empresa poderá ser suspensa provisoriamente em função da preservação do resultado da recuperação, mas a partir de uma análise específica de cada caso, sendo imperiosa uma coordenação entre os diversos juízos em prol do interesse público.

Poderá a Fazenda Pública, desde que exista lei específica, conceder parcelamento para recebimento do passivo tributário de empresas em recuperação judicial.

Acesso ao Sumário

Enquanto não existente tal lei, e para não inviabilizar o instituto da recuperação judicial, é razoável dispensar-se a exigência de apresentação de CND para concessão do benefício.

Coisa diversa, porém, é impor à Fazenda Estadual um parcelamento sem base em lei, sendo que seu crédito sequer está sujeito à recuperação judicial.

Não pode o juízo da recuperação interferir na administração do débito tributário, que não está sujeito à sua análise, vez que excluído expressamente por lei da recuperação judicial.

Conforme observou o Ministério Público, caberá ao devedor negociar suas dívidas não incluídas na recuperação judicial diretamente com a Fazenda Pública e, se entender o caso, ajuizar as medidas judiciais cabíveis perante o juízo competente.

Posto isso, indefiro o pedido de imposição de parcelamento de débitos tributários à Fazenda Pública Estadual.

Fls. 1983/1984: intime-se a recuperanda para efetuar o depósito da diferença devida, considerando que os termos do acordo implicavam no recebimento de valor líquido,

ficando a cargo da recuperanda o pagamento dos impostos e contribuições devidas.

Fls. 1589/1590: defiro, diante da ausência de impugnações.

Int.

São Paulo, 12 de abril de 2012.

A publicação da r. decisão ocorreu na edição n. 1.183 do Diário de Justiça Eletrônico, p. 794, aos 15 de maio de 2012, sobrevindo tempestivamente a interposição recursal nessa mesma data (fl. 2).

Visando à reforma da r. sentença, pleiteia a agravante a declaração de "possibilidade e a plausibilidade da concessão individual do parcelamento fiscal a empresas em Recuperação Judicial, porquanto não se editar a lei específica para tanto" (fl. 14, penúltimo parágrafo do item III das razões recursais) e a definição do Juízo recuperacional como competente para concedê-lo.

Busca a recorrente dar a seguinte significação aos enunciados legislativos:

(a) os arts. 57 e 68 da Lei n. 11.101/2005 preveem, respectivamente, a exigência de o devedor em recuperação judicial apresentar certidões negativas de débitos tributários e a possibilidade de as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social deferirem o parcelamento de débitos, na forma do que dispõe o Código Tributário Nacional;

(b) a dispensa da apresentação das certidões negativas, deferida em primeiro grau, não é suficiente "para preencher a lacuna legal que atualmente

Acesso ao Sumário

tanto assola a manutenção da recuperanda" (fl. 9), notadamente porque a atual capacidade financeira da agravante não lhe permite assumir o parcelamento nos moldes previstos na Lei n. 10.522/2002 (sessenta meses, sem redução de juros e multas);

(c) lembrando que historicamente parcelamentos mais longos (180 meses) e em melhores condições (redução de 60% das multas de mora e de ofício, de 20% das isoladas, de 25% dos juros de mora e de 100% do encargo legal) foram concedidos pela Lei n. 11.941/2009, pleiteia a recorrente a concessão de parcelamento nos moldes desse regime especial, sob o fundamento de que até a presente data não foi editada legislação em complementação à Lei n. 11.101/2005, incidindo o disposto no § 4º, do art. 155-A do Código Tributário Nacional e os arts. 47 e § 7º do art. 6º, ambos da Lei n. 11.101/2005, interpretados pela agravante como normas que permitem ao Juízo da Recuperação conceder suprir a ausência de lei específica e conceder o parcelamento em prazo não inferior ao concedido pela lei federal específica.

O pedido de antecipação de tutela recursal no sentido de suspender a exigibilidade dos débitos fiscais e autorizar a recuperanda a realizar os pagamentos nas condições de parcelamento previstas pela Lei n. 11.941/2009 (fl. 17) foi indeferido pelo Relator (fl. 209).

Manifestação do Administrador Judicial em fl. 210-211 em que considerada "à luz do interesse público que o processo recuperacional ostenta, não devem causar perplexidade as pontuais e fundamentadas decisões judiciais que reintroduzem o magistrado como protagonista na recuperação judicial" e pugna pelo parcial provimento do recurso para deferir o pedido de parcelamento dos débitos fiscais de competência estadual.

A Exmª Sra. Promotora de Justiça designada, Dra. Luciana Ferreira Leite Pinto manifestou-se em fl. 213-215 pelo desprovimento do agravo, salientando caber exclusivamente às Fazendas Públicas a concessão de parcelamento da dívida fiscal, uma vez não se sujeitando os créditos tributários ao concurso recuperacional.

É o relatório.

A pretensão da agravante esbarra na opção brasileira pela não universalização do concurso recuperacional. Diversamente do que ocorre no processo falimentar, não se aplica o princípio da universalidade nos processos de recuperação judicial, significando que nem todos os credores do devedor sujeitam-se ao concurso.

São muitas as exceções legais, resultando não só na conclusão de que Lei n. 11.101/2005 não se dirige a todos os empresários, conforme preceitua o art. 2º e, bem como no afastamento pragmático à recuperação judicial às empresas que concentram grande parcela de seu passivo em créditos fiscais ou nos quais

Acesso ao Sumário

os credores sejam titulares de títulos e/ou contratos previstos no § 3º do art. 49.

Nos debates que precederam à aprovação da Lei n. 11.101/2005, argumentou-se, para subtrair os credores titulares de direito de propriedade (art. 49, § 3º), que essa medida contribuiria "para a expansão do crédito e a redução de seu custo no Brasil", conforme palavras do então Senador Ramez Tebet (Parecer n. 534, de 2004, Diário do Senado Federal, p. 17.857, em 10 de junho de 2004).

Entretanto, tal premissa, como se sabe, não corresponde à realidade. No sistema anterior, nas concordatas, os credores mencionados não se sujeitavam, como todos os demais não quirografários, ao concurso e, portanto, não houve contribuição alguma, mas a manutenção do *status quo*.

A opção de não universalizar a massa de credores à recuperação apenas dificulta a restruturação de empresas viáveis, havendo vantagens na adoção de modelo universalista, como já anotamos (A Eficiência do Processo de Recuperação Judicial na recuperação da empresa, Saraiva, 2010, p. 180) porque neste não se prioriza direitos de credores em ambiente de negociação (não se propõe desrespeito ao direito de preferência concursal, mas a que a empresa amplie a possibilidade de sua recuperação, abrangendo todos credores).

Com a universalização amplia-se o nível de coordenação dos interesses entre os credores, conferindo segurança por parte de todos na apreciação do plano: os credores tributários e todos os demais hoje excluídos ponderariam quanto à viabilidade de manterem as condições legais e contratuais de seus créditos na perspectiva de receberem o que lhe é devido, nas condições que impuserem em assembleia de credores.

Evita-se, ainda, disputas judiciais, como a ora travada, quanto à regularidade dos contratos e exigibilidade de créditos. Em ações individuais a situação do credor não sujeito ao plano é menos favorável do que a que ostentaria no ambiente de negociação, na classe ou categoria que lhe for própria. Haveria margens mínimas de futura revisão por iniciativa do devedor em ações revisionais ou impugnativas.

Acesso ao Sumário

Especificamente ao tema tratado neste agravo, a não imposição de um plano recuperatório aos créditos tributários, simultâneo ou paralelo ao plano judicial, traz muitas outras dificuldades, anotadas anteriormente por este Relator (op. cit.,, p.176):

> Por fim, há de considerar que, tal como proposto pelo legislador brasileiro, o poder concedido ao Fisco nos processos de recuperação judicial é de todo ineficiente porque: (1) não provê incentivos *ex ante* aos contratos firmados pela devedora em crise; (2) não incentiva a atividade econômica como um todo; (3) é mecanismo que se opõe simultaneamente aos interesses dos credores e do devedor, em nada contribuindo para o

sucesso do plano de recuperação; (4) ao submeter a deliberação dos credores e a decisão judicial de concessão à autoridade administrativa afasta-se do princípio da concentração de atos, indispensável à criação de um ambiente bem coordenado das divergências e propício à livre negociação entre os credores; (5) inviabiliza o respeito ao princípio da celeridade, em razão da conhecida morosidade do serviço público em geral, em especial dos órgãos federais que, na última década, têm sido responsáveis por centenas de greves e paralisações da atividade estatal, inclusive em serviços essenciais: receita federal, aeroportos, cobrança de dívida ativa etc.

Trilhando caminho percorrido pelo legislador de 1945, no regime do Decreto-Lei n. 7.661, abandonado pela jurisprudência, a Lei n. 11.101/2005 ignorou importantes lições a respeito do incentivo que o crédito fiscal poderia representar na recuperação judicial, com bem expõe Gordon W. Johnson (A nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais, In: Oliveira, Fátima Bayma (org.). Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 127):

"Existem inúmeras formas pelas quais as questões tributárias exercem um importante papel na dinâmica das negociações. Considerações tributárias podem ser o principal fator em uma estruturação para uma empresa que fosse beneficiada pelo tratamento tributário. O tratamento tributário favorecido no cancelamento ou na reestruturação de dívida pode permitir que credores cancelem mais dívidas ou criem uma estrutura mais adequada à reestruturação do negócio ou à realocação de riscos e riquezas. De forma inversa, um tratamento tributário desfavorável pode ser um meio de inviabilizar ou evitar que a reestruturação aconteça em termos racionais. Em resumo, a legislação tributária pode impactar o cancelamento de dívidas de várias formas, seja mediante cancelamento direto delas, cancelamento parcial de principal e juros, cancelamento baseado em deságio ou alongamento, cancelamento baseado na venda de ativos com deságio, seja, ainda, cancelamento baseado em uma mudança do perfil da dívida ou conversão em capital".

"[...] Em estudo comparativo do tratamento tributário mais compreensivo e favorável para débitos cancelados, foi verificado que vários regimes anglo-saxões (por exemplo, Austrália, Reino Unido e Estados Unidos) tendem a ter um tratamento tributário mais compreensivo e favorável para débitos cancelados, fazendo o ambiente de negócios mais propício para reestruturação, enquanto os países estudados regidos pelo sistema de direito civil (por exemplo, França, Alemanha e Japão possuíam regimes tributários menos favoráveis ao cancelamento de débito, criando assim

Acesso ao Sumário

poucos incentivos em favor da reestruturação. Nos sistemas estudados regidos pelo direito civil, as questões do tratamento tributário não foram tratadas pela lei em todos, ou as regras tributárias adotadas tornaram difícil obter um tratamento tributário otimizado".

Na doutrina encontramos inúmeras críticas nesse mesmo sentido:

Uma das questões ainda não satisfatoriamente resolvidas, no plano legal, no tocante à recuperação judicial, diz respeito ao passivo fiscal da sociedade em crise.

Em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, na lei tributária não se acomoda bem qualquer tipo de negociação do crédito fiscal. É, assim, inteiramente irreconciliável com esse princípio de direito público a previsão, no campo de recuperação apresentado pelo devedor, de parcelamento ou abatimento do valor devido ao fisco, já que somente a lei pode estabelecer qualquer remissão do crédito tributário (CTN, art. 172).

Por esta razão, a LF previu, no art. 68, uma "lei específica" que disciplinará o parcelamento dos débitos fiscais do empresário e da sociedade empresária em recuperação Esta lei, no entanto não foi editada e a lacuna legal tem trazido sérios problemas aos processos de recuperação em curso, na medida em que boa parte do passivo das empresas em crise é representada por dívida tributária.

(Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo, Saraiva, 9ª ed., 2013, p.231-232).

A ideia, portanto, seria que o devedor, simultaneamente à negociação do plano com os demais credores, tivesse a possibilidade de parcelar seus débitos tributários perante as fazendas federal, estadual e municipal, mediante condições especiais de parcelamento a serem definidas por lei específica. Até a presente data, porém, não foi editada a lei complementar específica para regular a matéria, encontrando-se em trâmite perante o Senado Federal o projeto de lei complementar PL 245, de 24 de agosto de 2004. É provável, portanto, que a lei específica prevista no § 3º do art. 155-A do CTN, antes referido, não seja editada antes do início da vigência da atual Lei Falimentar e de Recuperação.

Diante desse quadro, considerando as formas de parcelamento de débitos tributários atualmente em vigor, a regra constante do art. 57, ora examinado, pode levar à completa inviabilização da recuperação da empresa. A análise da realidade econômica brasileira demonstra que as empresa em crise financeira normalmente apresentam dívidas tributárias vultosas, sendo as obrigações tributárias, normalmente, as que em primeiro lugar deixam de ser pagas pelo devedor. Isso se explica em virtude do

Acesso ao Sumário

menor poder de constrangimento à atividade do devedor detido pelo fisco comparativamente aos demais credores. A falta de pagamento de tributos não gera para o devedor o risco de ser pedida a sua falência, não leva ao risco de descontinuidade da atividade, como ocorre, por exemplo, no caso de falta de pagamentos devidos a fornecedores (matérias-primas e insumos) ou aos empregados (greve), contando o devedor, ainda, com a ineficiência e morosidade do sistema fiscal de cobrança.

(Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, coord. Francisco Satiro de Souza Jr e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. Comentário ao art. 57, por Eduardo Secchi Munhoz, São Paulo, RT, 2ª ed., 2007, p. 284).

Nada obstante as críticas às escolhas do legislador nessa matéria, que preferiu afastar não apenas certas empresas da tutela legal recuperatória, de forma expressa ou pragmática, como também inúmeras outras atividades econômicas, não há como se concluir como pretende a agravante.

Os dispositivos apresentados como fundamentos à construção jurisprudencial não autorizam concluir pela necessidade de ampliação da competência do Juízo da recuperação judicial e, tampouco, autorizam impor ao credor tributário conceder parcelamento no modelo especial desejado pela recuperanda.

Nem há que escudar na amplitude dos objetivos previstos no art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

O princípio da recuperação da empresa, explicitado nesse dispositivo, é de cunho excessivamente genérico, vago, como tantos outros princípios gerais cotidianamente utilizados pelos operadores do direito ("segurança jurídica", "liberdade", "justiça"), podendo ser melhor compreendido como limite objetivo em vários julgados na Alta Corte Infraconstitucional:

(a) na fixação de competência do juízo da recuperação (AgRg no CC123.228/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 26/06/2013, DJe 01/07/2013; CC 111.614/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. em 12/06/2013, DJe 19/06/2013; CC 123.092/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 28/11/2012, DJe 01/02/2013; CC 112.392/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. em 13/04/2011, DJe 25/04/2011);

(b) na prevalência da dissolução parcial de sociedade (REsp 1303284/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 16/04/2013, DJe 13/05/2013; REsp 1121530/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 13/09/2011, DJe 26/04/2012; (REsp 237.772/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, j. em 08/10/2002, DJ 19/05/2003, p. 153; REsp 61.278/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 25/11/1997, DJ

Acesso ao Sumário

06/04/1998, p. 121);

(c) na concessão de efeito suspensivo a execução de bens de empresa em recuperação judicial (AgRg na MC 19.712/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 04/10/2012, DJe 19/10/2012; CC 114987/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. em 14/03/2011, DJe 23/03/2011);

(d) na minoração do gravame na execução de bens (REsp 504.152/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 19/09/2006, DJ 25/10/2006, p. 184; REsp 251151/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 15/06/2000, DJ 22/10/2001, p. 327);

(e) na aplicação do limite previsto no art. 94, I, da Lei n. 11.101/2005 para as causas sujeitas ao regime do Decreto-lei n. 7.661/45 (REsp 1023172/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 19/04/2012, DJe 15/05/2012);

(f) na determinação de inclusão de empresa recuperanda em programa de parcelamento de débitos fiscais federais (REsp 844.279/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 05/02/2009, DJe 19/02/2009).

Esse último, de aplicação específica do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial, encontra-se assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS JUNTO À RECEITA FEDERAL. LEI 10.684/03. OBRIGAÇÕES DO REQUERENTE. EMPRESA SOB REGIME FALIMENTAR. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE ADESÃO. NEGADO. ART. 38, § 11 DA LEI 8.212/91. REGRA GERAL. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA.
>
> ART. 111 E 155-A DO CTN. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS. ART. 6º, § 7º DA LEI 11.101/05. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.
>
> 1. As empresas em recuperação judicial podem aderir aos programas de parcelamento de débitos fiscais, nos termos do art. 155-A e §§ 3º e 4º do CTN; verbis: "Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.
>
> § 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.
>
> § 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.
>
> § 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

Acesso ao Sumário

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica."

2. A Lei 10.684/00, que instituiu o Programa Especial de Parcelamento - PAES, diferentemente da Lei 9.964/00, que criou o REFIS, deixou de vedar a adesão de empresas, em situação falimentar, ao benefício de parcelamento fiscal.

3. O art. 38, § 11 da Lei 8.212/91 resta inaplicável quando a Lei 10.684/00, que constitui lei específica sobre matéria de parcelamento fiscal, não opõe óbices a empresas sob regime falimentar.

4. É que a Lei 10.684/03, posterior à Lei 9.711/98, que alterou a Lei 8.212/91, há de prevalecer sobre esta última, não por força de uma suposta hierarquia entre essas leis, mas antes em virtude do princípio da especialidade (*Lex specialis derrogat generalis*).

5. Deveras, a doutrina do tema assenta: "Ocorre que as disposições do Código Tributário Nacional, interpretadas à luz do princípio da capacidade contributiva, conduzem-nos à inexorável conclusão de que o deferimento da recuperação judicial implica, automaticamente, o surgimento do direito ao parcelamento dos créditos tributários.

Realmente, nos termos do § 3º do art. 155-A, decorrente da Lei Complementar 118/05, tem-se que lei específica disporá sobre as condições de parcelamentos dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial e se harmoniza, especialmente, com a Constituição Federal que determina seja o tributo cobrado em atenção ao princípio da capacidade contributiva." (MACHADO, Hugo de Brito, in "Divida Tributária e Recuperação Judicial da Empresa", Revista Dialética de Direito Tributário, nº 120, setembro de 2005, São Paulo: Dialética, 2005, p. 76/77).

6. Ademais, esse entendimento coaduna-se com o princípio da preservação da entidade empresarial, que restou assim insculpido no art. 47 da Lei 11.101/05: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

7. Deveras, o mesmo princípio restou assentado no AgRg no CC 81.922/RJ, DJU 04.06.07 (Rel. Min. ARI PARGENDLER), verbis: "O nosso ordenamento jurídico prioriza a cobrança dos créditos tributários, na linha da Lei nº 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional

Acesso ao Sumário

(art. 187 - 'A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento'), e da Lei nº 6.830, de 1980, que dispôs sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 29, caput - 'A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou a habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento').

A implantação do instituto da recuperação judicial exigiu a alteração do Código Tributário Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 118, de 2005, para nele incluir a recuperação judicial ('A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento').

O art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, dispôs no § 7º: 'As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica'.

Nessa linha, em termos de interpretação literal, a decisão do Ministro Menezes Direito está a salvo de censura.

A jurisprudência, todavia, sensível à importância social das empresas, temperou desde sempre o rigor da lei nesse particular.

O Tribunal Federal de Recursos só lhe dava aplicação se a penhora na execução fiscal antecedesse a declaração judicial da quebra, tal como se depreende do enunciado da Súmula nº 44 ('Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico').

A jurisprudência posterior do Superior Tribunal de Justiça relaxou os dizeres desse enunciado para declarar que, ainda quando a praça ou o leilão fossem realizados pelo juízo da execução fiscal, o respectivo montante deveria ser destinado ao juízo da falência (REsp nº 188.148, RS, Relator o Min. Humberto Gomes de Barros).

Quid, em face do que dispõe o atual art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101, de 2005 - Salvo melhor entendimento, processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, e só estes, dependendo o prosseguimento do processo de uma das seguintes circunstâncias: a inércia da devedora já como beneficiária do regime de recuperação judicial em requerer o parcelamento administrativo do débito fiscal ou o indeferimento do respectivo pedido.

O crédito de natureza hipotecária está sujeito à regra do art. 6º, § 4º,

Acesso ao Sumário

segundo o qual da Lei nº 11.101, de 2005, segundo o qual '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'. Na espécie, o deferimento do processamento da recuperação judicial data de 08 de março de 2007, quando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão de primeiro grau (fl. 70).

Voto, por isso, no sentido de dar parcial provimento ao agravo regimental, deferindo a medida liminar para sustar os atos de alienação de bens de Veplan Hotéis e Turismo S/A. até o julgamento do conflito de competência."

8. O artigo 187 do CTN trata da preferência da execução fiscal sobre outros créditos habilitados na falência e inexiste ofensa a esse dispositivo ante a concessão do parcelamento fiscal, visto que o crédito continua com seus privilégios, mas passa a ser recolhido de maneira diferida, justamente para que se garanta à empresa em situação falimentar, a possibilidade de adimplir a obrigação tributária de maneira íntegra.

9. A tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade.

10. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

11. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 844.279/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 19/02/2009)

O pleito da massa falida, nesse caso ora citado, refere- se à possibilidade de a massa falida permanecer no programa de parcelamento de créditos tributários federais.

Evidentemente, ao se permitir "acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação

Acesso ao Sumário

de interesses econômicos e consumo da comunidade" não se está retirando dos entes públicos a quanto à prerrogativa de analisar os pedidos de parcelamento fiscal, nos termos e limites indicados nas respectivas leis tributárias, de sua exclusiva competência.

Permite-se, contudo, que o Juiz condutor do processo de recuperação (e no caso jurisprudencial, condutor do processo de falência), suspender os atos de alienação fiscal, "até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005 ('ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica')".

É o que se lê no corpo do voto:

> Assim, a tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que esteja em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade.
>
> Sobre o tema, a Segunda Seção desta Corte já consignou:
>
> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL.
>
> Processado o pedido de recuperação judicial, suspendem- se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005 ('ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica'). Agravo regimental provido em parte."
>
> (AgRg no CC 81.922/RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 04.06.07).

Nesse sentido, a Câmara Reservada tem ressaltado os limites da competência do Juízo da Recuperação aos credores sujeitos ao plano recuperatório, aos bens do ativo do devedor (art. 66) e interesses dos credores a ele sujeitos (art. 47, parte final), podendo, inclusive, para o fim de preservar a empresa, afastar o devedor ou o seus administradores da condução da atividade empresarial (art. 64).

Os dispositivos objeto da argumentação da recorrente devem ser, portanto, compreendidos nos âmbitos das respectivas áreas de competência legislativa dos entes públicos detentores dos créditos de natureza tributária, não sujeitos à recuperação judicial.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação Judicial - Crédito de ICMS devido à Fazenda Estadual do Pará - Juízo da recuperação determina à Fazenda a concessão de parcelamento pelo prazo de 180 meses - Minuta recursal busca afastar a ordem sob argumento de que a legislação estadual prevê a faculdade da concessão do parcelamento pelo prazo máximo de sessenta meses - Questão que somente poderia ser dirimida na seara administrativa-judicial tributária - Não pode o Julgador recorrido dispor sobre créditos assim definidos pelo legislador tributário, enquanto não apreciada a matéria no Juízo Fiscal competente - Situação ademais em que a determinação extrapola o prazo legal fixado pela legislação estadual - Determinação revogada - Agravo provido.

(AGRV. Nº: 0073113-36.2013.8.26.0000, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 22 de agosto de 2013, Rel: Des. Ricardo Negrão)

São esses os fundamento encontrados nesse acórdão:

A Fazenda do Estado não integra o concurso de credores nos processos recuperatórios, podendo exercer, nos limites materiais e temporais fixados pelo legislador e pela jurisprudência pátria, a execução dos créditos que possui contra os devedores em recuperação judicial.

Além disso, possui foro extraconcursal para executar as dívidas inscritas, mas somente o Juízo Recuperatório e Falimentar pode decidir sobre a massa objetiva, destinada à liquidação da universalidade admitida nos processos falimentares e recuperatórios. Não fosse assim, admitir-se- ia credores não somente infensos à competência universal como também detentores de privilégios únicos sobre o patrimônio da empresa em crise econômico-financeira.

Entretanto, a questão central trazida a esta Corte refere- se unicamente à ordem de concessão de parcelamento proferida pelo Juízo Recuperacional. Essa determinação extrapola os limites de sua competência.

Tal matéria somente poderia ser dirimida na seara administrativa-judicial tributária. Percebe-se na norma invocada pela autoridade fiscal que a concessão do parcelamento trata-se de uma faculdade do Fisco. Além disso, o prazo legal indicado na norma estadual (60 meses) é inferior ao prazo determinado pelo Magistrado (180 meses).

Assim, não pode o Julgador recorrido dispor sobre créditos assim definidos pelo legislador tributário, enquanto não apreciada a matéria no Juízo Fiscal competente.

É certo ainda que as empresas em recuperação judicial podem aderir aos programas de parcelamento de débitos fiscais. Ocorre que, nos termos do art. 155-A, § 3o e 4o do Código Tributário Nacional, atribuiu-se à

Acesso ao Sumário

legislação específica as condições relativas ao devedor em recuperação judicial.

Não se desconhece que "a tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6o, § 7o da Lei 11.101/2005, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 4 de dezembro de 2008, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade", conforme judiciosamente apontado pelo Exmo. Ministro Luiz Fux no julgamento do Resp n. 844279/SC, ocorrido em 5 de fevereiro de 2009.

Entretanto, a concessão do parcelamento deve respeitar o regime tributário e a legislação específica sobre a matéria.

Outrossim, neste julgamento não se nega a possibilidade de concessão de parcelamento. Aliás, este sequer é o argumento da agravante em sua minuta recursal. Pretendeu-se apenas afastar a amplitude deferida no juízo recuperacional no que diz respeito ao lapso temporal: 180 meses.

A existência de "lacuna" não autoriza o Poder Judiciário a construir norma tributária não recepcionada no ordenamento jurídico.

Pode, como tem sido feito, entre outras tantas medidas destinadas à preservação da atividade empresarial, abrandar os rigores procedimentais quanto à exigência de certidões negativas (art. 57) e preservar bens de execuções singulares enquanto se aguarda o pronunciamento administrativo-fiscal a pedido de parcelamento. Mas, nunca, arvorar-se em Juízo universal e, jamais, substituir o legislador tributário.

Com esses fundamentos, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso. Declara voto convergente a 2ª Desembargadora.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE, COM OBSERVAÇÃO

(Voto nº 18410)

Acompanho integralmente o nobre Relator, entretanto, trago à baila outros fundamentos que merecem consideração.

O i. relator entendeu que a pretensão da agravante se esbarra na opção brasileira pela não universalização do concurso recuperacional. Expôs ainda que alguns avanços delineados pela jurisprudência, incorporando o princípio da preservação da atividade empresarial (art. 47 da LRF), como, eg., o abrandamento dos rigores procedimentais quanto à exigência de certidões

negativas (art. 57) e a preservação dos bens de execuções singulares enquanto se aguarda o pronunciamento administrativo-fiscal a pedido de parcelamento.

Por fim, ressalvou que não caberia o procedimento de recuperação judicial arvorar-se em Juízo universal e, jamais, substituir o legislador tributário a permitir a aplicação da lei 11.941/09.

É neste ponto que trago maiores considerações.

Diz a agravante que acumulou passivo tributário federal de cerca de R$ 3 milhões, objeto de dois processos administrativos que tramitam perante o Ministério da Fazenda (proc. ns. 13811.000392/2001-01 e 12157.000915/2011-81).

Nessa medida, aduz que, embora as dívidas tributárias não se sujeitassem à recuperação judicial, a lei especial de parcelamento projetada pela Lei de Falência (art. 6º, §7º; e 68, da LFRE) e pelo CTN (art. 155-A) até hoje não foi editada, o que levou a entender que as empresas sujeitas à recuperação judicial possuem, *ipso facto*, o direito de aderir a outros programas de parcelamento para equacionar suas dívidas fiscais.

O d. juiz de primeiro grau teria indeferido a pretensão do agravante, por falta de previsão legal que autorizesse a adesão ao programa de parcelamento da Lei Federal n. 11.941/09, bem como pela inadequação da via eleita.

Por sua vez, o agravante menciona julgado do STJ do AgRg no CC nº 110.764 - DF (2010/0038424-4) que, ao interpretar art. 68 da Lei 11.101/2005 e o art. 155-A, §§3º e 4º, do CTN, teria aberto precedente no sentido de que o parcelamento de débitos é um direito da sociedade em recuperação, sendo que até em casos de falência, diante da inexistência da propalada "lei específica", a devedora poderia aderir a parcelamentos oferecidos por outras leis, desde que estas não vedem, expressamente, a adesão de devedoras sob o regime concursal. Todavia, melhor analisando esse julgado, tem-se que a questão suscitada nele é pertinente à suspensão da execução fiscal em razão do processamento da recuperação judicial.

Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do voto de relatoria do min. Luis Felipe Salomão: "no caso, aproxima-se a hipótese de julgados da Segunda Seção que não autorizam a constrição de bens em sede de execução fiscal em reclamação trabalhista, quando sujeitos à jurisdição do Juízo Universal, que detém a competência exclusiva para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa em recuperação (…) A execução fiscal não é suspensa em razão do deferimento da recuperação judicial. Contudo, no executivo fiscal não é permitido a prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial".

Ora, tal entendimento se escora na premissa da regra da qual permite o regular prosseguimento das execuções fiscais (art. 6º, § 7º) nos casos de

Acesso ao Sumário

recuperação judicial, "ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação" e, em vista do comprometimento do patrimônio da empresa e, reflexamente, do próprio Plano de Recuperação Judicial, os atos que comprometam o patrimônio da empresa em Recuperação Judicial, ou que excluam parte dele, somente podem ser efetivados pelo juízo que deferiu a Recuperação Judicial, mormente para evitar a alteração na composição do quadro geral de credores delimitado no plano apresentado para recuperação judicial. Evitam-se, desse modo, a inviabilização do Plano de Recuperação Judicial e a decretação da falência (art. 73, IV).

No voto condutor desse aresto, assim se pronunciou o min. Ari Pargendler: "Salvo melhor entendimento, processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, e só estes, dependendo o prosseguimento do processo de uma das seguintes circunstâncias: a inércia da devedora já como beneficiária do regime de recuperação judicial em requerer o parcelamento administrativo do débito fiscal ou o indeferimento do respectivo pedido".

Por sua vez, no REsp nº 844.279 - SC (2006/0092158-3), de relatoria do min. Luiz Fux, discutiu-se a possibilidade de a empresa "falida" participar de programa de parcelamento de débitos instituído pela Lei 10.684/03, o que também não seria o caso, mas sim a possibilidade de ingresso do próprio credor fiscal no plano de recuperação judicial, ou quiçá de deferimento de parcelamento especial no bojo do procedimento de recuperação judicial.

Deveras, não vejo amparo legal para aprovação de parcelamento, senão, em se tratando de procedimento de recuperação judicial, somente àqueles inseridos e previstos no próprio plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores, nos moldes da art. 35, I, a e 58 da LRF.

Neste julgado (REsp n. 844.279), foi proclamado que o art. 155-A, §3º, do CTN, autorizou o parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, o que não significa em absoluto que tenha autorizado a participação dos titulares de crédito tributários como credores no plano de recuperação judicial, ou mesmo a aprovação deste parcelamento no bojo do procedimento.

Acesso ao Sumário

Desse modo, o entendimento do min. Luiz Fux foi de que a Lei 10.684/00 deixou de vedar a adesão de empresas em situação falimentar ao benefício de parcelamento fiscal, ao mencionar que "conforme se percebe, ao não tocar na vedação, a norma estabelece autorização tácita para que a empresa sob regime falimentar venha a aderir ao parcelamento". Tal decorre de autorização expressa conferida pelo §4º, do art. 155-A, do CTN, *in verbis*: *"A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial,*

não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica".

Ou seja, o fato de a empresa estar em recuperação judicial deixou de ser impeditivo para adesão ao programa especial de parcelamento, diferentemente do que previa o regime que criou o "REFIS" (Lei 9.964/00).

Destarte, repita-se, tal disposição não tem o condão de legitimar a participação do credor fiscal no plano de recuperação judicial, inclusive por vedação expressa da lei, conforme inteligência do Código Tributário Nacional: *"Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento".*

Nesse sentido: "A nova redação dada ao caput do artigo 187 do CTN manteve a regra de que a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita a concurso de credores, ou habilitação, em falência, 'recuperação judicial' (expressão acrescida), concordata, inventário ou arrolamento." (Eduardo Domingos Bottallo, in "Reflexos tributários na nova Lei de Falências", Revista do Advogado, Ano XXV, setembro de 2005, nº 83, São Paulo: AASP, 2005, p. 78/79).

Tal disposição é repetida na Lei de Execução Fiscal, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública: *"A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento"* (**Lei nº 6.830/80**, art. 29).

De outro lado, tem-se que a vedação de medidas expropriatórias perante as execuções fiscais não implica necessariamente no deferimento de programa de parcelamento.

Frise-se ainda que a omissão legislativa presente no art. 155-A do CTN, se é que existe, não é acerca da questão objetiva da adesão ao parcelamento em relação às empresas de recuperação judicial, senão sobre a lei específica que disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, ressalvando-se que as condições mínimas já estão previstas pelo §4º do mencionado artigo.

Cabe lembrar ainda o teor do art. 68 da lei 11.101/05: *"As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional".*

Nesse sentido, ao comentar o art. 68 da LRF, Manoel Justino Bezerra Filho menciona que: "a expressão "poderão deferir (…) parcelamento" mostra a preocupação da Lei com a situação do empresário que, ao pedir recuperação,

Acesso ao Sumário

certamente estará com um passivo fiscal acentuado e que, na forma do art. 57, ficará impossibilitado até mesmo de ter deferido o pedido de recuperação. A Lei complementar 118, de 09.02.2005, incluiu o §3º, no art. 155-A do CTN, dizendo que "lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial"" (Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 8ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 181).

Ou seja, são duas questões distintas, uma é a não participação de entidades Fazendárias no plano de recuperação judicial, outra a possibilidade ou não de adesão a parcelamento que: 1) é possibilitada pelo nosso ordenamento jurídico, havendo omissão legislativa somente quanto à forma especial de parcelamento; 2) como se verá adiante, é incompatível, por ora, seu deferimento no bojo do procedimento de recuperação judicial, mormente quanto à participação do credor fiscal em razão da aprovação do plano, seja por ausência de objeção (art. 55 e 55 da LRF), seja por modificação do plano inicialmente proposto (art. 35, I, e 58, da Lei 11.101/05).

Desta feita, não se descura da possibilidade do Poder Judiciário colmatar lacunas na lei em situações excepcionais, mormente aquelas advindas da omissão legislativa e, como no caso presente, em que foi expressamente ressalvada pelo art. 155-A, §3º, a possibilidade de condições especiais para parcelamento.

Em suma, a CTN autoriza a possibilidade de adesão a Planos de Parcelamento, no âmbito da administração fazendária, mesmo estando em recuperação judicial e previu mais ainda: a possibilidade da empresa em recuperação obter condições especiais de parcelamento, condicionada, contudo à confecção de lei específica.

Enquanto não é editada a lei específica, o §4º, do art. 155- A, do CTN dá conta de condições mínimas que a empresa em recuperação judicial terá direito ao parcelamento, vale dizer, "na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica".

Desta feita, a omissão que existe na lei é tão somente quanto à forma especial de parcelamento e não quanto à adesão, até porque não se discute no presente recurso a forma especial de parcelamento, pois a empresa recuperanda Bekum tem sua pretensão fundada na forma de parcelamento já prevista em lei (Lei 11.941/09), em que se encontra ressalvada pelo art. 155-A, §4º, do CTN, como mencionado acima.

Ora, se a lei permite o mínimo, nos moldes do §4º e, por sua vez, a empresa apresenta plano condizente com a lei específica, não vejo razão para desautorizar tal parcelamento.

Todavia, eis aí divergência quanto à fundamentação exposta pelo i. relator sorteado, por força da interpretação sistemática da Lei 11.101/05, esta não prevê

a participação do credor fiscal na aprovação do plano de recuperação judicial, algo que não teria como acontecer por vedação legal.

Desta feita, a despeito de inúmeros casos em que o Judiciário pode colmatar lacunas da lei, sem incidir no propalado "ativismo judicial", este sequer se aperfeiçoaria, pois, como visto anteriormente, o §4º, do art. 155-A, do CTN, prevê o mínimo de condições para o parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09 e, nestes termos, requereu a agravante o parcelamento em 180 meses e em melhores condições (redução de 60% das multas de mora e de ofício, de 20% das isoladas, de 25% dos juros de mora e de 100% do encargo legal).

O maior óbice, portanto, não é a aplicação desta regra senão a interpretação sistemática do regime previsto na Lei 11.101/05, em especial quanto ao procedimento de recuperação judicial.

Quanto à participação dos credores na aprovação do plano, vale lembrar os seguintes trechos da lei:

"Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I - na recuperação judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor"

"Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta."

"Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I - titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II - titulares de créditos com garantia real; III - titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados."

Sobre essa organização dos credores, a doutrina não tardou a perceber que "*os créditos tributários deverão ser objeto de negociações em separado, fora do âmbito dos procedimentos de recuperação* (…) Entretanto, uma lei especial disporá exclusivamente sobre as condições de parcelamento dos débitos fiscais dos devedores em recuperação judicial, como antecipado pela Lei Complementar n. 118, que modificou o Código Tributário Nacional, colocando-o em consonância com dispositivo, nesse mesmo sentido, da nova Lei de Falências (…) Em consequência, resta a total incerteza do temerário devedor que pretenda requerer recuperação judicial, pois o faria sem saber, entre outras questões: 1) quais tributos poderão ser objeto de parcelamentos; 2) em quais condições e prazos poderia obtê-los; 3) se prevalecerão os seis anos previstos para seu cumprimento, como proposto na redação original, ou se será dilatado, como se pretende (…) A exclusão dos créditos tributários dos efeitos das recuperações é ponto pacífico, uma vez que o Poder Público não pode negociar com o devedor, como os credores privados o fazem. Entretanto, é preciso acentuar que, a nosso ver, mostra-se inadmissível a exigência de apresentação de tais certidões,

Acesso ao Sumário

como condição para a concessão do pedido de recuperação, como determina o artigo 57 da nova Lei" (*Dos Créditos Excluídos da Recuperação* in Revista do Advogado, n. 83, set. 2005, p. 36).

Ora, a participação dos credores no plano é de importância ímpar, até porque a lei prevê que o autor tem 60 dias contados do despacho que deferiu o processamento da recuperação judicial, sob pena de ser decretada a quebra, para apresentar o plano aos credores que podem inclusive na Assembleia Geral aceitar, modificar ou recusar o plano apresentado (art. 53).

O art. 56, §3º, da LRF, põe em relevo a preocupação da lei na presença dos credores no plano de recuperação, *in verbis*: "*§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes*".

Afinal, a prevalência da interpretação sistemática e teleológica sobre a exegese gramatical e literal, resulta do fato de que, em hermenêutica, a letra da regra é mero ponto de partida; sua nobreza axiológica, ponto de chegada (Tércio Sampaio Ferraz Jr, Introdução ao Estudo do Direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, São Paulo, 2ª edição, p. 287).

"Quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em *interpretação sistemática (stricto sensu)*. A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. (..) A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos na sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)." (*idem*, p. 288-9).

Por fim, acerca da participação de credores em assembleia, confira-se o seguinte precedente desta 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial: "Recuperação Judicial. Alteração do plano originário. Realização da assembleia na primeira data marcada sem que estivessem presentes os credores das classes I e II. Hipótese em que, embora não alterados os valores de seus créditos, verificou-se alteração das condições do cumprimento do plano. Inadmissibilidade. Nulidade reconhecida. Recuperação Judicial. Não se justifica o impedimento à participação em assembleia do credor, regularmente representado, sob o singelo argumento de que não está. Recurso provido" (TJSP, AI. 0259753-21.2011.8.26.0000, Rel. Araldo Telles, j. em 18/12/2012 - grifei).

Tal entendimento, no meu sentir, não impossibilita de todo modo o direito, nos termos da legislação específica pertinente aos créditos, de as respectivas "Fazendas Públicas" deferirem o parcelamento em razão da apresentação do

Acesso ao Sumário

plano de recuperação, respeitando-se, contudo, as condições previstas de cumprimento do respectivo plano, bem como o regular procedimento previsto nos arts. 51 *usque* 69 da Lei 11.101/05.

Com essas observações, acompanho o Relator sorteado.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, 2ª Desembargadora

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0229057-65.2012.8.26.0000/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante HELBOR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, é agravado CRISPIM JOSE ALVES.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-se provimento ao recurso de agravo regimental. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL - Decisão monocrática prolatada por este relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, por considerá-lo prejudicado, diante da informação prestada pelo Juízo de origem de que a decisão agravada havia sido reconsiderada - Inconformismo da agravada, empresa Helbor Empreendimentos Imobiliários Ltda. que, agora na condição de prejudicada, invoca os princípios da celeridade processual e efetividade do processo, visando o julgamento do agravo de instrumento - Não acolhimento - Retratando-se, o juiz profere nova decisão - Se esta for de natureza interlocutória, poderá o então agravado requerer que o tribunal prossiga no julgamento do agravo - Trata-se, na verdade, de

Acesso ao Sumário

novo agravo de instrumento interposto contra a nova decisão: o então agravado se transmuda em agravante e vice-versa - Empresa agravada que, entretanto, não providenciou o preparo do novo recurso, tampouco apresentou as razões de seu inconformismo diante da nova decisão - Magistrado que, ao comunicar a reconsideração daquela primeira decisão, fez menção à informação prestada pela contadoria judicial, de que não haviam sido computados os pagamentos efetuados durante determinado período - Matéria não tratada pela empresa agravada, na petição do agravo interno ou regimental - Agravo de instrumento que não pode ser conhecido - Negado provimento ao agravo regimental" (v. 13828).

VOTO

I - HELBOR EMPREEDIMENTOS IMOBILIÁRIOS interpôs **agravo regimental** contra decisão monocrática deste relator (fls. 94/95), que negou seguimento ao agravo de instrumento de fls. 02/09, por considerá-lo prejudicado.

Alega a agravante, em síntese, que, apesar da reconsideração da decisão agravada pelo MM. Juiz da causa, o recurso deve ser conhecido e julgado por esse Tribunal. Assevera que o interesse do conhecimento e julgamento do presente agravo, que era do agravante CRISPIM JOSÉ ALVES, agora passa a ser da agravada HELBOR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, que restou prejudicada. Desse modo, pugna pelo julgamento do recurso, tendo em vista os princípios da celeridade, efetividade e economia processual (fls. 101/102).

Tempestivo o recurso (fls. 96 e 101).

É O RELATÓRIO.

O recurso de agravo regimental não comporta provimento.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória de fls. 49/50, proferida em ação revisional de contrato proposta por Crispim José Alves em face de Helbor Empreendimentos, em fase de cumprimento de sentença, que rejeitou a impugnação oposta pelo agravante (fls. 49/50).

Inconformado, insurge-se o executado, postulando a concessão de efeito suspensivo. Alega, em síntese, que, após despacho determinando o cálculo do débito exequendo, proferido em 03/08/2011, o contador do juízo apresentou o valor de R$ 23.873,99 para 08/2011 (fl. 06). No

Acesso ao Sumário

entanto, o juízo apontou o valor devido de R$ 33.498,36, que era aquele apresentado pelo credor. O agravante impugnou o valor, sobrevindo a decisão agravada. Segundo o agravante, o valor de R$ 23.873,99 não é originário em 01/11/2006, pois o contador atualizou-o até agosto de 2011; há equívoco, pois, na ordem de depósito do valor de R$ 9.949,89. Alega o agravante, por fim, que cumpriu na totalidade o contrato firmado com a agravada (fl. 08). Requer a reforma da decisão (fls. 02/09).

Prevenção pelo agravo de instrumento nº 0091880-06.2005.8.26.0000.

O recurso foi inicialmente distribuído ao ilustre Desembargador Percival Nogueira, com assento na E. 6ª Câmara de Direito Privado, que deferiu o efeito suspensivo e representou à E. Presidência da Seção de Direito Privado a redistribuição do recurso em razão de prevenção desta relatoria (fls. 53/55).

A representação foi acolhida e os autos foram distribuídos a esta relatoria (fl. 62). A agravada apresentou contraminuta às fls. 69/74, acompanhada dos documentos de fls. 75/80. O MM. Juiz da Causa prestou informações às fls. 88/92.

II - O recurso perdeu seu objeto.

O MM. Juiz da causa informou que encaminhou os autos para a Contadoria do Juízo, onde as divergências apontadas foram esclarecidas. Houve, assim, a reconsideração da decisão que havia acolhido os cálculos de fls. 694 dos autos de origem e intimado para o pagamento do saldo remanescente de R$ 9.949,89.

Portanto, uma vez que não mais subsiste a decisão que foi recorrida por meio deste agravo, houve perda do objeto.

III - Ante o exposto, NEGO SEGUIMENTO ao recurso, por considerá-lo prejudicado, conforme art. 557, caput, do CPC."

Discorda a agravante da perda do objeto recursal, defendendo que o interesse no prosseguimento do recurso agora é seu, devendo o agravo ser julgado, em atenção ao princípio da economia processual.

Contudo, a pretensão do ora agravante não pode ser conhecida.

Nelson Nery Júnior e **Rosa Maria de Andrade Nery** comentam o artigo 529 do CPC e doutrinam que: *"Retratando-se, o juiz profere nova decisão. Se esta for de natureza interlocutória, poderá então o agravado requerer que o tribunal prossiga no julgamento do agravo. Trata-se, na verdade, de novo agravo de instrumento interposto contra a nova decisão: o então agravado se transmuda em agravante e vice-versa. Nada mais precisa ser feito porque todos os elementos necessários à compreensão da controvérsia recursal se encontram no instrumento do agravo. Basta que o agravado faça o preparo imediato do*

Acesso ao Sumário

recurso, porque ele agora é agravante, e que o relator defira o requerimento do então agravado (novo agravante), para que o agravo de instrumento seja julgado pelo tribunal ad quem." (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 899).

A empresa **Helbor Empreendimentos Imobiliários Ltda.** não providenciou o recolhimento do preparo deste novo recurso. Houve deserção.

Mas não é só.

Durante o processamento do agravo de instrumento, os Advogados Patrícia M. Marochi e Otávio Jorge Assef apresentaram resposta em nome da empresa "*Gulliver Empreendimentos Imobiliários Ltda.*" (fls. 69/74).

Ao que parece, houve simples equívoco em relação ao nome da agravada.

De qualquer forma, agora, manifestaram-se em nome da empresa agravada, **Helbor Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

Naquela resposta, apresentada em nome da empresa "Gulliver", sustentaram que aquela primeira decisão, prolatada em primeira instância, estava correta, uma vez que estavam corretos os cálculos de fls. 694 dos autos de origem - fls. 48 deste recurso (fls. 69/74).

Este relator prolatou despacho às fls. 82/83, solicitando informações ao R. Juízo de origem, diante de algumas considerações, ali expostas:

> "***2*** *- Em caráter excepcional, solicito informações ao R. Juízo de origem. A r. decisão recorrida considerou corretos os cálculos de fls. 694 dos autos de origem (fls. 48 deste recurso), sustentando o cabimento da correção monetária. Todavia, há uma diferença entre os cálculos apresentados pelas partes, no período entre setembro de 2003 e dezembro de 2004. Nesse período, na planilha de fls. 659/660 dos autos de origem (fls. 14/15 deste recurso) há menção a pagamentos efetuados. Na planilha apresentada pela outra parte (fls. 673 dos autos de origem e fls. 32 destes autos), naquele mesmo período, não foram computados pagamentos. Ao que parece, a diferença não se limita à eventual incidência da correção monetária.* ***3*** *- Visando maiores esclarecimentos, oficie-se ao R. Juízo de origem solicitando informações, acompanhadas deste despacho.*"

O MM. Juiz, em suas informações, esclareceu haver reconsiderado a decisão agravada, diante da conclusão da Contadoria do Juízo, no sentido de que: "*... na planilha de cálculo de fls. 672/674 não foram computados os pagamentos ref. aos meses de set/2003 a dez/2004*". (fls. 92).

A Contadoria informou ainda que: "no cálculo apresentado por esta seção às fls. 657/662 não há congelamento de débito, pois o índice de correção monetária pela IGP-DI (1,3772) e os juros de mora (1,58) estão acumulados e correspondem ao período de outubro/2006 a agosto/2011." (fls. 92).

Acesso ao Sumário

Nery Júnior e **Rosa Maria de Andrade Nery** complementam seus comentários afirmando que: "*Se ao retratar-se, o juiz se utiliza de fundamentos ainda não discutidos na minuta ou na contraminuta do agravo, deve o agravado, ao requerer o julgamento do agravo pelo tribunal, tornando-se agravante, dar as razões de seu inconformismo diante da nova decisão (JTACivSP 120/45). No mesmo sentido: JTACivSP 110/124).*" *(obra anteriormente citada, pág. 900)*.

No caso concreto, a empresa **Helbor Empreendimentos Imobiliários Ltda.** limitou-se a defender os princípios da celeridade processual e efetividade do processo, sem analisar as conclusões da Contadoria Judicial, inclusive aquelas relativas à omissão de um período no cálculo elaborado.

Sem apresentar as razões do seu inconformismo diante da nova decisão, o pretendido novo recurso de agravo de instrumento não pode ser conhecido.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0006851-07.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARLENE FARIA DA SILVA CARDOSO e MARIA APARECIDA EVANGELISTA, é agravado KOZO DENDA.

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. Declara voto o 2º Desembargador, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25892)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente), FRANCISCO GIAQUINTO E ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: *RECURSO - Agravo Regimental - Decisão monocrática que determinou o levantamento da penhora - Inconformismo - Penhora sobre direitos possessórios - Posse exercida e confirmada pelo próprio executado - Bem de terceiro - Possibilidade - Constrição mantida - Recurso provido*

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a r. decisão de fls. 303/305, que reformou decisão agravada, levantando a penhora que recaiu sobre o imóvel sito à Av. Altino Arantes, nº 49 - bairro da Saúde - São Paulo.

Sustentam as agravantes que não há súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, contrária à penhora de direito possessório, o que impede o julgamento na forma monocrática. Alega ainda, que é corriqueira a negociação de direitos possessórios sobre imóveis. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

O recurso merece ser conhecido.

Analisando os autos, entendo que embora o imóvel penhorado não esteja em nome do executado, o próprio agravante informou em sua defesa à penhora efetivada às fls.154/158, que declara o mencionado imóvel em seu imposto de renda.

Assim, vale mencionar:

> **"Para que não paire dúvidas acerca dos motivos que levam o executado a declarar referido imóvel em seu imposto de renda, cabe esclarecer que o executado à época, por ser credor do Sr. Eduardo Roberto Marques Merbach, acabou por transacionar parte ideal do imóvel em questão com o mesmo, sendo que somente quando da escritura, percebeu que o bem era gravado com a cláusula de inalienabilidade, o que tornou o negócio nulo de pleno direito, nos termos do artigo 166, incisos II e VII do Código Civil.**
>
> **No entanto, o executado continua declarando este imóvel no seu imposto de renda, até mesmo para justificar sua posse"**

Portanto, a pretensão das exequentes em penhorar 50% sobre os direitos possessórios do executado no aludido imóvel, se mostra plenamente cabível, nos termos do art. 655, inc.XI, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, vale mencionar nota 16C, pág. 844, Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, ano 2013, ed. Saraiva:

> "O art. 655, XI, do CPC prevê a penhora de direitos, o que autoriza a constrição do direito possessório em especial nas situações em que o direito possui expressão econômica e integra o patrimônio do devedor." (STJ-4ª., Resp 901.906, Min. João Otávio, j.4.2.10, DJ 11.2.10)

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, a lei processual vigente passou a prever essa possibilidade, conforme o inciso XI, do artigo 655, que arrola a ordem preferencial para penhora de bens

Acesso ao Sumário

e direitos.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO DE TAXAS DE CONDOMÍNIO. PENHORA SOBRE IMÓVEL SITUADO EM CONDOMÍNIO IRREGULAR. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 13/STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Tratando-se de imóvel situado em condomínio irregular, a penhora não recairá sobre a propriedade do imóvel, mas sobre os direitos possessórios que o devedor tenha. 2. O artigo 655, XI, do Código de Processo Civil prevê a penhora de direitos, o que autoriza a constrição do direito possessório, em especial nas situações em que o direito possui expressão econômica e integra o patrimônio do devedor. 3. A admissibilidade de recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe que tribunais distintos tenham interpretado um mesmo tema de maneira divergente. Súmula n. 13/STJ. 4. A mera transcrição do inteiro teor dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial. 5. Recurso especial não- conhecido." (STJ - Resp 901906/DF - Quarta Turma - Relator Ministro João Otávio de Noronha - Não conheceram por unanimidade do recurso especial - J. 04/02/2010 - Dje 11/02/2010).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, mantendo-se a constrição sobre o imóvel.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR.

(Voto nº 14496)

É agravo regimental interposto contra decisão unipessoal que reformou decisão agravada desconstituindo a penhora sobre imóvel (Av. Altino Arantes, 49, Bairro Saúde, São Paulo), em execução movida pelas agravantes em face do agravado, entendendo o E. Relator embora possível a penhora sobre direitos possessórios, não há provas de que o executado exerça posse sobre o mencionado bem.

O CPC admite a penhora sobre direitos possessórios (art. 655, XI).

O STJ sobre o tema já decidiu: "O artigo 655, XI, do Código de Processo Civil prevê a penhora de direitos, que autoriza a constrição do direito possessório, em especial nas situações em que o direito possui expressão econômica e integra o patrimônio do devedor." (REsp 901906, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª

Acesso ao Sumário

T., DJ 04/02/2010, DJe 11/02/2010).

No caso vertente, o próprio executado (agravado) admite exercer posse sobre o imóvel, quando se manifestou na execução ao requerer a "irregularidade da penhora", assim expressamente admitindo:

> **"Para que não paire dúvidas acerca dos motivos que levam o executado a declarar referido imóvel em seu imposto de renda, cabe esclarecer que o executado à época, por ser credor do Sr. Eduardo Roberto Marques Merbach, acabou por transacionar parte ideal do imóvel em questão com o mesmo, sendo que somente quando da escritura, percebeu que o bem era gravado com a cláusula de inalienabilidade, o que tornou o negócio nulo de pleno direito, nos termos do artigo 166, inciso II e VII do Código Civil. No entanto, o executado continua declarando este imóvel no seu Imposto de Renda, até mesmo para justificar sua posse."(fls. 155).**

Por isso, admitido pelo próprio agravado (executado) o exercício da posse sobre o imóvel, possível a penhora sobre direitos possessórios.

Daí porque pelo meu voto também dava provimento ao regimental.

FRANCISCO GIAQUINTO (2º Desembargador)

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003526-80.2011.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.L.P.A.F.C.R., é apelada C.M.C.R.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. O RELATOR SORTEADO DAVA-LHE PROVIMENTO E DECLARARÁ VOTO. O REVISOR FICOU DESIGNADO COMO RELATOR DO ACÓRDÃO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25898)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), A. C. MATHIAS COLTRO, vencedor, FÁBIO PODESTÁ, vencido, e J. L. MÔNACO DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

A. C. MATHIAS COLTRO, Relator Designado

EMENTA: ALIMENTOS - EX-CÔNJUGE - PEDIDO DE FIXAÇÃO POR PERÍODO DETERMINADO E RAZOÁVEL, ATÉ QUE A RECORRIDA POSSA SE INSERIR NO MERCADO DE TRABALHO - POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Nos termos do constante no relatório do d. Desembargador Fábio Henrique Podestá, relator sorteado:

"Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 206/207 verso, relatório adotado, que, em ação de alimentos, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o dever de prestação da verba, pelo prazo de 12 meses, no valor de 03 salários mínimos.

Embargos de declaração (fls.211/218), rejeitados (fls.229/vº).

Apela o réu (fls. 236/250). Sustenta estar demonstrada a desnecessidade em prestar alimentos, pois, o binômio necessidade-possibilidade não está devidamente preenchido.

Recurso preparado (fl. 251/253).

Ofertadas contrarrazões (fl.257/278).

É o relatório."

A teor do artigo 1.566, inciso III, do Código Civil, há obrigação alimentícia entre cônjuges e separados, como decorrência do dever de mútua assistência resultante do casamento e abrangente não só do amparo moral, como o de socorro econômico, quando necessário.

Sobre tal dever, leciona Sérgio Gilberto Porto:

"'[...] cabe registro, em sede de direito de família, que o cônjuge é credor de alimentos, muito embora não seja parente sangüíneo. Todavia, tal direito decorre de outro dispositivo que não aquele que embasa as pretensões e responsabilidades dos parentes, mas sim do art. 1.566, III, do CC, que leva por fundamento o dever de mútua assistência que decorre do matrimônio"[1].

Para que se tenha como devida a prestação é necessária a presença do trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade, a partir do qual se infere qual a condição das partes e o eventual *quantum* a ser fixado no tocante à pensão.

1 Sérgio Gilberto Porto, "Doutrina e Prática dos Alimentos", 3ª ed., p.22.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, a autora requereu a fixação de alimentos pelo prazo de um ano, até que consiga novamente prover seu sustento, pois, no período em que foi casada com o requerido acabou mudando-se para outro país, em decorrência do trabalho do cônjuge, deixando seu trabalho aqui no Brasil e necessitando de tempo para recolocar-se profissionalmente.

Portanto, mesmo com capacidade para trabalhar, se mostra razoável o decidido, tendo o juízo bem fundamentado que o fato do pedido de pensão visar prazo determinado "revela, a propósito, lealdade processual da parte".

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o recurso 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 préquestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao recurso é negado provimento, mantendo-se a sentença por seus fundamentos.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 2508)

Ementa: ALIMENTOS - Verba que ao ser prestada por ex-cônjuge, deve ficar demonstrado, no caso concreto, a absoluta impossibilidade de um deles manter-se por conta própria - Fato que não restou demonstrado nos autos - Binômio necessidade e possibilidade não preenchido - Apelação provida.

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 206/207 verso, relatório adotado, que, em ação de alimentos, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o dever de prestação da verba, pelo prazo de 12 meses, no valor de 03 salários mínimos.

Embargos de declaração (fls.211/218), rejeitados (fls.229/vº).

Apela o réu (fls. 236/250). Sustenta estar demonstrada a desnecessidade em prestar alimentos, pois, o binômio necessidadepossibilidade não está devidamente preenchido.

Recurso preparado (fl. 251/253).

Ofertadas contrarrazões (fl. 257/278).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Os alimentos são prestações destinadas a satisfazer as necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si e, têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência, compreendidas as despesas com alimentação, vestuário, moradia e, inclusive, educação.

Diferentemente do dever de sustento advindo do pátrio poder, a obrigação alimentar decorrente da solidariedade familiar exige, além da prova da necessidade do alimentando, a cabal demonstração de possibilidade do alimentante em prestar os alimentos.

É certo, pois, que possuem caráter excepcional e pressupõem a comprovação da necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade daquele que os presta. O alimentando deve provar a insuficiência de recursos ou então, a impossibilidade de provê-los pelo próprio trabalho.

Nesse sentido, se o ex-cônjuge alimentando não é incapacitado para o trabalho, ou se recebe valores suficientes para seu sustento, descabe a fixação de alimentos.

O entendimento é respaldado pela Constituição Federal que, em seu artigo 226, parágrafo 5º, estabeleceu a igualdade entre homem e mulher.

No caso, a prova realizada mostra que a autora tem qualificação profissional e, além disso, forçoso reconhecer que se encontra em idade produtiva e, ao que consta nos autos, não sofre de doença incapacitante.

Eventuais dificuldades econômicas e baixos salários acometem não só a apelada, como a população em geral e não podem servir de justificativa para o pagamento da verba alimentícia, sob pena de induzir à dependência na primeira dificuldade encontrada.

Lembre-se que os alimentos, no caso, não têm a finalidade única de suprir a efetiva impossibilidade de obtê-los por meios próprios.

Como indicado pela própria apelada, é apenas para lhe acrescentar renda que pode ser auferida.

É cediço que a obrigação alimentar subordina-se aos requisitos da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante, em consonância com o disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil, *in verbis*: "Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada".

Entretanto, a apelada não logrou êxito em comprovar a necessidade de alimentos, que, neste caso, não é presumida.

Acesso ao Sumário

Em caso de alimentos prestados por ex-cônjuge, deve ficar demonstrado, no caso concreto, a absoluta impossibilidade de um deles manter-se por conta própria.

E, não se pode olvidar que "*após o advento da nova ordem constitucional (1988), máxime em virtude do seu art. 226, que igualou em direitos e obrigações homens e mulheres, o entendimento contrário à permanência do direito da mulher aos alimentos, especialmente quando ela tem condições de trabalhar e promover o seu próprio sustento, a fim de que não se fomente a ociosidade ou se estimule o parasitismo...*" (Yussef Said Cahali, Dos alimentos, p. 521, 4ª ed., 2002, RT).

Nessa linha de pensamento, já se decidiu que "as mulheres, quando não incapazes, **devem trabalhar como todo mundo**, desvencilhando-se do ranço chauvinista que as impele a pedir alimentos e pensão ao ex-marido que, via de regra, desprezam e cuja companhia e nome adrede refugaram. Entre homens e mulheres não há nenhuma relação de superposição ou desigualdade (Constituição da República, artigo 5º, inciso I) que atraia de plano para qualquer deles, algum direito imanente e préadquirido de exigir sustento do outro" (Ap. Cível 194.611-1 - SP, rel. Cunha de Abreu, j. 4.11.93).

Portanto, inexistem razões de fato e de direito para a condenação na prestação da verba alimentar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9121627-42.2005.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é apelante HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MULTIPLO, são apelados ARLINDO DOS SANTOS SOBRINHO (E S/M) e ROSANGELA BOLE DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o revisor que declara, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25280)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente), SOUZA LOPES E IRINEU FAVA.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

LUIZ SABBATO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual Civil - Aplicação do artigo 543-C do Código de Processo Civil - Matéria decidida (limitação dos juros remuneratórios), que não foi objeto da apelação - Inaplicabilidade da afetação constante do RESP-STJ n. 1.061.530-RS. Reapreciação do recurso apenas no tocante à matéria apelada.

Contrato de crédito rotativo em conta corrente - Limite de crédito para uso eventual - Modalidade em que não ocorre contagem de juros sobre juros - Capitalização inexistente - Apelação provida.

VOTO

É revisional de contrato bancário, na modalidade de crédito rotativo em conta corrente, movimentada através de cheque especial.

A respeitável sentença julgou procedente em parte a ação, declarando ilegal a capitalização e ordenando o refazimento do cálculo com o expurgo da prática.

Seguiu-se apelo sustentado em inexistência da contagem de juros exponenciais.

Além de lhe negar provimento, a turma julgadora ingressou em parte não apelada da controvérsia, examinando a questão da limitação constitucional dos juros remuneratórios para, ao cabo, limitar "os juros ao máximo de 12% (doze por cento) ao ano".

Seguiu-se Recurso Especial por parte do estabelecimento bancário, endereçando censura não só à parte apelada como também à parte não apelada introduzida no julgamento de segundo grau.

Tocante à limitação constitucional dos juros remuneratórios, a Presidência da Sessão de Direito Privado da Corte suspendeu o processo em 17 de fevereiro de 2009, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, instaurado nos autos do RESP 1.061.530-RS.

Julgada a questão em definitivo pelo E. Superior Tribunal de Justiça voltaram os autos para reapreciação.

É o relatório.

De pronto releva anotar que a questão da limitação constitucional dos juros remuneratórios não foi objeto da apelação. Confira-se no pedido do apelante, deduzido às f. 170.

Anoto, ainda, que a própria sentença não fez limitação alguma dos juros

Acesso ao Sumário

remuneratórios. Confira-se na parte dispositiva, às f. 157.

Passo, pois, com exclusividade, à análise da alegação de capitalização, única matéria recorrida.

A capitalização é prática cuja alegação não se compadece com a modalidade do contrato em análise, de abertura de crédito rotativo em conta corrente, para ser movimentada através de cheque especial.

Cuida-se de mútuo ocasional, renovável mês a mês sempre em novas condições, cabendo ao mutuante canalizar recursos financeiros à conta do mutuário quando ostentar saldo devedor.

Voltando o saldo credor, ao cabo do mês se cobram os consectários e se resolve o contrato.

Sendo automática a renovação, quando aceita pelo interessado com financiamento do saldo devedor oferecido pelo próprio mutuante, não há que se falar em incidência de juros sobre juros, mas de juros sobre o novo capital mutuado.

Fala-se em capitalização na medida em que o novo financiamento é oferecido pelo mesmo agente financeiro.

Ora, caso houvesse recusa de financiamento pelo mesmo agente financeiro, obrigando o mutuário a buscar recursos para pagamento da dívida em outro estabelecimento de crédito, deste novo estabelecimento não seria exigível, obviamente, que desobrigasse o devedor de pagar juros sobre a parcela de juros constantes da dívida para com a instituição anterior.

Dir-se-ia, portanto, que a capitalização, embora ocorrendo com a primeira instituição, não estaria ocorrendo com a segunda, embora sobre os juros daquela esteja incidindo os juros desta.

É evidente o sofisma, pois a realidade mostra que o financiado, na verdade, qualquer que seja a instituição escolhida para refinanciar o saldo devedor, paga juros de qualquer forma não sobre juros, mas sobre um novo capital financiado.

Com essas considerações julgo IMPROCEDENTE a ação. Vencidos, arcarão os autores com o custeio do processo, bem assim com os honorários advocatícios que, ante o tempo decorrido e o trabalho de fôlego dos profissionais vencedores, arbitro por equidade em R$ 5.000,00.

É como dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Respeitosamente, ouso divergir da Douta Maioria, pelas razões que seguem.

A capitalização mensal ou diária de juros é vedada, nos termos da Súmula

121, do Supremo Tribunal Federal, salvo os casos em que há lei específica, como o das cédulas de crédito rural, industrial e comercial, ou, então, com fundamento na Medida Provisória n. 2.170/2001, desde que expressamente contratada, conforme entendimento do STJ:

> ***"Esta Corte já firmou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições financeiras, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, é possível a incidência de capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada. Portanto, para sua cobrança, é necessário estar evidenciado que o contrato fora firmado após 31/3/2000 e que o referido encargo tenha sido expressamente pactuado" (AgRg Resp 785927/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T).***

Conforme se verifica dos autos (fls. 117/121), o contrato foi celebrado entre as partes em data anterior à edição da referida Medida Provisória, fato que, por si só, exclui a possibilidade da cobrança de juros capitalizados em periodicidade inferior a um ano.

Desta feita, observa-se que agiu com acerto o digno Magistrado *a quo* ao determinar o refazimento dos cálculos sem a cobrança de juros capitalizados.

Meu voto, portanto, nega provimento ao recurso.

SOUZA LOPES, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0002069-55.2008.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é apelante MILK INDUSTRIA E COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA. EPP, é apelado NINES ARTESANALS D'ONIL S.L.

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 0195)**

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

São Paulo, 3 de setembro de 2013

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. DIREITO AUTORAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando

Acesso ao Sumário

a ré em se abster de comercializar produtos contrafeitos da autora, bem como indenização por danos materiais no valor correspondente a 3.000 (três mil) exemplares de cada espécie de produto - Insurgência da empresa ré - Sentença reformada.

1. Prejudicialidade externa - Ação de nulidade de registro no INPI - Causas de pedir e pedidos distintos - Inexistência da alegada prejudicialidade - Não acolhimento.

2. Propriedade intelectual industrial - Incidência da Lei 9.279/1996, não da Lei 9.610/1998 - Proteção ao aproveitamento industrial e comercial da obra artística (art. 8º, inciso VII, da Lei 9.610/1998) - Proteção por desenho industrial (art. 95 da Lei 9.279/1996) - Incidência das normas de proteção da propriedade industrial - Formas plásticas ornamentais das cabeças das bonecas com identidade - Ausência de registro, perante o INPI, em país com acordo firmado com o Brasil ou em órgão internacional (art. 109 c/c art. 16 da Lei 9.279/1996) - Não comprovação (art. 333, inciso I, do CPC) - Acolhimento.

3. Indenização - Ausência de concorrência desleal, por inexistência de registro do desenho industrial da apelada - Inexistência das hipóteses dos arts. 187, 188 e 195 da Lei 9.279/1996 - Ausência de presunção de dano em razão das peculiaridades do caso - Indenização por dano material e moral que depende de comprovação do prejuízo - Acolhimento. Recurso provido, para julgar improcedentes a ação principal e a cautelar. Sucumbência a cargo da autora, honorários fixados em R$ 10.000,00.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 536/546, proferida pela Mma. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Laranjal Paulista, Dra. ELIANE CRISTINA CINTO, cujo relatório se adota.

A r. sentença, em ação de abstenção de uso de direitos autorais cumulado com perdas e danos, julgou parcialmente procedente os pedidos da ação principal e totalmente procedente o pedido cautelar, tornando definitiva a busca e apreensão realizada; condenando a ré a se abster de comercializar os produtos

cuja cópia dos produtos da autora foi reconhecida, pena de multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) diários; e condenando a ré em indenização por danos materiais correspondentes a 3.000 (três mil) exemplares de cada produto da autora contrafeito, conforme valor da época da propositura da ação e em liquidação de sentença. Pela maior sucumbência, condenou a ré nas custas sucumbenciais e honorários arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformada, apela a ré (fls. 552/580) alegando, preliminarmente, a prejudicialidade externa do feito em razão de processo de nulidade de registro de desenho industrial em trâmite na Justiça Federal, nos termos do art. 265, inciso IV, alínea "a", do Código de Processo Civil. No mérito, sustenta que não haveria qualquer proteção de propriedade intelectual por meio da Lei de Direitos Autorais, Lei 9.610/1998, como quer a apelada, pois não protegida pelos artigos 7º e 8º dessa lei. Incidiria, na verdade, quanto ao desenho industrial das bonecas da apelada, os termos da Lei 9.279/1996, em relação à qual a apelada não teria qualquer proteção, pois sem registro no INPI. Colaciona trechos do Decreto 2.675/1949, que introduziu no ordenamento pátrio a Convenção sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, conforme o qual não haveria proteção industrial ao direito autoral da apelada, nos termos do art. IV, 3. Afirma que o perito teria reconhecido que a análise do conjunto das bonecas ficara prejudicada, em razão da ausência de modelos dos corpos das bonecas, de modo que não se poderia partir à discussão da identidade apenas das cabeças. Alega que não haveria proteção de direito de autor em razão da verossimilhança como crianças reais, sem nenhum traço distintivo ou inusitado, inexistindo valor artístico para proteção na forma da Lei 9.610/1998, mas apenas inserida no caráter industrial do produto e protegida pela Lei 9.279/1996, proteção não gozada pela apelada. Afasta também a concorrência desleal em razão da não identidade do conjunto dos produtos, bem como da não proteção de propriedade industrial e da não comercialização no mesmo mercado. Por fim, afirma também não existir qualquer indenização cabível em danos materiais, pois comercializara seu produto com proteção do INPI ou que, sendo cabível a indenização, seu *quantum* deveria se basear no valor dos produtos vendidos, nos termos do *caput* do art. 103 da Lei 9.610/1998, facilmente apuráveis pela contabilidade da apelante, e apenas quanto à obra artística violada, ou seja, somente a cabeça. Requer a integral reforma da sentença, para se afastar a condenação da apelante, ou, subsidiariamente, a reforma parcial para se reduzir o número de exemplares do produto estabelecido como base de cálculo da indenização de danos materiais, bem como sua fixação apenas quanto ao valor das cabeças das bonecas.

Recurso tempestivo e bem preparado.

Contrarrazões a fls. 608/629.

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Preliminar de suspensão do feito

Afasta-se a preliminar de prejudicialidade externa e a necessidade de suspensão do feito.

Embora se discuta nos processos o registro de desenho industrial da apelante, os pedidos são distintos, tendo em vista que um se refere à nulidade do registro no INPI e nesta sede busca-se abstenção de uso de propriedade intelectual, tanto industrial quanto de direito de autor.

Não acolhida a preliminar.

Propriedade intelectual

Em primeiro lugar, deve-se distinguir as situações de proteção à propriedade intelectual, por aplicação da Lei 9.279/1996 ou da Lei 9.610/1998.

No caso, não se trata de aplicação da Lei 9.610/1998, mas sim da Lei 9.279/1996. Apesar de a apelada afirmar que teria criado personagens que inspiraram as bonecas comercializadas, não há na verdade a proteção estrita do direito autoral, apartado da propriedade industrial.

As "personagens" em questão inspiraram uma série de produtos distintos da apelada, conforme fls. 67/90 da cautelar em apenso, como a própria apelante afirma, especificamente, as bonecas "Abú", "Caperucita", "Blanca", "Simón", "María", "María Organdí", "Sabela", "María Terciopelo", "Star".

Essa amplitude de inspiração das "personagens" afasta a aplicação da Lei 9.610/1998, tendo em vista os termos do artigo 7º, inciso VIII, e especialmente do art. 8º, inciso VII, dessa lei.

Conforme laudo pericial de fls. 205/399, os produtos de ambas as partes possuem verossimilhança marcante com crianças e bebês reais, sem traços inusitados de configuração de um personagem, o que afasta a configuração de simples direito autoral protegido pela Lei 9.610/1998.

A proteção no caso, como dito, decorreria da Lei 9.279/1996, de propriedade intelectual industrial, de proteção jurídica mais rigorosa em seus requisitos do que aquela do direito autoral, regido pela da Lei 9.610/1998.

Confira-se o teor do artigo 95 da Lei 9.279/1996:

> Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

É exatamente a hipótese dos autos.

Trata-se de saber se as bonecas comercializadas e produzidas pela apelada gozam de proteção de propriedade industrial, na forma de desenho industrial, de

maneira a impedir a comercialização dos produtos da apelante.

De acordo com a prova pericial, as cabeças das bonecas da apelante são idênticas em todos seus sinais distintivos às cabeças das bonecas da apelada. A "forma plástica ornamental" do objeto aplicado aos produtos, portanto, é a mesma.

Além disso, há comprovação de que a apelada produz seus brinquedos há mais tempo do que a apelante, tendo criado as bonecas anteriormente.

A proteção da propriedade industrial em questão, porém, na forma de desenho industrial, não decorre unicamente da existência das características distintivas do desenho e do tempo de sua aplicação industrial em produtos. É necessário o registro válido do desenho industrial para a aquisição da propriedade intelectual, nos termos do art. 109 da Lei 9.279/1996.

A esse propósito, inexiste qualquer prova de que a apelada possui registro validamente registrado. Ela não apresenta qualquer registro formal dos desenhos indicados, simplesmente referindo- se a catálogos próprios de sua comercialização.

Poderia ser o caso de a apelada possuir proteção em seu país de origem (Espanha), no OEPM, aplicando-se as disposições do art. 16 da Lei 9.279/1996 quanto à prioridade de registro no Brasil por acordo bilateral com aquele país.

Inexiste, entretanto, qualquer comprovação de que a apelada possua efetivamente registro do desenho industrial das cabeças das bonecas em questão, quer no Brasil, quer na Espanha, ou mesmo na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, portanto, a apelada deixou de comprovar o fato constitutivo de seu direito, levando-se à conclusão de improcedência de seu pedido.

A simples comprovação da semelhança das feições das cabeças das bonecas, sem a proteção necessariamente concedida pelo registro de seu desenho industrial, não leva à imposição de abstenção de produção e comercialização de qualquer produto que se use da mesma "forma plástica ornamental".

Sem registro formal, a propriedade do desenho não é nem da apelada, nem da apelante, há na verdade seu domínio público, podendo ser utilizado por qualquer interessado.

Dessa forma, inexiste o alegado direito autoral da apelada, sendo improcedente o pedido de abstenção de comercialização das bonecas da apelante.

Indenização por concorrência desleal

Inexistindo qualquer proteção à propriedade intelectual da apelante, descabe falar de concorrência desleal, tanto na forma da Lei 9.610/1998, quanto da Lei 9.279/1996.

Acesso ao Sumário

Não há nenhuma das hipóteses dos artigos 187, 188 e 195 da Lei 9.279/1996, afastando-se a concorrência desleal da apelante, ou o uso indevido dos formatos distintivos dos produtos da apelada. Da mesma maneira, sem a proteção do desenho industrial, a apelada não pode exigir indenização pelo uso indevido de seu objeto, nos termos do art. 44, combinado com o art. 109 da Lei 9.279/1996.

Veja-se, além disso, que a apelante comercializa as bonecas com características funcionais e constitutivas diversas daquelas dos produtos da apelada. Mesmo as feições das cabeças sendo idênticas, os corpos, roupas e acessórios, bem como as embalagens são distintas.

Segundo orientação do E. STJ, não é todo uso indevido de marca que gera presunção de dano, mas somente aquele "*capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e consequente desvio de clientela*"[1] para o caso de dano material, ou "*vulgarização da marca vítima de contrafação*"[2] em decorrência, por exemplo, da falsificação de produtos, em relação ao dano moral.

No caso, não há também qualquer comprovação quanto ao mercado consumidor das partes, não se podendo presumir que ambas concorressem na mesma base territorial (a apelada é empresa espanhola, com catálogo de produtos todo no idioma espanhol, sendo que a apelante é empresa nacional, com catálogo em português).

Evidente, assim, que não houve desvio de clientela, tampouco perda patrimonial a ser ressarcida (arts. 208 e 210 da Lei 9.279/1996), uma vez que não se verificou prova de locupletamento da apelada, às custas da apelante.

Semelhante raciocínio se aplica também no que diz respeito ao dano moral. Isso porque os elementos dos autos revelam não ser possível presumir, a partir da conduta da apelada, concorrência parasitária, vulgarização da marca ou atentado à honra objetiva da apelante.

Não se vislumbrando similitude completa entre produtos, com diferenças aptas a possibilitar ao consumidor distinguir ambas as marcas, bem como sem comprovação quanto à concorrência na mesma base territorial, a indenização à apelada deve ser afastada.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso, reformando-se a sentença para se julgar totalmente improcedente a ação, condenando-se a autora apelada no pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00 (Art. 20, § 4º, CPC), para ação principal e cautelar. Com a improcedência da ação principal, pelos motivos acima expostos, deve também

1 REsp 1174098/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 15/08/2011.

2 AgRg no AREsp 51.913/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012.

ser julgada improcedente a ação cautelar em apenso, cassando-se a liminar concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000519-41.2009.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante HSG COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA ME, é apelado CÁCERES ESCOBAR REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 20ª 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 25721)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA E LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Nulidade da sentença - Inocorrência - Produção de demais provas - Desnecessidade - Prova pericial - Dispensabilidade - Farta prova documental existente nos autos, suficiente para a convicção do julgador - Julgamento antecipado - Admissibilidade - Preliminar rejeitada.

AÇÃO MONITÓRIA - Contrato de prestação de serviços - Desenvolvimento e hospedagem de "website" - A ação monitória tem por base prova escrita, sem eficácia de título executivo - Prova escrita existente e demonstrada - Inadimplemento contratual por parte da Autora - Não comprovação - Ônus da Ré-embargante - Ação procedente - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Recurso de apelação interposto contra a sentença que rejeitou os embargos ao mandado monitório e julgou procedente "*o pedido contido na ação monitória, constituindo a presente em título executivo judicial, consistente na*

condenação da embargante ao pagamento de R$ 19.910,00, valor remanescente do contrato de fls. 07/10, com incidência de correção monetária a contar de abril de 2009 e juros moratórios de 1% ao mês, da citação." (cf. fl. 105verso). A Ré-embargante foi condenada, ainda, ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total deste título executivo atualizado.

Alega preliminarmente a Ré-embargante, ora Apelante, a nulidade da sentença por conta de ter sido cerceado seu direito de defesa, uma vez que o Magistrado *a quo* sentenciou o feito antes de "*conferir a apelante o direito de produzir as provas por elas prestadas, tornando nula a sentença de mérito*" (cf. fl. 126). Sustenta que, por não haver recebido o objeto do contrato no prazo estipulado, "*deixou de cumprir sua obrigação de efetuar o pagamento das parcelas posteriores a primeira*", exercendo, assim, um exercício regular de direito (cf. fl. 127). Assevera que "*não foi comprovado a entrega do objeto do contrato no prazo estipulado na cláusula terceira do contrato em questão*", razão pela qual deixou "*de efetuar o pagamento das parcelas vincendas*" (cf. fl. 128) e pugna pela ilegalidade da cobrança feita pela Autora, ora Apelada.

Apelo tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. Ao contrário do que sustenta a Ré-embargante, não havia qualquer impedimento para que o juiz da causa sentenciasse desde logo, por entender suficientemente instruída a matéria deduzida nos autos.

A prova documental colacionada era suficiente ao deslinde da controvérsia e autorizava o julgamento antecipado, pois a linha de raciocínio desenvolvida no julgado dependia apenas de interpretação do juiz acerca das regras jurídicas aplicáveis a caso suficientemente instruído por documentos, sem estar conectada a qualquer ponto que justificasse a produção de outras provas.

> "*A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado*" (cf. RE 101.171-SP, em RTJ 115/789).

Para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova, faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Daí a rejeição da preliminar de cerceamento de defesa.

2.2. Quanto ao mérito, melhor sorte não tem a Ré-embargante.

Cuida-se de ação monitória fundada em contrato de prestação de serviços

de desenvolvimento e hospedagem de *website*, motivada pela falta de pagamento das prestações, embora tenha sido executado o serviço.

Para os casos de negócios jurídicos em que a parte credora possui documento que, embora destituído de força executiva, representa uma quase certeza do direito creditício, a Lei nº 9.079/95 introduziu na sistemática processual o procedimento monitório, com o claro objetivo de acelerar a formação do título executivo.

Assim, nos termos do art. 1.102a, do CPC, "*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*".

Logo, requisito essencial da ação monitória é a existência de prova escrita sem eficácia de título executivo, ou seja, o documento idôneo à comprovação do crédito alegado.

Consta dos autos que as partes celebraram um Contrato de Prestação de Serviços, cujo objeto era "*o projeto de desenvolvimento, hospedagem, manutenção e monitoramento do site institucional, sistema de B2B e e-commerce*" da Ré-embargante (cf. fls. 7-10). Referido contrato foi rubricado e assinado por ambas as partes, sendo que a firma da contratante, no caso a Ré-embargante, foi reconhecida por Tabelião (cf. fl. 10verso).

Assim, há nos autos tal prova escrita, isto é, o contrato celebrado entre as partes, atendendo a Autora o requisito essencial da ação monitória, que é a existência de prova escrita sem eficácia de título executivo, mas idônea à comprovação do crédito alegado.

> "*Pode parecer que prova escrita seja somente o documento proveniente de uma das partes ou seu representante, ou que tenha sido por eles elaborados ou, se mandados fazer, por eles assinado. Esse entendimento, no entanto, não traduziria em toda a sua extensão o alcance dessa prova. Para Amaral Santos, 'Essencial é que a parte, contra qual é invocado o escrito, pelo fato material da sua participação no escrito ou por sua atuação, considerando como suas as declarações nele contidas, tenha reconhecido que são verossímeis os fatos que do escrito decorrem; é que são apreciadas como 'começo de prova' não só os escritos feitos e assinados pela pessoa contra quem se invocam, ou por ela apenas feitos ou somente assinados, como também os escritos que a parte, ou seu representante, haja tacitamente reconhecido como próprios por produzi-los em juízo'*" (J. E. Carreira Alvim, "Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual", Del Rey, 2ª ed., revista e atualizada, p. 39).
>
> Há mais.
>
> "*Considerando as conseqüências que advêm do mandado*

Acesso ao Sumário

monitório, mormente quando se convola em título executivo judicial em razão da inércia do réu, exige-se para sua emissão uma pretensão particularmente qualificada, daí a necessidade de apresentação, pelo autor, de prova documental escrita que, embora não tipifique um título executivo extrajudicial, autorize, apenas com lastro nela, uma 'cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa' e permita ao juiz, desde logo, a formação de um convencimento acerca da existência do crédito - muito embora pautado, convém dizer, em um grau de probabilidade de menor intensidade que aqueles ostentados pelos títulos executivos extrajudiciais" ... "A variedade da prova documental hábil a instruir a petição inicial é atestada pela doutrina brasileira, ao indicar, como exemplos, a sentença meramente declaratória e os títulos de crédito fulminados pela prescrição, o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os vales, reconhecimentos de débito em contas e faturas, confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados, documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros, as cartas ou bilhetes de que se possa inferir confissão de dívida e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito) ou títulos de crédito a que falte algum requisito exigido por lei, a transação escrita sem referendum, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante de entrega da mercadoria, a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços etc" (Antonio Carlos Marcato, O Processo Monitório Brasileiro, Malheiros Editores, SP, 1998, p. 63 e 65).

Evidente que a credora - como titular de crédito reconhecido no contrato - pode cobrar em ação própria o valor correspondente devido pela Ré- embargante.

Pois bem.

É incontroverso que o serviço - bem ou mal, mal ou bem - foi prestado, já que a Ré-embargante não nega o fato. Ela se limita a afirmar que houve inadimplemento contratual por parte da Autora, seja pelo atraso na conclusão do serviço, seja por sua má execução.

A própria Ré-embargante afirma em seus embargos monitórios que "*importante salientar que* ***os referidos serviços não foram prestados de forma adequada, não sendo entregue o serviço contratado dentro do prazo estipulado***" e também que deixou de "*efetuar o pagamento das parcelas vincendas, já que* ***o serviço não estava sendo entregue da maneira acordada***" (cf. fl. 29 - destaques inseridos). Tem-se, portanto, que o serviço foi sim prestado.

Nada nos autos, contudo, é capaz de atestar, com a certeza necessária, as alegações trazidas pela Ré-embargante.

Se, na monitória - que no direito brasileiro é essencialmente documental

-, o autor traz os documentos indispensáveis para provar a condição de credor do réu, nos embargos cabe ao réu desconstituir a presunção que milita em favor do autor, utilizando-se dos meios de prova disponíveis em direito.

Isso significa que a repartição do ônus da prova, no processo monitório, não foge à regra do art. 333, I e II, do CPC, incumbindo ao autor a prova do fato constitutivo (específico) do seu direito, prova essa que deve produzir, necessariamente, com a petição inicial, na primeira fase do procedimento; e ao réu incumbe, na segunda fase do procedimento (os embargos monitórios), a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

> "*Ao conceder a tutela monitória, o magistrado formula juízo de verossimilhança em favor do autor. A partir de então e em qualquer caso - considerem-se os embargos 'ação' ou 'contestação' -, passa a ser ônus do réu destruir o juízo de verossimilhança inicialmente estabelecido. Há entendimento assente em direito probatório de que, quando se forma presunção em favor de uma das partes, cabe à adversária demonstrar o desacerto dessa presunção (conferir, por todos: Barbosa Moreira, A presunção ..., p. 60, e Dinamarco, A instrumentalidade..., p. 245). Essa noção igualmente é aplicável aos juízos de probabilidade: é ônus do réu no procedimento monitório provar que as coisas não ocorreram como parecem ter ocorrido (o que não exclui que ele se desincumba desse encargo através de 'provas indiretas')*" (cf. Eduardo Talamini, Tutela Monitória, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 149).

Na espécie, o juízo de verossimilhança a respeito do crédito da Autora se formou com os documentos acostados à petição inicial (cf. fls. 7-10 e 56-71), cabendo à Ré-embargante o ônus de desconstituir tal juízo nos seus embargos, demonstrando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Autora.

A prova dos autos, contudo, não esclarece se os serviços objeto desta ação, incontestavelmente prestados pela Autora, teriam sido realizados com atraso ou de modo inadequado, pois a Ré-embargante se limita a acostar aos autos contrato com uma outra empresa estranha à lide para a realização do serviço (cf. fls. 42-43).

É preciso observar que à Ré-embargante foi dada toda a oportunidade para realizar a prova necessária, mas não o fez.

Sem prova robusta e convincente dos fatos que alega, a Ré-embargante não logrou êxito em romper o juízo de verossimilhança que decorre da prova pré-constituída apresentada pela Autora da ação monitória, de modo que sua procedência é de rigor.

Nada impede, evidentemente, que a Ré-embargante busque a condenação da Autora ao pagamento da multa contratual, desde que comprove ter o direito

Acesso ao Sumário

em ação própria.

Subsiste integralmente a sentença.

3. Negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004191-25.2009.8.26.0115, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes SEBASTIÃO JOSÉ COLOMBO (JUSTIÇA GRATUITA), ROSMARIA COLOMBO MONTEIRO e DEVANIL COLOMBO, é apelada MARIA JOSÉ TORRES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 20ª 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 16041)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente), ÁLVARO TORRES JÚNIOR E CORREIA LIMA.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: POSSESSÓRIA - Não caracteriza esbulho possessório o uso e a ocupação exclusivos pelo cônjuge ou convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por casamento ou união estável, do imóvel em que residiam, quando do óbito, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar, em razão do direito real de habitação, por aplicação do disposto nos arts. 1º, III, 6º, caput, e 226, § 3º, da CF, art. 1.831, do CC/2002, e art. 7º, § único, da LF 9.276/96, uma vez que esse direito prevalece e pode ser oposto aos herdeiros do de cujus, ainda que compossuidores e comproprietários - Comprovado o exercício de posse justa pela ré, oriunda do direito real de habitação, assegurando ao convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por união estável, do imóvel em que residiam, quando do óbito, direito este que prevalece e pode ser

Acesso ao Sumário

oposto aos autores herdeiros do convivente falecido, ainda que compossuidores e comproprietários, restou configurada a inexistência da prática de esbulho pela ré, impondo-se, em consequência, manutenção da r. sentença recorrida, que julgou improcedente a ação. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 173/176, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente, condenando os autores ao pagamento dos encargos de sucumbência, com a ressalva de suspensão da inexigibilidade ante a concessão do benefício da assistência judiciária.

Apelação dos autores (fls. 179/184), sustentando que: (a) "por força de herança são os legítimos detentores do imóvel"; (b) "restou comprovado que o imóvel adquirido em 1987, pelo de cujus, pais dos apelantes, e na ocasião casado com a genitora dos mesmos"; (c) "a r. sentença de fls. decidiu pela improcedência do pedido, atribuindo falta de condições legítimas de ação, diante da inexistência do esbulho possessório, dada a existência de união estável por 10 anos com o falecido e a inviabilidade de ser cobrado locativo" e "justificou ainda que o direito real de habitação é cabível no caso em tela"; (d) "a própria decisão é contraditória, uma vez que afirma categoricamente que a "ré não é herdeira e muito menos proprietária do imóvel" "; (e) "a união estável não foi reconhecida, e mesmo dito de que a apelada não tem qualquer documento que a assegure disso"; (f) "a tese de que o direito de moradia não se aplica a companheiro sobrevivente encontra suporte em grandes nomes do direito brasileiro"; (g) "o imóvel não foi adquirido durante a união estável eis que quando iniciada a união estável, o imóvel estava parcialmente partilhado, pois o imóvel foi partilhado em 1987, quando faleceu a genitora dos apelantes, ocorrente a união estável somente após este evento"; (h) "o companheiro da mesma forma e pela mesma razão, não terá direito a comunhão dos bens adquiridos anteriormente a união estável"; (i) "para a aquisição de direito real de habitação não há a necessidade de registro notarial da aquisição da posse, contudo para a manutenção de tais direitos, é necessária que seja feita a inscrição no respectivo serviço notarial nos termos do artigo 1.227 do Código Civil"; e (j) "apesar da possível existência do direito, esse direito só existe quando o patrimônio é adquirido na constância da união estável, o que de fato não ocorreu, sendo certo que o patrimônio foi adquirido anteriormente a união estável, e o pior, já havia a meação, em razão do falecimento da genitora dos apelantes, ocorrida em 1987".

A apelação foi recebida (fls. 185) e processada, com resposta da ré (fls.

Acesso ao Sumário

187/191), insistindo na confirmação da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão dos apelantes é de reforma da r. sentença para julgar procedente a ação de reintegração de posse.

2. Mantém-se a r. sentença recorrida.

2.1. Na ação de reintegração de posse cabe ao possuidor esbulhado, a fim de ser restituído na posse da coisa (art. 1210, do CC/2002, correspondente ao art. 499, do CC/1916), a prova dos requisitos previstos no art. 926, do CPC.

Como explica Arnaldo Rizzardo: "A proteção no caso de esbulho vem garantida nos dispositivos antes citados - art. 926 do Código de Processo Civil e art. 1.210 do Código Civil (art. 499 do Código Civil revogado) (...) Três pressupostos sobressaem: a) deverá o possuidor esbulhador ter exercido uma posse anterior; b) a ocorrência de esbulho da posse que alguém provoca; c) a perda da posse em razão do esbulho. Pratica esbulho quem priva outrem da posse, de modo violento ou clandestino, ou com abuso de confiança. E para conseguir a reintegração, exige-se que o autor prove os seguintes requisitos: a) a posse que exerceu sobre a coisa; b) a existência de esbulho; c) a perda da posse; d) a data em que ocorreu o esbulho, a fim de postular a reintegração liminar, data em que deve ser de menos de ano e dia." ("Direitos das Coisas", 3ª ed., Forense, 2007, RJ, p. 105).

2.2. Não caracteriza esbulho possessório o uso e a ocupação exclusivos pelo cônjuge ou convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por casamento ou união estável, do imóvel em que residiam, quando do óbito, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar, em razão do direito real de habitação, por aplicação do disposto nos arts. 1º, III, 6º, caput, e 226, § 3º, da CF, art. 1.831, do CC/2002, e art. 7º, § único, da LF 9.276/96, uma vez que esse direito prevalece e pode ser oposto aos herdeiros do *de cujus*, ainda que compossuidores e comproprietários.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** "DIREITO CIVIL. **DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJUS. 1.- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos.** 2.- Recurso Especial improvido." (STJ - 3ª Turma, REsp 1134387/SP, rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, m.v., j. 16/04/2013, DJe 29/05/2013, o destaque não consta do original); **(b)** "**DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N.**

Acesso ao Sumário

9.278/96. RECURSO IMPROVIDO. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. **O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.** 4. Recurso improvido." (STJ - 4ª Turma, REsp 1156744/MG, rel. Min. Marco Buzzi, v.u., j. 09/10/2012, DJE 18/10/2012, o destaque não consta do original); **(c)** "**DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.** 4.- Recurso Especial improvido." (STJ - 3ª Turma, REsp 821660/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. 14/06/2011 DJe 17/06/2011 REVPRO vol. 202 p. 496 RIOBDF vol. 67 p. 169 RIOBDF vol. 77 RMDCPC vol. 43 p. 109 RSTJ vol. 223 p. 290, o destaque não consta do original); **(d)** "**UNIÃO ESTÁVEL. 1) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, NA RESIDÊNCIA EM QUE VIVIA O CASAL. EXISTÊNCIA DE OUTRO IMÓVEL RESIDENCIAL QUE NÃO EXCLUI ESSE DIREITO.** 2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...).

Acesso ao Sumário

3) RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. **1.- O direito real de habitação, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7º da Lei 9287/96, incide, relativamente ao imóvel em que residia o casal, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar.** 2.- Esta Corte admite a revisão de honorários, pelo critério da equidade (CPC, art. 20, § 4º), (...) 3.- **Recurso Especial conhecido, em parte, e nessa parte provido, reconhecendo-se o direito real de habitação, relativamente ao imóvel em que residia o casal quando do óbito,** bem como elevando-se o valor dos honorários advocatícios." (STJ - 3ª Turma, REsp 1220839/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. 19/06/2012, DJe 27/06/2012, o destaque não consta do original); e **(e)** "**Direito real de habitação. Ação possessória. Artigos 718, 748, 1.611, § 2º, e 1.572 do Código Civil de 1916. 1. O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação.** 2. Recurso especial conhecido e provido." (STJ - 3ª Turma, Resp 616027/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 14/06/2004, DJ 20/09/2004 p. 293, o destaque não consta do original).

No mesmo sentido, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** "POSSESSÓRIA Reintegração de posse Imóvel Posse do autor derivada de sucessão causa mortis **Posse da ré advinda de união estável mantida com o de cujus e, após, o óbito, decorrente do direito real de habitação Inteligência dos artigos 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 e 1.831 do Código Civil de 2002 Composse, em tese, admitida** Exegese do artigo 1.199 do Estatuto Civil **Prevalência do direito real de habitação da companheira sobrevivente sobre o direito dos demais herdeiros compossuidores** Interpretação sistemática Pluralidade de imóveis do espólio que não obsta a integridade do direito real de habitação da viúva no imóvel destinado à residência da família Exegese sistemática do instituto - Improcedência Recurso improvido. VOTO: "**A preferência do exercício da posse é da recorrente, cônjuge sobrevivente, em detrimento do direito dos demais herdeiros e compossuidores, porque o direito real de habitação especial veio a lume para garantir a proteção à viúva assegurando-lhe a permanência tranquila no imóvel onde viveu com o 'de cujus'.** Delineado doutrinariamente o instituto do direito real de habitação especial, fica evidenciado que o pedido reintegratório postulado pela recorrente encontra respaldo no ordenamento jurídico, porque a todo o direito deverá corresponder uma ação para garantir seu exercício. Nesse passo, cabe à recorrente o direito exclusivo de habitar a casa sem qualquer interferência do herdeiro, ficando afastado temporariamente, qualquer outro direito no que se refere à residência do cônjuge sobrevivente" (20ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado, Apelação nº 9236326-41.2008.8.26.0000, rel. Des. Correia Lima, j. 20.08.2012, o destaque não consta do original); e **(b)** "Possessória **Reintegração de posse Caso em que deve ser reconhecido o direito real de habitação em favor da ré Art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 - Reconhecida existência de união estável entre a ré e o falecido Pedro Costa Incontroverso que a ré residia no imóvel discutido com o falecido Pedro Costa.** Possessória Reintegração de posse - Fato de a ré ser usufrutuária de outro bem imóvel, cuja nua-propriedade pertence ao filho do casal, que não tem o condão de suprimir o aludido benefício Art. 1.831 do atual CC - **Hipótese em que, uma vez reconhecido o direito real de habitação em favor da ré, forçoso concluir-se pela inexistência da prática de esbulho** Ação de reintegração de posse improcedente Apelo provido" (23ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9170736-88.2006.8.26.0000, rel. Des. José Marcos Marrone, j. 19.10.2011, o destaque não consta do original).

2.3. A presente ação de reintegração de posse encontra-se lastreada na alegação de que: (a) o imóvel objeto do litígio foi adquirido pelos pais dos autores; (b) a ré reside no imóvel em razão de união estável contraída com o pai dos autores por período de mais de 10 anos; (c) com o falecimento dos pais dos autores, o imóvel foi entre eles dividido; (d) ausente interesse dos autores na permanência da ré no imóvel e (e) comunicada verbalmente para proceder à desocupação, a ré quedou-se inerte.

2.4. Quanto à matéria de fato, diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, reconhece-se que: (a) a ré conviveu com o pai dos autores, em regime de união estável, de 1990 até 14.08.2001, data do falecimento outro integrante do casal; e (b) o imóvel objeto do litígio servia de residência do casal à época do óbito do convivente da ré e pai dos autores, imóvel este era o único residencial do casal pelo que se infere dos autos do respectivo inventário juntado aos autos.

2.5. Aplicando-se as premissas supra explicitadas ao caso dos autos, é de se reconhecer que a permanência da ré no uso e ocupação exclusivos do imóvel objeto da ação não caracteriza esbulho, pois justa a posse dela, porquanto oriunda do direito real de habitação, assegurando ao convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por união estável, do imóvel em que residiam, quando do óbito, direito este que prevalece e pode ser oposto aos herdeiros do convivente falecido, ainda que compossuidores e comproprietários.

Inconsistentes as alegações dos autores de que a ré não teria direito à posse do imóvel, porquanto este foi adquirido antes da união estável contraída com o pai dos autores, porquanto se exige apenas que o imóvel tenha sido destinado à residência do casal para que seja constituído o direito real de habitação, fato que restou incontroverso nos autos.

Acesso ao Sumário

Quanto a estas questões, ausente argumento hábil dos apelantes para demonstrar o desacerto do r. ato judicial recorrido, para evitar inútil tautologia e como autoriza o art. 252, do RITJ, adota-se a fundamentação da r. sentença recorrida, muito bem lançada pelo MM Juiz de Direito, Dr. Marcel Nai Kai Lee, como razão de decidir e que se transcreve:

> "(…) As partes não divergem quanto ao fato de que o falecido Sr. Sebastião Colombo viveu em união estável com a ré durante dez anos.
>
> Não se discute que o imóvel foi adquirido antes da união estável, conforme prova a escritura pública de fls. 22.
>
> O imóvel pertencia exclusivamente ao Sr. Sebastião Colombo e, com seu óbito, foi inventariado e partilhado entre seus herdeiros, ora autores.
>
> A ré não é herdeira e muito menos proprietária do imóvel.
>
> Entretanto, a ação é improcedente por outro motivo.
>
> Na qualidade de companheira do falecido, a ré tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual vivia o casal, o que nada interfere no direito de propriedade dos autores.
>
> Referido direito de habitação, que decorre do disposto no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, afasta qualquer caráter de esbulho na posse da ré, que é legítima.
>
> Também por este motivo é que é improcedente o pedido de indenização por perdas e danos, com a fixação de valor dos aluguéis (contraprestações inexistentes no direito real de habitação).
>
> Na qualidade de proprietários, nada impede que os autores até mesmo vendam o imóvel; contudo, o direito real de habitação da ré, que decorre de lei, deverá ser respeitado.
>
> No sentido da decisão aqui prolatada: "Apelação - Reintegração de posse - Improcedência - Manutenção em parte. **Reconhecimento de união estável 'post mortem' que confere à ré o direito real de habitação no imóvel usado como residência do casal** - Não extensão, entretanto, ao imóvel utilizado como oficina do *de cujus*. Recurso provido em parte" (TJSP, Apelação nº 9062100-62.2005.8.26.0000. Relator: Walter Fonseca. 11ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 1.12.2011. Data do registro: 20.12.2011). Nossa a ressalva (…)"

Observo 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,**

Acesso ao Sumário

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).

2.6. Destarte, comprovada o exercício de posse justa pela ré, oriunda da direito real de habitação, assegurando ao convivente sobrevivente, após falecimento do outro integrante do casal, por união estável, do imóvel em que residiam, quando do óbito, direito este que prevalece e pode ser oposto aos autores herdeiros do convivente falecido, ainda que compossuidores e comproprietários, restou configurada a inexistência da prática de esbulho pela ré, impondo-se, em consequência, manutenção da r. sentença recorrida, que julgou improcedente a ação.

3. Em resumo, o recurso deve ser desprovido. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0917034-32.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante TRANSNETO ARARAQUARA TRANSPORTE LTDA, são apelados MARIO MARQUES DE JESUS e IRENE DURÃO MARQUES DE JESUS.

ACORDAM, em 14ª 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 34980e)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente) e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: *EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. INCIDÊNCIA SOBRE PERCENTUAL DE ALUGUÉIS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DO REAL BENEFICIÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Em embargos de terceiro, controvertem as partes

Acesso ao Sumário

acerca do real beneficiário dos alugueres penhorados em ação executiva.

2. O arcabouço probatório, no entanto, evidencia a ocorrência de fraude à execução.

3. Conforme apurado nos autos, havia uma parceria entre os embargantes e os devedores (filho e nora deles), na qual os primeiros eram os proprietários do terreno onde os segundos estabeleceram o comércio devedor.

4. Após a citação dos devedores, houve a celebração de contrato de locação do estabelecimento comercial, com a inserção de terceiro (filho dos executados e neto dos embargantes), como beneficiário da parte dos locativos cabíveis aos devedores.

5. Em razão disso, reconheceu-se a ocorrência de fraude à execução, determinando-se o restabelecimento da penhora incidente sobre percentual dos aluguéis, com condenação dos embargantes por ato atentatório à dignidade da Justiça.

6. Recurso provido.*

VOTO

A r. sentença de fls. 155/157 e 163, cujo relatório ora se adota, julgou procedentes os embargos ofertados por Mário Marques de Jesus e Irene Durão Marques de Jesus à execução que Transneto Araraquara Transportes Ltda. move contra Ideal Combustíveis e Automotivos Ltda., Flávio Durão Marques de Jesus e Célia Aparecida de Camargo Marques de Jesus, a fim de desconstituir a constrição incidente sobre metade dos aluguéis mensais do estabelecimento comercial descrito nos autos.

Irresignada apela a embargada arguindo, preambularmente, a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa. No mérito, insiste na ocorrência de fraude à execução e no restabelecimento da constrição, com a condenação dos embargantes por ato atentatório à dignidade da Justiça e também por litigância de má-fé. Pugna pela anulação do julgado ou por sua reforma para a rejeição dos embargos, com a cominação de penalidade pecuniária.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O inconformismo da recorrente prospera.

Em **abril de 2009** ela ajuizou execução com base em cheques emitidos

Acesso ao Sumário

no **ano de 2008** pela executada principal (de propriedade do casal codevedor Flávio e Célia, filho e nora dos embargantes, cf. ficha cadastral reproduzida às fls. 65), em razão da compra de combustíveis.

De acordo com o documento acima mencionado, a executada estaria situada desde o início de suas atividades, em **novembro de 2002**, na Av. Maria Antonia Camargo de Oliveira, 921, na cidade de Araraquara, interior do Estado.

Chegando ao seu conhecimento que o imóvel estaria alugado a terceiros, a exequente requereu a penhora sobre a parte supostamente cabível ao executado Flávio sobre os respectivos aluguéis.

Os embargantes, no entanto, dizem-se beneficiários daquele crédito.

Para justificar suas teses, apresentaram certidão da matrícula do imóvel (fls. 14/17), que comprovaria a propriedade deles sobre o bem.

Também instruíram os embargos com cópia de um contrato de locação, celebrado em **janeiro/2010**, em que eles, de fato, figuram como locadores do bem. Os locatários seriam o casal Evandro Ricardo Preiss e Silvia Stracieri Janchevis Preiss. (cf. fls. 10/13).

Apesar disso, de acordo com aquele instrumento contratual, o pagamento dos aluguéis seria repartido igualmente em três contas bancárias diferentes: na de propriedade do embargante Mário, na do seu filho Mário Jr. e na de seu neto Henrique Duran Marques de Jesus (filho dos coexecutados Flávio e Célia).

O documento foi impugnado e, instado a apresentarem o original, eles informaram que ele se encontraria juntado em ação de despejo por falta de pagamento por eles movida contra os locatários. Razão pela qual o ilustre magistrado facultou à embargante a análise daqueles autos.

Às fls. 128/133, contudo, ela demonstrou que aquele feito fora instruído com cópia autenticada. Razão pela qual insistiu na apresentação do original. Os embargantes, todavia, informaram que o original estaria nos autos dos embargos de terceiro nº 0917035-17.2012.8.26.0037 (fls. 137).

De outro lado, em **19.9.2012**, por ocasião da penhora sobre suposto direito de Flávio sobre os locativos do imóvel, o senhor oficial de justiça certificou que no local estaria instalada a Ecowey III Auto Posto, representada por Regynaldo Willian da Silva Braga (cf. fls. 36).

A tentativa de intimação de Regynaldo no endereço tratado nos autos, a fim de que informasse a quem estavam sendo pagos os mencionados aluguéis, foi frustrada, por conta da informação de pessoa de prenome "Rodrigo", de que o intimando "mudou-se" (vide fls. 114).

Cumprindo parcialmente determinação judicial, o senhor meirinho realizou constatação no imóvel (fls. 142), tendo apurado:

a) que, de acordo com informação de Rodrigo Gonçalves, funcionário

Acesso ao Sumário

do Ecowey III Auto Posto, o proprietário do estabelecimento seria o senhor Evandro Preiss;

b) essa pessoa, contactada posteriormente, afirmou ter adquirido o fundo de comércio do embargante em **25.1.2010**, quando o imóvel encontrava-se desocupado; que nunca fez negócio com o executado Flávio; que teria sido reintegrado na posse do posto apenas em **20/8/2012**, quando teria iniciado os depósitos judiciais dos aluguéis penhorados; e que recente acordo na ação de despejo teria estipulado que o pagamento dos aluguéis em testilha deveriam ser pagos para os embargantes Mário e Irene e para o filho deles, Mário Jr. O auxiliar do juízo, porém, deixou de cumprir parte da determinação judicial, no sentido de que deveria solicitar exibição de prova documental das informações colhidas.

De qualquer modo, o termo da audiência realizada nos autos da ação de despejo em fevereiro de 2013, revela que as partes chegaram a um acordo. Haveria uma importância de R$ 32.384,57 depositada judicialmente que seria levantada pelos ora embargantes (o que já ocorreu) e os pagamentos mensais seriam retomados a partir de março de 2013, com depósitos nas contas bancárias do casal Mário e Irene (que substituiu o neto Henrique) e do seu filho Mário Jr.

O compêndio documental aportado aos autos é suficiente para a constatação da existência de fraude à execução.

Ora, a empresa executada contraiu o débito exequendo e, ao que tudo indica, encerrou irregularmente suas atividades. Conduzem à essa conclusão a ficha na "Nire", na qual não consta "baixa" da pessoa jurídica, a declaração do locatário do posto, que afirma que o estabelecimento encontrava-se desocupado por ocasião da celebração do contrato de locação e a inclusão posterior dos sócios no pólo passivo da lide (certamente por desconsideração da personalidade jurídica da devedora principal).

De outro lado, evidente a parceria entre os embargantes e o filho e nora: eles, na condição de proprietários do terreno; aqueles, como donos do fundo de comércio. Tanto que houve a cobrança de "luvas" no contrato. O que não faria sentido, caso a locação fosse simplesmente do terreno.

Também a inclusão do jovem Henrique Duran, filho dos coexecutados, como destinatário de parte dos pagamentos avençados naquele contrato, não tem outra explicação, que não a tentativa de frustrar a satisfação dos credores do "Posto Ideal".

Em suma, a penhora determinada nos autos da execução deve ser restabelecida, observado o percentual ali estabelecido e os novos valores resultantes da composição a que chegaram as partes da ação de despejo aqui mencionada.

Os embargantes, sem sombras de dúvidas, fraudaram a execução e

Acesso ao Sumário

opuseram-se maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos (celebração de contrato de locação, com a substituição dos executados por terceiro). Razão pela qual, com fulcro no disposto no art. 600, I e II, c/c art. 601, "caput", condeno os embargantes no pagamento de multa equivalente a 20% sobre o valor atualizado da execução (o valor original era de R$ 8.125,48).

A má-fé dos embargantes ficou cabalmente provada nos autos, atendendo requisito exigido pelo C. STJ no Enunciado nº 375 para o reconhecimento de fraude à execução.

Posto isso, rejeitada a preliminar, dá-se provimento ao recurso para decretar a fraude à execução ajuizada pela Transneto Araraquara Transportes Ltda. contra Ideal Combustíveis e Automotivos Ltda., Flávio Durão Marques de Jesus e Célia Aparecida de Camargo Marques de Jesus (0010289-66.2009), bem como para restabelecer a penhora sobre créditos dos executados e para condenar os recorridos no pagamento de multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos acima explicitados, e nos ônus da sucumbência (ora invertidos).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0020162-17.2008.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante EVANDRO FELIPE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO CARREFOUR S/A.

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 18.893)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

GIL COELHO, Relator

Ementa: Cartão de crédito - Declaratória de inexistência de débito e condenatória de indenização por dano moral - Procedência - Legitimidade da ré, por integrar a cadeia de consumo - Seguro fornecido nas dependências de sua loja - Seguro "Conta Paga" - Limitação de cobertura afastada, na hipótese - Descumprimento do dever de informação previsto no art. 31 do CDC - Nome do autor lançado no rol dos

Acesso ao Sumário

inadimplentes injustamente - Indenização - Apelação provida.

VOTO

Pretensões de exclusão de nome de cadastros restritivos de crédito, declaratória de inexistência de débito e indenizatória, processo extinto, sem resolução de mérito, reconhecida a ilegitimidade do réu nos termos do art. 267, VI, do CPC, adotado o relatório da r. sentença.

Em apelação, o autor alegou que a responsabilidade do réu pelos prejuízos materiais e imateriais é solidária à da seguradora, por força do art. 34 do CDC. Aduziu que o réu não funcionou como mero estipulante ou intermediário e que, ao oferecer o seguro aos seus clientes, viabilizando o pagamento do prêmio por lançamentos em suas faturas, responsabilizando-se pelo repasse à seguradora, é parte integrante da cadeia de consumo. Afirmou que o contrato de seguro foi oferecido e concluído nas dependências do réu, que seria o beneficiado pelo pagamento da dívida no caso de desemprego. Citou jurisprudência. Pediu o provimento do recurso para reconhecimento da legitimidade do réu para figurar no pólo passivo e retorno dos autos à origem.

Houve resposta.

Eis o relatório.

O autor narrou que no ato da contratação de cartão de crédito fornecido pelo réu, este lhe ofereceu a inclusão de seguro com garantia de cobertura em caso de invalidez, desemprego involuntário ou incapacidade física total e temporária, negócio que foi por ele aceito. Contou que, em 10/4/2007, foi demitido sem justa causa, requereu ao réu o pagamento da indenização correspondente ao seguro e foi orientado a entrar em contato com a seguradora Cardif do Brasil Seguros e Previdência S/A. Descreveu que, em julho de 2008, recebeu em sua residência fatura encaminhada pelo réu de valor R$ 1.403,32, com o registro no documento de que havia sido creditado o valor de R$ 1.000,00 a título de pagamento do sinistro. Disse que jamais havia sido informado sobre limitação de indenização, que não havia recebido cópia da apólice e que a conduta do réu ludibria, engana e ilude o consumidor, posto que faz acreditar que o sinistro quitaria a fatura. Acrescentou que seu nome foi inscrito nos cadastros restritivos de crédito. Pediu a exclusão do seu nome dos órgãos controladores de crédito, a declaração de inexistência do débito e a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral.

A apelação merece provimento.

O réu compôs a relação material de fornecimento de cartão de crédito ao autor e também do seguro "conta paga". A contratação do seguro foi intermediada pelo réu, em loja deste último (fato incontroverso, porque não

Acesso ao Sumário

impugnado em contestação). As cobranças dos prêmios ocorreram por meio das faturas mensais do cartão de crédito fornecido pelo réu (fls. 27/32), situação a indicar a existência de parceria entre o réu e a seguradora para o fornecimento do seguro.

É o que basta para caracterização da legitimidade passiva, registrada a responsabilidade solidária de todos os fornecedores de serviços que, de alguma forma, direta ou indiretamente, intervenham na relação de consumo (parágrafo único do art. 7º do CDC).

Como a causa está em condições de imediato julgamento e versa sobre questão exclusivamente de direito, sem necessidade de dilação probatória, aplicável a regra do art. 515, § 3º, do CPC, que autoriza o pronto julgamento pelo Tribunal na hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito.

É certo que o art. 333 do CPC impõe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, e, ao réu, a demonstração dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito daquele. Mas, ao contestar a pretensão deduzida em juízo, ao réu cabe impugnar precisamente os fatos narrados na petição inicial, sob pena de presunção de veracidade dos fatos não impugnados (art. 302, *caput*, do CPC).

Com efeito, o réu não impugnou a alegação do autor de que jamais lhe foi esclarecida a limitação de indenização em R$ 1.000,00 (fl. 5). Este fato, portanto, é incontroverso, a vista da previsão contida na norma processual já aludida. A propósito, convém lembrar que a contratação da apólice do seguro ocorreu por intermédio do réu, logo, a ele cabia informar precisamente das condições do negócio jurídico, não à seguradora.

Houve falha na oferta e apresentação do produto, em ofensa do previsto no art. 31 do CDC, com destaque, ainda, ao nome do serviço, a saber, "Seguro Conta Paga", tudo a sugerir que, ocorrido o sinistro, a quitação da fatura seria integral. Nesta circunstância, o réu tinha o dever de cumprir a oferta que fez no ato da contratação do cartão de crédito e reconhecer a quitação da obrigação representada na fatura de fl. 30.

Fica declarada a inexistência do débito de R$ 1.403,32 lançado na fatura de 10/7/2008 (fl. 30).

O dano moral está configurado.

A responsabilidade civil do prestador de serviços é objetiva, isto é, sem indagação de culpa (art. 14, *caput*, do CDC). Verificado o dano, no caso, decorrente da inscrição do nome do autor em cadastros controladores de crédito (fls. 38 e 58), a indenização é medida que se impõe.

Neste sentido: "o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na

Acesso ao Sumário

hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento". (REsp 679166/MT, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, j. em 26/4/2005).

A indenização é medida pela extensão do dano (art. 944 do CC).

Além do prescrito na norma civil, jurisprudência e doutrina orientam ao juiz que analise as peculiaridades de cada caso para a fixação da quantia indenizatória por dano moral, que deve seguir a razoabilidade, sem constituir enriquecimento indevido à parte lesada, com proporção ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes envolvidas, ao valor do negócio debatido.

Postas tais ponderações, verificados os elementos constantes dos autos, conclui-se que a quantia indenizatória de R$ 4.000,00, com juros de 1% ao mês desde a citação e correção monetária desde a r. sentença, é razoável para assegurar ao autor justa reparação, sem significar enriquecimento sem causa. Além disso, tem a função de incentivar o réu a redobrar cuidados para que fato semelhante não se repita.

Em suma, é procedente o pedido formulado na inicial, declarada a inexistência do débito de R$ 1.403,32, conforme fatura vencida em 10/7/2008, condenado o réu ao pagamento de indenização por dano moral ao autor no valor de R$ 4.000,00, com juros e correção monetária na forma antes assinalada.

Sucumbente, arcará o réu com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045902-35.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NIPPON RENT SERVICE LTDA, é apelado CAMILA MARCELY DA CUNHA FRAZÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL MATTOS (Presidente), VICENTINI BARROSO E CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

MANOEL MATTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANO MORAL. Ação declaratória de inexigibilidade de título extrajudicial com pedido de antecipação de tutela c.c indenização por danos morais - Empréstimo de veículo - Prova testemunhal que se apresenta frágil, inviável para sustentar o crédito posto no cheque - Ausência de prova quanto ao preenchimento do cheque pela autora - Veículo roubado quando em poder da autora, mediante a utilização de arma de fogo - Caso fortuito e força maior - Ainda que previsível, deve ser tido como irresistível e inevitável - Responsabilidade excluída que implica no reconhecimento da inexistência da dívida e da nulidade do protesto - Dano moral caracterizado independentemente da prova do prejuízo - Precedentes do STJ - Condenação do réu ao pagamento de indenização fixada em R$ 6.000,00 (seis mil reais) - Agravo retido - Inadmissibilidade - Decisão de cancelamento de protesto embutida na sentença configurando decisão de mérito - Agravo retido não conhecido - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito com pedido de tutela antecipada c.c. danos morais, julgada procedente pela r. sentença, de relatório adotado.

Apela o réu, sustentando ausência de provas das alegações da autora na inicial, infringindo-se as regras constantes no artigo 333 do CPC, julgamento "*ultra petita*", uma vez que inexiste pedido inicial de causa de força maior, suscetível de excluir a sua responsabilidade, contrariando o disposto no artigo 460 do CPC. Aduz também que a única testemunha ouvida em juízo confirmou a existência de título de crédito, especificamente sua obrigação junto a ré, em decorrência da inadimplência e a falta de pagamento da dívida. Ademais disso, afirma que o cheque lhe foi confiado e preenchido pela autora, representando confissão de dívida, sendo legitimamente levado a protesto. Por fim, aduz inexistir a indenização de ordem moral, em razão da inexistência de qualquer prova de eventual dano sofrido pela apelada. Postula o provimento do recurso.

Recursos recebidos, processados e preparados.

É o relatório.

Diga-se, desde logo, descabido o agravo retido interposto (fls. 106/109)

Acesso ao Sumário

contra a decisão que concedeu a tutela antecipada para o cancelamento do protesto.

Por oportuno, cumpre seja dito que a tutela antecipada buscada na inicial foi indeferida (fls. 34), porque entendeu a douta Juíza que os fatos alegados dependiam de dilação probatória.

O cancelamento do protesto foi determinado pela r. sentença, na análise de mérito lançada no bojo da referida decisão. Não se tratou, portanto, de concessão de tutela antecipada, nem mesmo aquela que poderia ser concedida na sentença. Foi, efetivamente, decisão de mérito, que poderia ser contrariada por apelação e não por agravo dito retido.

Por manifestamente descabido o agravo retido, dele não se conhece.

Primeiramente, não há falar em decisão "*ultra petita*", uma vez que o magistrado não está adstrito aos fundamentos jurídicos aduzidos pela autora em sua petição inicial.

Nesse sentido:

> "*Às partes cabe alegar e fornecer a prova dos fatos, ao juiz aplicar o direito: da mihi factum, dabo tibi jus. E, ao aplicar o direito que emerge dos fatos, independe o juiz das partes; jura novit curia*" (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º vol., Moacir Amaral dos Santos, 4ª Ed., pág. 80).

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

Isso porque não há dúvida que o roubo à mão armada caracteriza de forma induvidosa a hipótese de caso fortuito ou de força maior, consoante bem definido por ORLANDO GOMES:

> "*Todo fato alheio à vontade do devedor, que o impossibilite de cumprir a obrigação, considera-se caso fortuito, para o efeito de exonerá-lo de responsabilidade. Tanto faz que seja um evento natural, externo, como diga respeito à própria pessoa do devedor.*
>
> *Importa que seja estranho à sua vontade. Não se requer, em suma, como na teoria objetiva, um acontecimento natural extraordinário, imprevisível e inevitável. Fatos correntes, e portanto previsíveis, podem impedir o adimplemento da obrigação, liberando o devedor, desde que impossibilitem a prestação sem sua culpa*". (Obrigações, 17ª edição, Forense, 2007, pág. 181, atualizado por EDVALDO BRITO).

De se notar que esses fatos não foram simplesmente apresentados pela autora, mas efetivamente provados e demonstrados.

Conforme consta do Boletim de Ocorrência lavrado pela Delegacia de Polícia de São Paulo (fls. 24) e da sentença penal (fls. 29/32), por volta das 17 horas a motorista Camila Marcely da Cunha Frazão, condutora do veículo

Acesso ao Sumário

emprestado, foi rendida na Avenida dos Autonomistas por dois indivíduos armados que subtraíram o veículo, bem como documentos pessoais e o aparelho celular. A vítima foi encaminhada à Seccional de Osasco e horas depois o veículo foi encontrado com diversas avarias causadas pelos condenados. E a hipótese é mesmo de condenados, posto que os agentes do crime foram condenados efetivamente, nos termos da r. sentença, restando indene de dúvidas a ocorrência do roubo de que foi vítima a autora, tendo por objeto o veículo que lhe foi emprestado pela ré.

Diante dessas circunstâncias, não se vislumbra tenha havido concorrência de culpa da autora.

Ademais disso, o fato ocorreu na Avenida dos Autonomistas, via pública de muito movimento e caminho regular de muitos caminhões e automóveis. O roubo à mão armada insere-se dentre aqueles fatos inevitáveis, conquanto possam ser presumíveis nos dias que correm. Na lição de ORLANDO GOMES, a impossibilidade de cumprimento da obrigação pode resultar, dentre outras hipóteses, da "*ação ilícita de terceiros*" que pode ser exemplificada como "*o roubo à mão armada*" (ob. e pág. Cit., nota 14).

É circunstância que exorbita dos limites normais de diligência a que o devedor está adstrito, pois, ainda que previsível nos dias atuais, são fatos absolutamente irresistíveis, pelo que se tem como configurado o fortuito e a força maior, isentando-se a autora de responsabilidade. Patenteada, portanto, a excludente de responsabilidade, pelo que não poderia a autora ser instada ao pagamento dos prejuízos decorrentes desse evento danoso.

Pretendeu a ré demonstrar que sua conduta no episódio foi correta, aduzindo que o cheque foi regularmente preenchido pela autora para pagamento de dívidas. No entanto, é notório que essa versão não restou comprovada.

Deve ser dito, de início, que a prova testemunhal apresentada foi frágil, como bem analisou o douto magistrado "*o gerente da ré ouvido nesta ocasião, trouxe à colação versão fática que não guarda consonância com o teor da contestação, mais que isso, versão esta que, aparentemente procura precisamente cobrir as brechas deixadas por ocasião da oferta e da resposta (...)*".

Essa testemunha, como dito pelo douto Juiz, deveria ter suas informações sobre os fatos recebidas com reservas, à vista do notório interesse dessa pessoa no resultado do feito. Era gerente da ré e foi quem cedeu o veículo à autora, por força da relação pessoal que mantinham. Poderia, eventualmente, ser responsabilizado regressivamente pelos prejuízos a que deu causa. Disso resulta que o teor de seu depoimento não pode sustentar as razões da ré, ora apelante.

A par disso, constata-se a inverdade dos fatos alegados, pois em nenhum momento foi comprovado que a autora preencheu o cheque espontaneamente.

Acesso ao Sumário

Ao revés, o documento de fls. 60 evidencia que o cheque foi assinado em branco, de próprio punho pela autora, como ela mesma reconhece, ao depois preenchido à máquina pelo preposto da ré, com os supostos valores dos danos havidos no veículo.

Diante disso, muito mais verossímil a versão apresentada pela autora, que merece acolhimento. Significa dizer que se aceita a versão de que o cheque havia sido assinado pela autora para posterior preenchimento do valor da locação. Indica, mais, que se desacolhe a versão improvada da ré, quanto ao preenchimento espontâneo pela própria autora, em valor correspondente à suposta dívida da autora, também improvada.

Não havendo título de emissão legítima, merecia mesmo declarada a sua inexigibilidade, pelo que o protesto também há de se ter por indevido, motivo de se determinar o cancelamento desse ato notarial. E se é assim, houve prejuízos ao nome da autora apelada, que impõem sejam efetivamente ressarcidos, à vista do pedido expresso constante da inicial a esse título. Inegável que a indenização pretendida é toda ela concernente ao dano moral, pois o prejuízo contabilizado foi apenas decorrente do abalo de crédito, com a possibilidade de cancelamento de eventuais contratos bancários, suspensão do fornecimento de talões de cheques, além da manifesta impossibilidade de obtenção de crédito, circunstâncias que acontecem como consequência imediata do protesto, independentemente de outros fatores também negativos.

No que se refere ao dano moral, é ele evidenciado, de forma irretorquível, independentemente de prova do prejuízo, porque incontestável o abalo de crédito, que é presumido na relação negocial da apelante com quem quer que seja, bancos e comércio. Isso é atestado de forma induvidosa, independentemente de prova, bastando a prova do fato que deu origem ao dano. Os precedentes dos Tribunais Superiores confirmam essa afirmação:

> "*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 a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)*" (STJ, 4ª Turma, REsp 23.575-DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 09.06.97, DJU 01.09.97, p. 40.838).

> "*O entendimento deste Tribunal inclina-se no sentido de que, nos casos de protesto indevido de título, o prejuízo é presumido*" (STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag - Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento - nº 817.316/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 07.08.2007, DJU 20.08.2007, p. 288).

Acesso ao Sumário

"*O protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo. Precedentes*" (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 284.676/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.02.2006, DJU 10.04.2006, p. 193).

"Resta assente no STJ o entendimento de que o protesto indevido de duplicata enseja a compensação pelos danos morais causados, sendo dispensável a prova do efetivo prejuízo" (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp - Agravo Regimental no Recurso Especial - nº 767.522/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.2005, DJU 07.11.2005, p. 285).

Destarte, desnecessária a prova do prejuízo, consoante assentado em jurisprudência maciça oriunda do C. Superior Tribunal de Justiça mostra-se evidenciada a ocorrência de danos morais a serem objeto de reparação, consoante postulado.

Na fixação do respectivo montante já se assentou que a valoração do dano moral representa, em verdade, "*sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida*" (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Forense, vol. II, 8ª edição, pág. 235).

Leciona o mesmo autor que a reparação de natureza moral visa "*proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o 'pretium doloris', porém uma ensancha de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie*" (ob. cit., pág. 235).

Na fixação da indenização, o douto magistrado houve por bem arbitrá-la em R$ 6.000,00 (seis mil reais), valor que se considera razoável e proporcional ao dano sofrido, não se vislumbrando nas razões recursais argumento que convença da necessidade de redução do "*quantum*" indenizatório. Ademais, tal valor se situa dentro dos limites que vem sendo adotados por esta Câmara em caso semelhantes.

Merece mantida integralmente, pois, a bem lançada sentença, da lavra do douto Juiz, Dr. Airton Pinheiro de Castro, por seus jurídicos fundamentos, além dos ora acrescidos.

Posto isso, não conheço do agravo retido e nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014254-95.2009.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante ROGÉRIO GONÇALVES COELHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada 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 do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *REPETIÇÃO - Pedido de restituição, em dobro, de valor pago em duplicidade em fatura de fornecimento de energia, cumulada com indenização por danos morais diante da ameaça, indevida, de corte, além da cobrança da taxa de religação, que não foi efetivada - Pretensão julgada parcialmente procedente em primeiro grau de jurisdição apenas para determinar a repetição da taxa de religação, pois o corte do fornecimento não chegou a ser efetivado, diante da apresentação, *in loco*, das faturas pagas - Na sentença também houve a determinação de pagamento das verbas sucumbenciais independente da condição de beneficiário da justiça gratuita do autor, vencido - Irresignação recursal do autor fundada na existência de fatos que autorizam a indenização pelos danos morais sofridos, além de entender que por ser beneficiário da justiça gratuita fica isento do pagamento das verbas sucumbenciais - RESPONSABILIDADE CIVIL - Constatação da reiterada impontualidade do autor no pagamento das suas obrigações com a concessionária de energia, culminando no aviso de corte no fornecimento que não chegou a ser efetivado - Circunstância em que não se reputa ilegal o procedimento de suspensão no

fornecimento fundado no inadimplemento, além de não existir notícia que o nome do autor foi enviado para cadastros restritivos - Situação em que não há ofensa à honra objetiva, mas aborrecimentos que poderiam ter sido evitados pelo próprio autor - Dano moral não caracterizado - JUSTIÇA GRATUITA - Concessão que abrange as verbas sucumbenciais, nos termos dos artigos 3º, inciso V, e 11, § 2º, da Lei 1.060/50 - Exigibilidade suspensa enquanto perdurar o benefício ou consumar-se o prazo estabelecido no artigo 12 da sobredita norma - Sentença reformada nesse particular - Apelação parcialmente provida.*

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária para repetição de indébito, cumulada com indenização por danos morais, decorrentes da reiterada cobrança de fatura de fornecimento de energia elétrica já quitada, além da multa para religação cujo corte não chegou a ser efetivado no local.

Na sentença de fls. 75/76 verso a pretensão foi julgada antecipada e parcialmente procedente pelo Juiz Fabrício Stendard, apenas para determinar a devolução, em dobro, da quantia paga a título de 'taxa de auto religação', porque não houve corte no fornecimento diante da apresentação, *in loco*, das faturas quitadas. Entendeu, ainda, que a simples ameaça de corte justificada pelas recorrentes impontualidades de pagamento do autor não caracterizam ato ilícito, razão pela qual não há que se falar em indenização por dano moral. Sucumbente em maior extensão, o autor foi condenado no pagamento de verba honorária de R$ 800,00, independente da suspensão preconizada pela regra do artigo 12 da Lei 1.060/50, que o magistrado *a quo* entendeu que não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

O autor, inconformado, apela (fls. 84/88), alegando, em síntese, que a ameaça de corte no fornecimento de energia da sua residência e as sucessivas cobranças (indevidas) extrapolam a noção de 'mero aborrecimento', fatos suficientes à indenização pretendida. Aduz, ainda, que o benefício da justiça gratuita abrange as verbas sucumbenciais, nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei 1.060/50.

O recurso é tempestivo e está adequadamente processado. Há isenção do preparo em face da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao autor (fls. 29).

Contrarrazões às fls. 90/100.

Regularmente intimados, não houve oposição ao rito de julgamento

Acesso ao Sumário

preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 110 e 112).

Eis o breve relatório.

2. Leitura dos autos revela que a pretensão principal do autor está ancorada nos dissabores que sofreu em decorrência da não baixa de fatura paga nos sistemas da ré, ocasionando cobrança em duplicidade e ameaça de corte no fornecimento de energia, que não chegou a ser efetivada porque apresentadas as faturas pagas aos funcionários *in loco*.

Disse, que a despeito do corte não ter se efetivado, foi-lhe cobrada taxa de religação, cuja ilicitude foi reconhecida na sentença, mas sem a fixação dos danos morais perseguidos, os quais entende devidos.

Pois bem. Como bem exposto na r. sentença, o autor não primava pela pontualidade no pagamento das faturas, o que acabou por desaguar no aviso de suspensão de fornecimento copiado as fls. 14, que nada tem de ilegal, porque expressamente autorizada pela legislação vigente (Resolução ANEEL nº 456/2000).

E a simples ameaça de corte, sem qualquer indício de cobrança em caráter vexatório ou mesmo a inscrição do nome do autor em cadastros restritivos, não tem o condão de macular sua honra objetiva, a ponto de autorizar a pretendida indenização por danos morais. É certo que houve aborrecimentos, cujo conceito é bem distinto da dor e humilhação que autorizariam, nesse caso, a reparação patrimonial.

Nesse diapasão, cabe destacar a doutrina do ilustre Carlos Roberto Gonçalves, que aponta com propriedade o que se reputa, ou não, dano moral:

> **"Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada 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' (Programa, cit., p.78)", *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 8ª edição, páginas 549 e 550.**

Ensina Yussef Said Cahali (**cf. "Dano Moral", 2ª Edição, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 532**), tem-se reconhecido a existência de dano moral reparável sempre que da ação ou omissão resulte para outra situação incômoda ou constrangedora. E, em sã consciência, não se pode cogitar, aqui, de situação

Acesso ao Sumário

incômoda ou constrangedora ao autor, que reiteradamente é impontual com suas obrigações.

Aliás, esse precioso instituto de reparação do Direito Civil vem sofrendo repreensíveis distorções para tentativa de amparar pretensões não muito elogiosas, o que, evidentemente, deve ser coibido.

Finalmente, com todo respeito ao entendimento exarado pelo magistrado sentenciante, o benefício da justiça gratuita abrange também as verbas sucumbenciais, nos termos dos artigos 3º, inciso V, e 11, § 2º, da Lei 1.060/50, recepcionados, *in totum*, pela atual Constituição Federal, observada, obviamente, a suspensão prevista no artigo 12 da sobredita norma (**RSTJ 36/401; 110/243**).

Portanto, a sentença fica reformada apenas no que tange à exigibilidade das verbas sucumbenciais enquanto perdurar o benefício da gratuidade concedido ao vencido.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **dá-se provimento parcial ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000365-19.2006.8.26.0075, da Comarca de Santos, em que são apelantes ALCIDES CORRÊA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) (ESPÓLIO) e APARECIDA CORRÊA DE OLIVEIRA RODRIGUES MORATO (JUSTIÇA GRATUITA) (INVENTARIANTE), é apelado HELBOR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LIMITADA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19025)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI E CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA - Comprador falecido - Quitação de saldo devedor - Financiamento imobiliário com previsão de contratação de seguro para os eventos morte ou invalidez permanente - Seguro não

Acesso ao Sumário

contratado - Previsão contratual na promessa de compra e venda de regras de reajuste do prêmio do seguro, com poderes outorgados à ré para pagar ou receber seguros no caso de sinistro - Presunção de obrigação da vendedora na celebração do contrato e administração dos recursos - Responsabilidade da ré em arcar com os prejuízos sofridos pelo comprador - Quitação das parcelas do saldo devedor a partir da citação - Parcial procedência - Sentença reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de quitação do saldo devedor, em conjunto com medida cautelar inominada, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 100/103, de relatório adotado.

Apela o autor alegando quitação do financiamento diante ocorrência do evento coberto por seguro que, embora não contratado, é de responsabilidade da ré em arcar com o saldo devedor, diante sua omissão pela não contratação do seguro; pede o provimento do recurso (fls. 113/120).

Recurso recebido (fls. 122) e impugnado (fls. 183/185).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O autor, mediante regular venda e compra (fls. 14/36), adquiriu junto à ré - em 28 de dezembro de 2004 - uma unidade autônoma do Condomínio "Helbor Atlantis" tendo, em face dos limites do negócio, assumido o pagamento do financiamento diretamente com a ré vendedora.

Com o falecimento do adquirente em 25 de novembro de 2005, que teve como causa da morte, infarto agudo do miocárdio (fls. 37), pretendeu a inventariante a quitação do saldo devedor do financiamento, estando certa a contratação de seguro para cobertura deste risco.

Contudo, alega a ré que a cobertura foi negada diante ausência de contratação de seguro pelo falecido, o que inviabiliza a quitação do saldo devedor do financiamento.

Assim, a r. sentença de fls. 100/103 julgou improcedentes a ação principal e a medida cautelar, pois, embora entendesse não haver qualquer pacto acessório a ser firmado pelo autor, deveria o contratante pagar o prêmio, o que, diante ausência de comprovação de pagamento, inviável se torna autorizar a declaração de quitação do saldo devedor prevista em eventual contratação do seguro com cobertura do risco em espécie.

Acesso ao Sumário

Daí o apelo.

E com razão.

Embora as cláusulas da compra e venda do imóvel não estejam claras em expressar a quem incumbia a assinatura do contrato do seguro habitacional, cumpre a sua interpretação em benefício dos adquirentes, diante relação de consumo existente.

Da interpretação lógico-sistemática do contrato entabulado pelas partes, presume-se a responsabilidade da ré pela intermediação na contratação do seguro contra os riscos de morte e invalidez permanente e danos físicos no imóvel, embora os prêmios fossem cobrados do comprador:

"*6.1. O(s) DEVEDOR(A,ES) contrata(m) neste ato os seguros para cobertura dos riscos de morte e invalidez permanente, obrigando-se a pagar os respectivos prêmios, com reajustes idênticos aos contratados neste instrumento, juntamente com as prestações mensais, nos valores constantes do item 6-A do Quadro Resumo.*

6.2. Se, por inobservância do(s) DEVEDOR(A,ES) quanto aos prazos e procedimentos de comunicação e/ou comprovação dos sinistros cuja cobertura venha a ser reconhecida pela Seguradora, esta desembolsar indenização em valor insuficiente à quitação do saldo devedor, ficará(ao) o(s) mesmo(s) obrigado(s) à efetiva liquidação daquele saldo perante a CREDORA.

6.3. O(s) COMPRADOR(A,ES) igualmente responderá(ao) por revisões das taxas dos seguros contratados, caso venham a ser alteradas no curso do pagamento da dívida, obrigando-se pelos valores que resultarem, sem prejuízo dos reajustes referidos na cláusula 6.1 acima" (fls. 27).

Assim, cabia à ré a celebração do contrato de seguro para cobertura dos eventos morte e invalidez permanente sendo que, embora não pudesse impor a sua contratação direta ou até mesmo com qualquer seguradora indicada por ela, pois configuraria venda casada (STJ, 2ª Seção, REsp 969.129/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 09.12.2009, v.u.), seria a responsável em administrar os pagamentos dos prêmios do seguro contratado livremente pelo comprador, tanto que definiu regras para o reajuste das parcelas (cláusula 6ª - fls. 27), como também se declarou mandatária com poderes para pagar ou receber seguros no caso de sinistro (cláusula 10.1 - fls. 30).

Portanto, considerada a ausência de contratação do seguro para a cobertura do evento e presumida a responsabilidade da ré em celebrar o contrato e também de administrar os pagamentos dos prêmios, patente a sua obrigação em arcar com indenização correspondente ao benefício que obteria o autor como segurado se o contrato tivesse sido assinado, sendo suficiente a comprovação do óbito após a compra e venda e respectivo financiamento, com declaração de quitação das

Acesso ao Sumário

parcelas do saldo devedor a partir da citação, quando se fez litigiosa a coisa.

Referente ao tema posto em debate, este Egrégio Tribunal de Justiça vem assim decidindo:

"*SEGURO DE PESSOAS - Imóvel adquirido da ré, por meio de financiamento do saldo do preço - Cláusula contratual que prevê a contratação de seguro para o caso de morte ou invalidez permanente ao adquirente - Seguro a ser contratado pela construtora - Natureza de promessa de estipulação de seguro às custas de outrem - Estipulante que age na qualidade de mandatário do segurado - Seguro não contratado pelo estipulante - Mandatário que age contra as instruções do mandante e deve responder pelos prejuízos a este causados - Ação julgada improcedente - Recurso provido para o fim de reconhecer o direito do segurado de obter a indenização pela ocorrência do sinistro diretamente da ré, diante da inexistência de apólice de seguro*." (4ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 992.06.010585-1, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.02.2011, v.u.);

"*Seguro habitacional - Ação de obrigação de fazer ajuizada em face de Cooperativa Habitacional, objetivando a condenação no pagamento da cobertura securitária, por invalidez permanente da cessionária - Procedência - Inconformismo - Não acolhimento - Obrigatoriedade de a Cooperativa contratar seguro habitacional, decorrente dos termos do contrato e por exigência legal (normas do SFH) - Cooperativa que deixa de contratar o seguro - Risco assumido - Responsabilidade reconhecida, para pagamento da cobertura decorrente do sinistro - Invalidez permanente da cessionária comprovada - Inaplicabilidade da cláusula de exclusão da cobertura securitária, para o caso de mora do mutuário - Cessionário que vinha efetuando depósito judicial das prestações, até a data do sinistro, em ação revisional - Sentença mantida - Recurso desprovido*." (9ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 990.10.083574-2, Rel. Des. Grava Brazil, j. 22.06.2010, v.u.);

"*Contrato imobiliário regido pelo sistema financeiro da habitação, cuja securitização é obrigatória - Empresas do setor imobiliário que não concluem o contrato de seguro, embora previsto que o prêmio seria embutido nas prestações - Morte da mutuária e que gera o mesmo efeito real do contrato de seguro que não se perfez por culpa in contrahendo não imputável ao devedor - Provimento para declarar quitada a dívida e cancelar a hipoteca e registros imobiliários, prejudicado o recurso adesivo*." (4ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 396.499.4/5-00, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.05.2008, v.u.).

Assim, cumpre a reforma da r. sentença para julgar parcialmente

Acesso ao Sumário

procedente a ação, com declaração de quitação do saldo devedor a partir da citação, invertido o ônus de sucumbência.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 3000301-32.2013.8.26.0165, da Comarca de Dois Córregos, em que é apelante CATARINA SANTA FURLANETTI VITORINO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 32701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA E VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Ação de internação psiquiátrica compulsória - Desintoxicação alcóolica - Possibilidade de se conceder a internação compulsória, desde que haja prova inequívoca da necessidade - Proteção do direito à saúde e à integridade física e mental - Garantias constitucionalmente previstas - Sentença anulada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de internação psiquiátrica compulsória julgada extinta, sem resolução do mérito, pela r. sentença de fls., proferida pelo n. Magistrado Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, de relatório adotado.

Apela a autora requerendo a inversão do julgado. O Ministério Público opinou pelo provimento.

É o relatório.

Cuida-se de ação de internação psiquiátrica compulsória ajuizada por Catarina Santa Furlanetti Vitorino, em favor de Antônio Marcos Vitorino,

Acesso ao Sumário

objetiva autorização a que o estabelecimento hospitalar possa receber o apelante independentemente de sua vontade, para que enfim se submeta à desintoxicação alcoólica.

A r. sentença julgou extinta a ação, sem resolução do mérito, pela falta de interesse processual, sem custas, diante da gratuidade, e honorários advocatícios arbitrados em 30% do valor fixado na tabela da PGE-OAB/SP.

O recurso merece ser provido.

A internação compulsória é admitida pela Lei nº 10.216/2001, que dispõe em seu artigo 9º: "A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.".

A internação compulsória não tem por pressuposto a incapacidade do agente, mas sim o risco que, em razão de distúrbio de comportamento, pode causar a si ou a terceiros e também princípio da dignidade da pessoa humana e da constitucionalmente garantida proteção do direito à saúde e à integridade física e mental, sem a necessidade de prévia internação involuntária.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Sentença que julgou extinta ação sob o fundamento de que não fora ajuizada a ação principal no prazo previsto no artigo 806 do Código de Processo Civil. Ação autônoma de internação compulsória, fundada no direito à saúde, integridade física e dignidade da pessoa humana, todos garantidos constitucionalmente. Inteligência dos artigos 6º, III e 9º da Lei nº 10.216/01. Internação compulsória que não tem como pressuposto incapacidade civil do internando, mas sim o risco, para si próprio e para terceiros, decorrente de sua toxicomania. Ação de claro cunho satisfativo, não se verificando acessoriedade ínsita à tutela cautelar. Retorno dos autos à origem para citação da ré e regular processamento do feito. Recurso provido em parte. (Apelação nº 0005468-13.2011, rel. Des. Francisco Loureiro, 6ª Câmara de Direito Privado, j. em 15/08/2013).

A *mens legis* se assenta na necessidade de se proteger o intoxicado e de lhe dar o competente tratamento.

Contudo, por ser medida drástica, é necessário que haja juízo de certeza do estado em que se encontra o futuro internado, para se evitar qualquer tipo de prejuízo para as partes e também para o Estado que poderá até ser acionado por tomar atitude sem qualquer prova ou início de prova.

Nos termos do art. 6º da Lei nº 10.216/2001, a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, mostrando-se insuficiente as provas carreadas aos autos.

Acesso ao Sumário

Assim dispõe:

"Art. 6º - A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; III internação compulsória: aquela determinada pela Justiça".

In casu, é mais relevante proteger a integridade do apelante e lhe dar a oportunidade de receber tratamento médico, que a fria observação do rito processual. A narrativa dos fatos, respeitada a convicção do ilustre juiz singular, conduzem à possibilidade de se processar o pedido de internação.

Não se pode olvidar o comando do artigo 196 da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Logo, considerando-se que estão presentes as condições da ação e que a inicial preenche todos os seus requisitos, inexiste óbice ao seguimento da demanda, motivo a determinar a anulação da sentença proferida, com regular processamento dos autos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso prosseguindo-se como de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007043-56.2012.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante ANTONIO TADEU CASSEANO DE SANTANA, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 7ª 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 13/19373)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de Retificação de Registro Civil - Inclusão de patronímico paterno - Extinção do feito com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil - Descabimento - Averbação de Escritura Pública de Adoção - Inteligência do art. 375 do Código Civil de 1916 – Adoção simples - Eficácia plena - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra decisão que julgou extinta Ação de Retificação de Registro Civil, sem análise do mérito, por carência da ação, com fundamento no art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil.

Apela o vencido informando que buscou a via administrativa para atendimento de seu pleito, mas não obteve êxito, recorrendo à demanda judicial para solucionar a questão, novamente negado o pedido de averbação junto ao Registro Civil da Escritura Pública de Adoção e inclusão do patronímico paterno ao seu nome. Pugna pela reforma do julgado e atendimento ao pedido exordial.

Recurso recebido.

Parecer da D. Procuradoria opinando pelo provimento do recurso.

É o Relatório.

A r. sentença ora atacada extinguiu a presente demanda sem apreciação do mérito, aduzindo o Magistrado *a quo* que:

"... Não se trata in casu *de retificação de registro civil, vez que não há o que, por ora, ser retificado.*

A pretensão do autor, em verdade, é a averbação da escritura pública de adoção (na qual, inclusive, consta a mudança de patronímico ora perseguida), de onde trata-se de procedimento administrativo correicional afeito à Corregedoria Permanente da Serventia Extrajudicial na qual consta o registro de nascimento do autor.

Assim, deverá o autor procurar a Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas de Diadema para requerer a averbação de referida escritura de adoção e, por consequência, obter a adição do patronímico paterno...".

É contra essa decisão que se insurge o Apelante pugnando pelo acolhimento do pedido inicial, eis que formulado anteriormente, o pedido foi negado.

Como destacado pelo representante do Ministério Público:

"*... curial ressaltar que a Escritura Pública carreada aos autos remonta aos idos de 05 de março de 1979, ocasião em que o adotado, ora requerente, possuía 8 anos de idade... àquela época, o instituto da adoção*

era regido pelas normas do Código Civil de 1916, antes, portanto, da vigência do Código de Menores.

Consoante preconizado pelo artigo 375 do então Código Civil, a adoção era feita através de Escritura Pública, desde que respeitada a não imposição de condição ou termo. E com a atualização advinda pela Lei nº 3.133/1957, em seu artigo 2º, passou-se a permitir que o adotado acrescesse o apelido do adotante.

Diga-se que a supracitada adoção ainda contou com o consentimento da representante legal do adotado, em observância à exigência contida no artigo 372 do referido codex.

Por conseguinte, uma vez que foram respeitados os requisitos exigidos pela legislação vigente à época da elaboração do ato, inegável reconhecer que a vergastada adoção constitui um ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição da República, a teor do artigo 5º, inciso XXXVI, bem como pelo artigo 6º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro...".

Desta forma, descabido o decreto extintivo que deve ser de pronto afastado.

Apreciando o mérito do feito, como permite o art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, perfeitamente possível a solução da controvérsia.

Com efeito, colhe-se dos autos que Antonio Tadeu Casseano de Santana, filho de Beatriz Casseano de Santana foi adotado por João Gonçalves Leite em 05 de março de 1979, oportunidade em que lavrada Escritura Pública de Adoção junto ao Cartório de Notas da Comarca de São Sebastião.

À época, o Apelante não fez a averbação da adoção junto ao cartório registral, formulando o pedido administrativamente, que lhe foi negado.

Aplicável à espécie o Código Civil de 1916, dispondo seu artigo 375: "*A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo*".

A adoção de Antonio Tadeu por João Gonçalves Leite foi levada a efeito através de Escritura Pública com respaldo legal no ano de 1979, motivo pelo qual deve ser acolhido o pedido de retificação no assento do Apelante para constar de sua certidão de nascimento o patronímico paterno, mormente em razão da constatação de que nada consta em seu nome junto aos distribuidores cíveis e criminais, conforme fls. 20 e 21 deste feito.

Destarte, proponho seja afastado o decreto extintivo para apreciação do mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, acolhendo o pedido exordial para determinar a inclusão do patronímico paterno ao nome do Apelante.

Acesso ao Sumário

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0000164-17.2005.8.26.0219, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ANTÔNIO ROBERTO RINO ÁVILA, é apelada MARIA LYGIA DE LIMA BRANDÃO.

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 14615)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA E RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Existência de prova bastante do efetivo exercício anterior da posse pela autora sobre o imóvel ocupado pelo réu, no momento da verificação do esbulho, que se consumou com a recusa à restituição do bem de raiz. Hipótese em que resultou comprovada a mera detenção do imóvel pelo réu, ao qual lhe foi franqueada a entrada por estar convivendo com a filha da autora. Correção da ordem de pagamento de aluguel pela ocupação indevida do imóvel. Consideração de que, dada a sua qualidade de mero detentor, de má-fé, não faz o réu a indenização por acessões e benfeitorias realizadas no imóvel. Pedido inicial julgado procedente, improcedente o contraposto. Sanção por litigância de má-fé afastada. Recurso provido, em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1037/1056, de relatório adotado, que, em ação de reintegração de posse, julgou procedente o pedido inicial e improcedente o contraposto.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a proprietária do imóvel não exercia a posse direta sobre o bem de raiz, tanto é que, antes das obras por ele realizadas, existia apenas um casebre no terreno, aduzindo que o local estava abandonado. Alega que adquiriu a posse da área sem qualquer tradição da coisa por parte de sua proprietária, inexistindo qualquer compatibilidade entre os fatos comprovados nos autos e o alegado comodato defendido pela titular do domínio, o que evidencia a impropriedade da conclusão a que chegou a magistrada, no que tange a configuração do esbulho possessório. Salienta que demonstrou a realização das reformas, construções e benfeitorias na área, razão pela qual referidas despesas são plenamente indenizáveis porquanto todas foram realizadas na absoluta boa fé, sendo certo que a sua supressão ensejará o enriquecimento ilícito da recorrida. Entende ser indevida sua condenação ao pagamento de indenização à autora pela utilização do imóvel após o suposto esbulho, enfatizando que deve ser afastada a sua condenação ao pagamento por litigância de má-fé, visto que a sua antiga companheira não teve qualquer participação com o custeio das obras, tanto é todos os prestadores de serviços salientaram que recebiam os pagamentos diretamente do próprio recorrente. Aduz que no momento de cumprimento do mandado de reintegração de posse, não foi apurado nenhum dano no imóvel pelo oficial de justiça responsável por esta diligência, inexistindo qualquer prova de que fosse o recorrente o responsável pelos danos posteriores constatados no local. Postula o reembolso do valor do preparo recursal recolhido a maior em virtude de erro de cálculo na apuração do montante atualizado da condenação.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

De início, impende destacar que o valor do preparo recursal foi corretamente calculado pela serventia judicial, com base no valor atualizado da causa (fls. 1.058), em atendimento à disposição contida no artigo 4º, II da Lei n. 11.608/2003, uma vez não configurada a ressalva prevista no parágrafo segundo da legislação em exame.

E o recurso comporta provimento, em parte.

É que, consoante aflora cristalino da prova trazida para os autos, desincumbiu-se a autora a contento do ônus probatório relativo aos fatos constitutivos do seu direito, tanto é que exsurge indisputável do feito que sempre exerceu ela a efetiva posse sobre o imóvel litigioso, haja vista que tão somente permitiu a entrada do réu no sítio de sua propriedade pelo fato de ser ele companheiro de sua filha à época, cobrando, com o fim do relacionamento, a imediata desocupação do imóvel pelo recorrente.

E, ao opor resistência à solicitação da autora, fez o réu configurar, com sua conduta, o esbulho possessório, a partir de sua recusa em proceder

Acesso ao Sumário

à espontânea devolução do imóvel à recorrida, a justificar o acolhimento do pedido de reintegração de posse.

De igual modo, razão não assiste ao réu em sua postulação de que seja indenizado pelas acessões e benfeitorias edificadas no imóvel, prejudicado o direito de retenção pelo fato de já ter sido a autora reintegrada na posse do bem litigioso.

Assim é porque deve o recorrente ser qualificado como mero fâmulo da posse, não podendo ser equiparado a possuidor, eis que conservou a coisa em nome de outrem, exercendo a simples detenção do bem, valendo anotar, neste passo, que, "quem promove acessões em terreno alheio, sabendo que o imóvel não lhe pertence, age de má-fé e perde para o proprietário tudo quanto empregou na feitura das obras, sem direito a indenização de qualquer espécie." (Código Civil Comentado, Fabrício Zamprogna Matiello, 5ª edição, LTr, pág. 792).

Ora, na situação retratada nestes autos, não pode ser o réu qualificado como possuidor do bem, muito menos de boa-fé, pois teve franqueado o seu acesso ao imóvel litigioso, especialmente em finais de semana e períodos de férias ou feriados, apenas enquanto manteve convivência com a filha da autora, de sorte que jamais obteve a posse do bem de raiz de que ora se cuida, ao qual pôde adentrar tão somente no período de seu relacionamento com Marli, por isso que aplicáveis ao caso as regras a que aludem os artigos 1219 e 1255, do Código Civil, ou seja, não tem o recorrente direito a indenização por benfeitorias e deve perder o que despendeu com as acessões, pois, exercendo mera detenção da coisa, agiu de má-fé, porque tinha conhecimento que o imóvel não lhe pertencia, tanto é que os impostos pertinentes ao bem sempre foram quitados pela autora.

E a condenação do réu ao pagamento da importância de quatro mil novecentos e cinquenta reais, pela indevida ocupação do imóvel objeto da lide, no interregno subsequente à sua constituição em mora, deve ser preservada, pois representa tão somente o justo ressarcimento à autora pelo período em que se viu privada da fruição de seu imóvel.

Correta a r. sentença, portanto, ao julgar procedente o pedido inicial e improcedente o contraposto, determinando a reintegração da autora na posse do imóvel litigioso e o pagamento, pelo réu, da importância de R$ 4.950,00, pela indevida ocupação do bem de raiz.

No entanto, a imposição de sanção por litigância de má-fé merece ser afastada, porquanto não se vislumbra delineada com precisão nestes autos a assertiva de que procurou o réu alterar a verdade dos fatos, com a finalidade de induzir o juízo em erro, ou, mesmo, com o intuito de obter proveito indevido no processo, tudo indicando que procurou exercer com amplitude o seu direito de defesa, a par do que, no auto de reintegração de posse e depósito de bens não foi descrita qualquer depredação ou acúmulo de lixo no imóvel pelo oficial de

Acesso ao Sumário

justiça encarregado da diligência (fls. 951/954), que pudesse ser imputada ao réu.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0123723-67.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CONDOMÍNIO SANTA JOSEFA, MUNDIAL ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS E CONSULTORIA S/C LTDA e SPL - SÃO PAULO LESTE ELEVADORES LTDA, é apelada ANICHELE CRISTINA DE ANDRADE PONTES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.762)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. AUTORA FERIDA EM QUEDA DE ELEVADOR

I- Ilegitimidade passiva do condomínio requerido. Sinistro ocorrido nas suas dependências. Responsabilidade pela manutenção do elevador reconhecida, ainda que existente contratação de empresa específica para tanto. Condomínio que responde pela escolha daquele que irá atuar na manutenção do equipamento.

II- Queda de elevador. Alegação de culpa exclusiva da vítima afastada. Inexistência de comprovação a respeito. Condomínio requerido, ademais, que competia fiscalizar a ocorrência de excesso de pessoas no elevador. Sinistro, pelas circunstâncias, decorreu de falha técnica de manutenção. Responsabilidade das rés configurada.

III- Dano moral. Fratura da perna direita da autora,

Acesso ao Sumário

com imobilização por vários dias. Quebra anormal da rotina. Lesão íntima configurada. Valor da indenização (R$-15.000,00). Excesso reconhecido. Redução para a quantia de R$-10.000,00, atendidas as diretrizes traçadas no art. 944 do Código Civil. Recurso das rés, neste ponto, provido.

APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

1- Ação indenizatória julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 238/243, de relatório adotado, condenados os réus, solidariamente, ao pagamento da importância de R$-15,90, a título de danos materiais, e a quantia de R$-15.000,00, a título de danos morais. Embargos de declaração opostos pela ré SPL (fls. 258/259), rejeitados às fls. 260.

Apelam os réus.

O condomínio requerido, pelas razões expostas às fls. 265/280, insiste que não é parte legítima a compor o polo passivo da demanda, vez que, quanto a manutenção do elevador, possui contrato de prestação de serviços com a corré SPL. Sustenta, ainda, a culpa exclusiva da vítima a implicar na improcedência da ação. Postula, por fim, a redução do valor da condenação pelos danos morais.

A ré SPL, por seu lado, também sustenta a exclusiva responsabilidade da autora pelo sinistro. Pleiteia a improcedência da ação. Se mantida a condenação, pede a redução do valor arbitrado pelos danos morais (fls. 290/296).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 300/306 e 317/321.

É o RELATÓRIO.

2- Da ilegitimidade passiva do condomínio requerido, não se cogita. O sinistro ocorreu no interior das suas dependências. Tocava-lhe, em princípio, a manutenção do elevador que despencou, ainda que mantenha contrato específico para tanto com a corré SPL. Essa circunstância, per si, não aparta a sua responsabilidade pelos danos causados pelos equipamentos que guarnecem o edifício. Responde, sem maiores delongas, pela falha na manutenção do equipamento, notadamente porque atuou com negligência na escolha da empresa contratada para a execução do referido serviço.

Tampouco se cogita da improcedência da ação, principalmente pela culpa exclusiva da vítima. Se havia excesso de pessoas no interior do elevador, cabia ao condomínio requerido, por intermédio de seus funcionários, a adoção de medidas necessárias para impedir a prática. Aliás, não foi a primeira vez que o elevador despencou no edifício (fls. 236). De outra parte, a alegação de excesso de peso emanou de pessoas que sequer presenciaram o acidente (fls. 224 e 234), remanescendo, sem contradita, a versão da autora e de seu marido no sentido

Acesso ao Sumário

de que foi respeitada a capacidade de carga do equipamento (seis adultos e duas crianças), de modo que a queda derivou exclusivamente de problema técnico do engenho, cuja manutenção competia à ré SPL. Inaceitável, ademais, a simplista justificativa por parte da empresa SPL de que o excesso de peso causou o sinistro; deveria, no mínimo, instalar no elevador o equipamento largamente utilizado de bloqueio da máquina na hipótese de sobrepeso. Era a segurança razoavelmente esperada por parte daqueles, como a ré SPL, que lidam com equipamentos perigosos. Bem reconhecida a responsabilidade das rés apelantes.

A queda do elevador, por seu turno, importou na fratura da perna direita da autora, com imobilização por vários dias. Evidentemente, houve quebra significativa da rotina da apelada, sem dizer, ainda, no comprometimento da sua mobilidade. A ofendida, de fato, experimentou um desassossego anormal, patenteando-se o dano moral reconhecido pela r. sentença. O valor da indenização, no entanto, reclama uma melhor calibragem. A quantia estabelecida (R$-15.000,00, fls. 243), respeitado o entendimento adotado pela r. sentença, aflora como excessiva, notadamente diante das reduzidas consequências da lesão. Assim, o recurso das rés é provido para o arbitramento do valor do dano moral em R$-10.000,00 (dez mil reais), atualizável desde o presente julgamento, mantida, no mais, a r. sentença, notadamente naquilo que constou às fls. 243. Essa quantia, na espécie, atende as diretrizes traçadas no art. 944 do Código Civil, servindo de composição adequada ao dano experimentado e, ao mesmo tempo, como punição suficiente aos réus para que não reincidam na conduta.

DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0011292-03.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelada BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelada/apelante ELAINE CRISTINA FERRAZ DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado 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 31.419)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

Acesso ao Sumário

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - Financiamento para aquisição de veículo automotor - Automóvel financiado periciado e regular - No entanto, existência de veículo clonado apreendido em outra comarca - Procedimento junto à CIRETRAN local para regularização - Necessidade de exclusão provisória do gravame para atribuição de nova placa e número de RENAVAM vinculado ao chassi do veículo financiado - Inércia do banco no atendimento de ofício da autoridade policial e da autora - Atendimento somente depois de escoado o prazo concedido na tutela antecipada - Providência que cabia à financeira - Transtornos e aborrecimentos desnecessários ao consumidor - Dano material que deve ser ressarcido - Aplicabilidade da multa decorrente do atendimento tardio da tutela antecipada deverá ser apreciada por ocasião do cumprimento de sentença - Decisão mantida.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos e pedido de antecipação de tutela julgada procedente pela decisão de fls. 139/146, de relatório adotado; recorrem as partes: o banco tecendo considerações sobre os fatos; discorre sobre a ausência de nexo causal entre sua conduta e o evento danoso; aduz não comprovados os danos materiais, vez que os encargos tributários são de responsabilidade da fiel depositária; sustenta incabível a indenização por dano moral; pretende a reforma do julgado (fls. 158/167); a autora insiste que deve ser consignado na sentença o valor de 7 dias relativos à multa diária imposta na tutela antecipada, ante a lentidão do banco no seu integral cumprimento; pretende a reforma parcial do julgado (fls. 175/179); recursos regularmente processados e respondido somente o do requerido (fls. 171/174 e 181vº).

Relatório do essencial.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer c.c indenização por dano material julgada procedente, vez que o banco somente efetivou a baixa temporária do gravame após a tutela antecipada concedida nesta ação.

Inicialmente, o agravo retido interposto pelo banco a fls. 39/45, mantida pela decisão de fl. 125, é julgado prejudicado, vez que não reiterado, tornando preclusa a alegação de inaplicabilidade da multa em caso de descumprimento

Acesso ao Sumário

da tutela antecipada.

No mais, considerando o caso concreto, cabia ao banco demonstrar que atendeu ao ofício da autoridade policial, baixando provisoriamente o gravame do veículo para regularização, ante a existência de veículo "*dublê*". No entanto, somente procedeu a esta liberação depois de escoado o prazo de atendimento determinado na decisão que concedeu a tutela antecipada à autora.

Assim, os documentos juntados a fl. 35 indicam que, efetivamente, a instituição bancária foi regularmente cientificada no dia 05 de junho de 2012 do prazo para adoção de suas providências, sob pena de aplicação de multa diária de R$ 500,00. No entanto, só o concluiu em 22 de junho seguinte, conforme demonstrado em sua contestação (fl. 79). Assim, a recalcitrância da instituição financeira não se justifica.

Desta forma, notório o fato de que a morosidade da instituição financeira gerou impossibilidade de quitação das obrigações administrativas e tributárias nos prazos regulares, vez que toda movimentação administrativa vinculada a determinado veículo é diretamente direcionado ao número de seu RENAVAM. Certo que no procedimento próprio a autoridade da CIRETRAN local asseverou a necessidade de troca do número do RENAVAM e das placas do veículo, não poderia a autora arcar com os pagamentos do imposto antes da efetivação dos procedimentos administrativos e das providências exigidas ao banco, pois não estaria vinculado ao seu veículo, cujo prontuário está em procedimento de regularização.

Por seu turno, configura-se, no caso presente, a ocorrência de obrigação na indenização pelos danos materiais ocasionados, na medida em que a desídia da instituição financeira trouxe à autora transtornos desnecessários, pois até a adoção de suas providências, a autora ficou impedida de regularizar a documentação do veículo e, consequentemente, usufruir livremente do bem.

Outrossim, insiste a instituição financeira que houve pedido condenatório em dano moral. No entanto, como já ponderado na sentença, este não foi requerido, descabendo maiores digressões a respeito.

Por fim, não subsiste razão no apelo da autora, uma vez que a exigibilidade ou não da multa diária imposta na tutela antecipada deve ser provocada na fase de cumprimento de sentença, conforme consignado pela magistrada (fl. 155).

Como consequência, pela estória narrada, outra não poderia ser a solução da lide; a r. sentença merece ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Por tais razões, negam provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001984-55.2009.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante VALDOMIRO CRISTO, são apelados FRANCISCO MARCOS DE ALMEIDA ROSA, JOSÉ VICENTE DE ALMEIDA ROSA, MARIA ELVIRA DE ALMEIDA ROSA e MARIA LUCIA DE ALMEIDA ROSA DEPRETIS.

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 26870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Honorários advocatícios - Obrigação de entrega de coisa convertida em pecúnia e integralmente adimplida por codevedor sem a ciência e anuência dos demais - Pretensão regressiva contra os codevedores – Descabimento - Inexistência de solidariedade - Pagamento que não vincula o devedor, se este tinha meios para ilidir a ação - Art. 306 do Código Civil - Preliminar de cerceamento de defesa repelida - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de cobrança, condenando o autor a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e com os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Recorre o autor, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, pugna pela procedência da ação, nos termos da inicial.

Recurso processado e respondido.

É o relatório.

Primeiramente, não há que se falar em cerceamento de defesa, quando as provas produzidas nos autos eram suficientes para a solução da demanda,

Acesso ao Sumário

estando autorizado, no caso em apreço, o julgamento da lide no estado em que se encontrava o processo.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Conforme se verifica dos autos, trata-se de ação pela qual o autor aduz, em suma, que pagou dívida comum das partes referente a contrato de prestação de serviços advocatícios de fls. 07/10, firmado com terceiro para a defesa em ações judiciais.

Com efeito, verifica-se que a obrigação assumida pelas partes junto ao seu patrono consistia em repassar a este 15% do proveito econômico percebido com as ações judiciais.

No caso, tendo as partes recebido 145 alqueires de terra por força da ação anteriormente intentada, deveria o advogado granjear aproximadamente 21 alqueires do imóvel.

Porém, de forma unilateral, o autor converteu em dinheiro a obrigação e pagou ao credor a totalidade da dívida, pretendendo, agora, o reembolso da parte da dívida correspondente ao proveito econômico auferido pelos réus.

Em que pese a argumentação expendida pelo autor, fazia-se mesmo de rigor a improcedência da ação.

Conforme prevê o art. 265 do Código Civil, "*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*".

No presente caso, as obrigações assumidas pelas partes eram divisíveis, razão pela qual inexiste a solidariedade a respaldar a pretensão regressiva do autor.

Portanto, o ato praticado pelo autor caracteriza pagamento efetuado por terceiro, sujeitando-se à regra do art. 306 do Código Civil:

"*O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.*"

E como bem observou o magistrado *a quo*:

"*Na hipótese, o autor não demonstrou que fez o pagamento com a ciência e anuência dos requeridos, alegando, simplesmente, que efetuou o pagamento porque estava recebendo avisos de cobrança do advogado. Ademais, os réus tinham meios de ilidir a ação do credor.*

Segundo o contrato, as partes contratantes se obrigaram, a título de honorários, ao pagamento de 15% do proveito econômico havido com as ações judiciais. No documento de fls. 15 o advogado refere que o proveito econômico traduziu-se no recebimento de 145 alqueires de terra, resultando, portanto, em aproximadamente 21 alqueires a ele. Nessa mesma missiva o advogado pleiteou a conversão da extensão

Acesso ao Sumário

territorial devida em dinheiro. As declarações contidas na mensagem são incontroversas, pois os requeridos reconheceram na contestação que o pagamento dos honorários dar-se-ia por meio de alqueires de terra da Fazenda Pinhal.

Uma vez pretendido o recebimento dos honorários em dinheiro, certamente que os réus tinham o direito de discutir o valor de cada alqueire, a fim de que se chegasse ao valor final dos honorários. Veja-se que o advogado propôs o valor unitário de R$ 25.000,00 e que, segundo o autor, ao final, chegou-se a R$ 18.416,09, sendo certo que não existe nos autos qualquer elemento que comprove a realização de avaliação do imóvel na ocasião.

É dizer, aos réus era plenamente possível discutir o valor final dos honorários, por meio da impugnação do valor do alqueire. E a ausência de modificação prévia por parte do autor, tolheu-os dessa faculdade.

Também se deve salientar que o pagamento efetuado pelo autor não está bem esclarecido, quando se cotejam o documento de fl. 14 e o documento de fl. 17. Segundo se afere dos dados de fl. 14, os requeridos deveriam pagar ao advogado o equivalente a 3,22 e não 5,84 alqueires. Tanto assim é, que, conforme documento de fl. 17, os sócios "Lúcio e irmãos" efetuaram o pagamento de 3,48 e não de 6,29 alqueires. Ou seja, em relação aos requeridos, não foi considerada a diferença de 12 alqueires mencionada na carta de fl. 14. Por essa constatação, denota-se que os requeridos teriam outro motivo plausível para ilidir a obrigação perante o credor.

Por todas essas razões, conclui-se que os réus ficaram sujeitos a um prejuízo patrimonial, quando poderiam ter negociado o pagamento da dívida, não sendo adequado, portanto, onerar as posições que tinham na relação obrigacional por fato de terceiro não autorizado.

Dessa forma, estão desobrigados do reembolso, por força do disposto no art. 306 do Código Civil, acima transcrito." (fls. 133/134)

Assim, não se mostra possível vincular os réus à transação unilateralmente estabelecida pelo autor junto ao credor sem a anuência daqueles, e com evidente supressão da possibilidade de se discutir os termos do acordo.

Em outras palavras, deve-se preservar a autonomia dos réus para que negociem os prazos e valor em pecúnia da obrigação diretamente com o sujeito ativo, cabendo ao autor buscar diretamente perante o credor o reembolso do pagamento indevidamente efetuado (a parte excedente de seu débito).

Faz-se de rigor, portanto, a manutenção da r. sentença de improcedência.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0019144-24.2010.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante KARINA SANTOS DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

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 24.755)**

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

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. 1. Apontamento de saldo não reconhecido. Extravio comunicado à autoridade policial no dia da ocorrência. Responsabilidade do réu. Ônus da prova a seu cargo, pois, se alega que foi o cliente que utilizou o cartão, deve estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. 2. Negativação indevida. Dano Moral. Cabimento. Ação procedente. Recurso provido.

1. Se foi o cliente que utilizou o cartão de modo a justificar o incremento no saldo devedor da fatura, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência.

2. O dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 66/68, cujo relatório é adotado, julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. reparação por danos morais, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Apela a autora (fls. 71/74) com pedido de reforma do julgado, alegando que comunicou o apelado e o Banco Santander do extravio do cartão, conforme anotações dos protocolos destas ligações, assim como uma carta relatando o episódio. Sustenta que por várias vezes entrou em contato com o réu sobre os valores inseridos em suas faturas vincendas, mas era sempre orientada a efetuar apenas o pagamento das despesas reconhecidas. Dessa forma, o réu foi o responsável pela inserção de seu nome no cadastro de maus pagadores, acarretando-lhe a responsabilidade pelos danos que causou.

Recurso isento de preparo e respondido (fls. 76/79) pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Com todo respeito ao MM. Juízo *a quo*, a r. sentença não pode prevalecer.

No caso em exame, a autora afirmou que no dia 04.05.2010 perdeu dois cartões de crédito, o da ré e um do Banco Santander, de modo que, no mesmo dia entrou em contato com os dois bancos e recebeu como resposta que estavam bloqueados referidos cartões. Contudo, na fatura do cartão do réu veio lançado uma compra que alega não ter efetuado no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Após vários contatos em que recebia como resposta para desconsiderar tal valor e pagar apenas as compras que reconhecia, teve seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes com referência ao valor não pago.

A r. sentença, por sua vez, reconheceu ser incontroverso o fato da compra geradora do débito impugnado ter sido realizada por terceiros, a partir do extravio do cartão de crédito da autora. No entanto, entendeu o MM. Juiz sentenciante que a autora teria comunicado tardiamente o fato ao banco: "*A discussão cinge-se à responsabilidade da instituição financeira. Isto porque a requerente não conseguiu demonstrar, satisfatoriamente, a pronta comunicação do desaparecimento do cartão a sua administradora*" (fl. 67).

Mas não é hipótese de culpa exclusiva da autora, nem ocorreu descumprimento à obrigação contratual, pois ela comunicou ao réu, de pronto, a ocorrência do furto, quando tomou conhecimento do crime.

Conforme o que dispõe o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, é nula a cláusula contratual que impõe ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito roubado ou furtado até o momento da comunicação do crime. Tal avença de

Acesso ao Sumário

adesão coloca o consumidor em desvantagem exagerada e milita contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões.

Nesse sentido:

> "São nulas as cláusulas contratuais que impõem exclusivamente ao consumidor a responsabilidade por compras realizadas com cartão de crédito furtado ou roubado, até o momento da comunicação do furto à administradora. (...) Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto." (REsp. 1058221/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 4/10/2011).

Dessa forma, a quantia lançada na fatura de fls. 17 vº, não restou demonstrada e o banco, por sua vez, não cuidou de fazer a sua prova, conforme lhe competia.

Como tem sido resolvido em casos semelhantes, cumpria ao réu provar a regularidade da operação, apesar de todas as explicações dadas nos autos. E não pode bastar, é óbvio, a simples afirmação de que tais operações teriam sido feitas com a utilização do cartão. Era preciso um mínimo de prova em tal sentido.

Em tese, o sistema de informática utilizado pelo réu pode até ser "invulnerável", mas isso não se confirma na prática. Notória a crescente descoberta de fraudes e golpes contra correntistas e instituições financeiras, fato admitido pela própria entidade representativa dos bancos (FEBRABAN) em seu *site* na *internet*, como se observa de excerto extraído de voto da Ministra do E. Superior Tribunal de Justiça NANCY ANDRIGHI no julgamento de caso semelhante: "A complexidade e alcance das fraudes parecem, infelizmente, acompanhar a especialização tecnológica do sistema bancário. O Brasil, expoente mundial na área de tecnologia da informação (TI) aplicada à área financeira, também sofre com a ação de indivíduos que utilizam os novos canais de comunicação entre os bancos e seus clientes para cometerem crimes antes praticados no interior das próprias agências" (REsp 557.030, j. 16.12.2004, DJ de 01.02.2005, p. 542).

Em tais circunstâncias, não se desincumbindo o réu do ônus da prova que lhe incumbia, era mesmo incontornável o não reconhecimento de saldo apontado na fatura, pois, em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade decorrente de defeito no serviço é objetiva (art. 14, CDC).

Acesso ao Sumário

Ademais, milita em favor da autora a Declaração de Extravio de Documento de fl. 15/16, feito perante a autoridade policial no dia dos fatos, que, a despeito de encerrar presunção relativa dos fatos narrados, é de extrema responsabilidade da declarante, já que em sendo incorretas as informações veiculadas, ensejam a sua responsabilização.

Portanto, a inexistência do débito junto ao réu é incontornável.

Quanto aos danos morais, é inegável que a negativação indevida (fls. 23/24) supera o limite dos simples aborrecimentos, pois expõe a parte a constrangimentos desnecessários, obrigando-a a se explicar perante terceiros, muitas vezes não conseguindo afastar as desconfianças suscitadas.

Desnecessária prova de efetivo prejuízo concreto. Sobre isso a orientação da jurisprudência é pacífica, como se pode ver do que ficou assentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 679.166-MT (Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - DJ 23.5.2005, p. 302):

> "Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento."
>
> (Cfr. REsp. nº 110.091-MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 28.08.00; REsp. nº 196.824, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ 02.08.99; REsp. nº 323.356-SC, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ 11.06.2002)

Essa orientação da E. Corte Superior, segundo vem reiterando em seus julgados, "está consolidada no sentido de 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" (STJ - REsp 196.024-MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, J. 02/03/1999, DJ de 02.08.1999, p. 192)

E o valor da indenização deve ser concedido segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme pacificado na jurisprudência: "*O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima*" (STJ - AgRg no REsp 945.575-SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, J. 14/11/2007, DJ 28/11/2007, p. 220).

No caso, a despeito dos aborrecimentos causados, ausentes outras repercussões de maior relevo, na esteira do que tem sido decidido em casos semelhantes, tenho que é suficiente o valor da indenização fixada no valor de R$ 3.000,00, pois razoável e proporcional para o caso.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, com a devida vênia, dou provimento ao recurso da autora para declarar a inexistência do débito no valor de R$ 1.333,45 (um mil, trezentos e trinta e três reais e quarenta e cinco centavos) e condenar o réu a pagar a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais, corrigidos da publicação do acórdão e acrescidos de juros de mora a partir da citação. Em razão da sucumbência, condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0011200-10.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes IGNACIO MONDELO PRADA e IEDA DE ANDRADE MONDELO, é apelada CONSTRUTORA DE CONTI LTDA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.279)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO E CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Danos materiais. Proprietário/promitente vendedor que, instado pela Prefeitura a pagar IPTU de imóvel que já havia vendido, referente a período que não lhe competia, acabou efetuando os pagamentos e pretende a devolução. Configurada a obrigação do promitente comprador ante a apresentação da escritura pública. Determinação da devolução acertada.

Danos morais. Alegação de protesto e inserção do nome da sociedade nos órgãos de proteção ao crédito. Ausência de prova da efetivação do protesto e de que a mera cobrança tenha gerado consequências no círculo de relação comercial da autora suficientes à

Acesso ao Sumário

configuração de prejuízo reparável sob essa rubrica à pessoa jurídica. Indenização afastada.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada pela apelada contra os apelantes, dizendo ter sofrido dano material e moral em razão de inadimplemento contratual.

Alega a autora que vendeu imóvel aos réus, os quais deixaram de pagar IPTU, resultando em cobrança pela Prefeitura de São Bernardo do Campo de período que era de sua responsabilidade.

Julgada procedente a demanda, determinou-se a devolução dos valores pagos, além do pagamento de indenização por dano moral equivalente a R$ 5.000,00.

Inconformados, apelam os réus argumentando o seguinte: ***i)*** venderam o imóvel a Jefferson Mazzoni Grana em 15 de setembro de 2011, único responsável pelo pagamento do imposto; ***ii)*** a apelada não deveria ter pago o IPTU, pois bastava que providenciasse a correção no cadastro da Prefeitura ; e, por fim, ***iii)*** não há prova dos danos morais.

Com contrariedade e recolhido o preparo, subiram os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 70/72.

A questão a solucionar mostra-se extremamente singela.

Verifica-se que os recorrentes se obrigaram a arcar com *todos os impostos, taxas, tributos e despesas de condomínio, incidentes sobre o imóvel* a partir de 11 de agosto de 2010, data da lavratura da escritura de compra e venda de fls. 7/8 (cláusula 5, alínea "a").

A acionante reclama ter havido descumprimento contratual porque sofreu cobrança em razão de débito de IPTU referente ao exercício de 2012, com razão.

Os recorrentes, de seu turno, alegam ter alienado o imóvel a terceiro, em 15 de setembro de 2011, a quem imputam a obrigação pelo pagamento do imposto.

Em primeiro lugar, frisa-se que não há óbice em cobrar o IPTU tanto do promitente vendedor, quanto do comprador:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA-E-VENDA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO E POSSUIDOR. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL.

1. O art. 34 do CTN estabelece que contribuinte do IPTU "é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título".

2. A existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do

Acesso ao Sumário

IPTU não implica a exclusão automática, do pólo passivo da obrigação tributária, do titular do domínio (assim entendido aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis).

3. Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação.

4. Recurso especial a que se nega provimento.[1]

Todavia, os apelantes não podem se eximir da obrigação assumida na mencionada escritura, apenas com o argumento de que venderam o imóvel a terceiro.

Da mesma forma como deveria a apelada comunicar à Prefeitura imediatamente que vendeu o imóvel aos apelantes, estes também haveriam de comunicar que o venderam a **Jefferson**. O que se verifica é que, mesmo tardiamente, a apelada cuidou de providenciar tal alteração no cadastro (fls. 30), providência que os apelantes não tomaram.

Aliás, sequer o contrato de revenda do imóvel apresentaram, limitando-se a juntar a procuração copiada às fls. 59, que não se presta a comprovar a mutação dominial.

Evidente, então, a responsabilidade dos apelantes em restituir o imposto pago pela apelada, ressalvado o direito de regresso contra o terceiro adquirente.

Por outro lado, merece retoque a r. sentença quanto à condenação em danos morais.

No direito brasileiro, cuida-se para que não se torne banal a indenização por dano moral, capaz de justificá-la apenas e tão somente em razão de descumprimento contratual e/ou necessidade de ajuizamento de ação.

É certo que, no caso, chegou-se à conclusão de que a recorrida sofreu cobrança injusta de imposto que era devido por outrem.

Todavia, tal situação não passa de mero constrangimento, já que não há prova de que tenha gerado consequências no círculo de relação comercial da autora. Ademais, não há como tratar do desassossego, do desconforto da pessoa jurídica, que só pode ser afetada moralmente em sua honra objetiva.

Apesar de ter juntado com a inicial os avisos de cobrança e boletos pagos, não há um só documento que comprove a efetivação do protesto, ou mesmo o recebimento de intimação para que comparecesse ao tabelionato. O que se vê são instrumentos de cobrança emitidos pela Prefeitura, que mencionam, é certo, o apontamento a protesto, mas que não comprovam sua efetivação.

1 REsp 475.078/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 27/09/2004, p. 213

Acesso ao Sumário

Por esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso para afastar a condenação em danos morais, ante a inexistência de prova do prejuízo.

Em função da sucumbência recíproca, arcará cada parte com metade das custas e despesas processuais e honorários de advogado do respectivo patrono.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011176-87.2009.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante MARIA LUCIA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ROSALY MOUASSAB BOTTON, EVIROSE MOUASSAB e ALEXANDRE MUASSAB NETTO.

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 14403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES E CAUDURO PADIN.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Penhora de veículo do executado transferido posteriormente à embargante (cônjuge do devedor) por financiamento bancário - Transferência de veículo para a embargante (esposa do executado) após o ajuizamento da ação monitória, a demonstrar nítida intenção de fraudar a execução - Ademais, válida a penhora sobre o veículo, pois a embargante é casada com o executado pelo regime da comunhão universal, respondendo o patrimônio do casal pela dívida contraída pelo cônjuge executado - Adoção dos fundamentos da sentença pelo Tribunal - Incidência do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso negado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de embargos de terceiro ajuizado por **MARIA LÚCIA RIBEIRO em face de SALMA ZAKZOUK MOUASSAB** (substituída por seus herdeiros **ROSALY MOUASSAB BOTTON E OUTROS**) **e BV FINANCEIRA S/A, denunciada à lide**, cuja r. sentença de fls. 86/89 julgou improcedentes a ação e a lide secundária, condenando a embargante nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 1.000,00 (mil reais), com suspensão de sua exigibilidade por litigar a sucumbente sob o amparo da justiça gratuita.

Apela a embargante (fls. 93/95), alegando, em apertada síntese, que adquiriu através de financiamento bancário um automóvel de modelo/marca Corsa Super GM, ano 1997, placa CNV 3745. Afirma que foi surpreendida com o mandado de penhora do referido veículo em ação monitória ajuizada por Salma Zakzouk Mouassab em face de Roberto Amaral do Nascimento (cônjuge da embargante). Alega que não contraiu dívida alguma e que não é parte na monitória, motivo pelo qual a penhora sobre o veículo de sua propriedade não pode subsistir.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação de embargos de terceiro ajuizada pela apelante alegando que não é parte na ação monitória (processo nº 1767/00) que Salma Zakzouk Mouassab, substituída por seus herdeiros, promove em face de seu cônjuge (Roberto Amaral do Nascimento), motivo pelo qual a penhora do veículo marca/modelo Corsa Super GM, ano 1997, placa CNV 3745, por ela adquirido através de financiamento bancário, não pode subsistir.

O recurso é desprovido.

Isso porque a bem lançada decisão monocrática analisou de forma percuciente a controvérsia, devendo ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, que ficam integralmente adotados para o desprovimento do recurso, conforme permitido pelo art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Reza o art. 252 do RITJ: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Possível, assim, o exame do recurso quanto ao tema abordado pela recorrente, com a ratificação expressa dos fundamentos da sentença.

A propósito, o C. STJ já sedimentou o entendimento de que "*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*

Acesso ao Sumário

ausência de fundamentação no decisum" **(REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. de 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).**

No mesmo sentido são diversos os precedentes desta Câmara, que tem utilizado o destacado dispositivo regimental para evitar tautologia e promover a celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB): **Apelação nº 9195569-78.2003.8.26.0000, rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, j. 24/08/2011; Apelação nº 0004716-98.2009, rel. Des. Cauduro Padin, j. 24/08/2011; Apelação nº 9080079-42.2002.8.26.0000, rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva, j. 17/08/2011; Apelação nº 0001663-90.2010.8.26.0597, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 30/03/2011,** entre outros.

Incontroverso nos autos que a ação monitória promovida por Salma Zakzouk Mouassab em face de Roberto Amaral do Nascimento (cônjuge da embargante) foi ajuizada em 2000, sendo certo que o veículo foi penhorado em 13 de fevereiro de 2012 (fls. 9).

Observa-se, ainda, que em 22/07/2008, o automóvel encontrava-se registrado em nome do devedor, sem qualquer restrição (fls. 65).

Posteriormente, visando à aquisição do veículo em debate, emitiu a embargante a cédula de crédito bancário nº 770034083, financiamento concedido pela BV Financeira (fls. 30), ajustando-se o pagamento da primeira parcela em 31/08/2009 e da última em 31/08/2009, financiamento integralmente quitado pela apelante que, sem qualquer reserva, transferiu o veículo para o seu nome (fls. 77).

Nesse panorama, denota-se que a aquisição do veículo penhorado pela embargante teve intuito de fraudar a execução, na medida em que, após o ajuizamento da ação monitória, em fase de cumprimento de sentença, foi transferido pelo devedor para a apelante (sua esposa), com o nítido propósito de evitar a penhora do referido bem.

Acesso ao Sumário

Ademais, conforme observou o d. Juiz de Direito na sentença, válida a penhora do veículo, pois a embargante é casada com o executado pelo regime da comunhão universal de bens (fls. 8).

Nesse contexto, o patrimônio do casal responde pelo débito, até porque não demonstrado pela recorrente que a dívida não se reverteu em seu benefício.

Por isso, caso de ratificação dos fundamentos da decisão recorrida para mantê-la, nos termos do art. 252 do RITJ, negando-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002104-23.2009.8.26.0204, da Comarca de General Salgado, em que é apelante MAURA REGINA CRUZEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), sendo apelado DANIEL BEZERRA MARTINS.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY E RUI CASCALDI.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL FOI NEGOCIADO PARA BENEFICIAR A FILHA DA AUTORA E SEU COMPANHEIRO COM O PRODUTO DA ALIENAÇÃO - RELACIONAMENTO DESFEITO, COM A RETENÇÃO PELO RÉU DO CORRESPONDENTE VALOR - AÇÃO DE COBRANÇA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO - HIPÓTESE, PORÉM, EM QUE ERA ADMISSÍVEL A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL - APLICAÇÃO DO ART. 402, II, DO CPC - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - SENTENÇA ANULADA PARA QUE OUTRA SEJA PROFERIDA APÓS REGULAR INSTRUÇÃO - RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

A sentença de fls. 69/72, cujo relatório é adotado, julgou extinta ação de cobrança, sem apreciação do mérito (artigo 267, VI, do CPC), condenada, a autora, ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00, mas observada a gratuidade processual.

Apelou, a vencida, invocando cerceamento de defesa, porquanto era

necessária a produção da prova testemunhal oportunamente requerida.

Recurso tempestivo, contrarrazoado e isento de preparo.

É o relatório.

VOTO

Alegou a autora, na inicial, que era proprietária de um imóvel adquirido da CRHIS - Companhia Regional de Habitação e Interesse Social, no qual autorizou sua filha e o então companheiro a residir. Depois de dois anos, seu genro pediu autorização para alienar o bem, para com o produto obtido adquirir uma aparelhagem de som que lhe renderia um bom salário mensal. O imóvel foi compromissado à venda por R$ 14.000,00 e com este valor foi adquirida a referida aparelhagem. Todavia, noventa dias depois, o casal veio a separar-se e o companheiro de sua filha foi embora sem devolver o aparelho ou o valor da alienação do imóvel, motivo pelo qual foi ajuizada a presente ação.

O réu foi regularmente citado e as partes especificaram as provas que pretendiam produzir (fls. 61/62).

Infrutífera a tentativa de conciliação (fl. 67), foi proferida a sentença julgando extinto o processo, sem apreciação do mérito, porque a negociação, de valor superior ao décuplo do salário mínimo, não poderia ser comprovada mediante prova meramente testemunhal.

Malgrado o respeito devido ao entendimento esposado pelo douto magistrado, dele se diverge.

É certo que o art. 401 do CPC veda a utilização da prova exclusivamente testemunhal com o objetivo de demonstrar a existência de negócio jurídico cujo valor seja superior ao décuplo do salário mínimo vigente ao tempo da contratação.

Ocorre que, no caso dos autos, a negociação deu-se em virtude do parentesco que ligava a autora à sua filha, que vivia maritalmente com o réu. Em razão desse relevante fato é que a autora, segundo alega na inicial, concordou em alienar o imóvel que lhe pertencia, para que com o produto da venda o casal pudesse adquirir uma aparelhagem de som, que possibilitaria ao companheiro de sua filha o incremento de sua renda mensal. Vale dizer, com seu gesto a autora pretendeu dar melhores condições de vida à filha, não se preocupando em obter uma comprovação documental da transação. Deixa-se claro que estas são as alegações da inicial e que deverão ser objeto de prova.

Incide no caso, portanto, o disposto no art. 402, II, do CPC, que admite a prova testemunhal, independentemente do negócio que pretende se demonstrar, quando a parte não pode ou não podia, "moral ou materialmente, obter a prova escrita da negociação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em geral" (g.n.).

Acesso ao Sumário

A extinção do processo, sem que a autora pudesse comprovar os fatos constitutivos de seu direito, importou em inegável cerceamento de defesa.

O caso, pois, é de provimento do recurso, ficando anulada a sentença, outra devendo ser proferida após regular instrução.

Ante o exposto, para o fim assinalado, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9261361-03.2008.8.26.0000, da Comarca de Ipauçu, em que são apelantes CS7 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., PAULO JOSE SARMANHO (JUSTIÇA GRATUITA) e PATRICIA RAQUEL BARONE SARMANHO, são apelados OS MESMOS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Recurso do réu não provido. Apelo dos autores provido em parte, com determinação."**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), COELHO MENDES E ROBERTO MAIA.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. LOTE NÃO DESMEMBRADO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO NULO. OBJETO ILÍCITO. LEI Nº 6.766/79. ART. 166, INC. II, DO CC/02. RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR.

O réu alienou aos autores lote de terra que não foi desmembrado. Impossibilidade. Descumprimento da Lei nº 6.766/79, que contém norma cogente proibitiva (art. 37).

Compromisso de venda e compra. Nulidade. Objeto ilícito (art. 166, inc. II, do CC/02). Retorno das partes ao estado anterior. Devolução integral dos valores pagos.

Juros de mora. Percentual de 0,5% à luz do CC/16.

Percentual de 1% após a vigência do novo Código Civil (art. 406).

Recurso do réu não provido. Apelo dos autores provido em parte, com determinação.

VOTO

1. - A sentença proferida pela **Doutora Fabíola Oliveira Silva** julgou procedente o pedido para declarar rescindido o contrato firmado entre as partes, bem como declarar inexigíveis os títulos constantes das iniciais e condenar o réu a restituir aos autores os valores pagos, deduzidos 5% a título de multa. A sentença também julgou procedentes as medidas cautelares, tornando definitivas as liminares deferidas, condenando o réu ao pagamento das custas, das despesas processuais e da verba honorária advocatícia, arbitrada em 10% sobre o valor da condenação.

O réu recorreu da sentença. Alegou, em síntese, que ocorreu litispendência; que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda; que mesmo tendo havido a notificação dos autores, não é suficiente para a anulação do contrato; e que os autores litigam de má-fé.

Os autores também recorreram. Sustentaram que os juros devem ser fixados em 1% ao mês; e que a multa deve ser reduzida a 2%.

Apenas os autores apresentaram resposta.

O processo foi redistribuído por determinação da 18ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

2. - O réu não é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, como alegou na contestação e na apelação.

É certo que no contrato que os autores buscam rescindir consta *PAZ - Empreendimentos Imobiliários Ltda.* como promitente vendedora do imóvel, mas as duplicatas mercantis que o réu não negou que tivessem causa nas prestações do negócio foram sacadas por ele que, ademais, faz parte do mesmo grupo econômico, como demonstra expressamente o contrato de fls. 33 do apenso nº 324/2006.

Diante desse quadro, no qual ambas as pessoas jurídicas também têm em comum o mesmo sócio e representante legal do réu, *Cleber Roberto Salvador Bertero* (fls. 32/37 do apenso nº 324/2006 e fls. 33/38 dos autos), não há ilegitimidade passiva a ser reconhecida, como bem anotou a sentença.

De outra parte, há evidente prejudicialidade entre o processo de nº 422/2006 e os demais de nºs 899/2006, 558/2006, 738/2006 e 404/2006, porquanto em todas elas os autores pediram a rescisão do mesmo contrato, qual

Acesso ao Sumário

seja o compromisso de venda e compra de fls. 32/37 dos autos nº 324/2006.

É certo que cada uma cuidou da declaração de inexigibilidade de duplicata mercantil diversa, mas em todas houve o pedido de desfazimento do mesmo ajuste, demonstrando a absoluta impossibilidade da repetição do mesmo pedido em cinco ações sucessivamente ajuizadas.

Logo, apenas o pedido de rescisão do contrato formulado na primeira demanda aforada pelos autores deve ser julgado, restando prejudicados os demais.

Quanto ao mais, consta do compromisso particular de venda e compra firmado entre as partes que foi alienada parte de imóvel que não foi adequadamente parcelado pelo vendedor, nos termos do que determina a Lei nº 6.766/79.

A compromissária vendedora declarou no contrato ser a legítima proprietária de uma gleba de terras com área de 2.141.500 m2, equivalente a 88,4917 alqueires, ou 241,15 hectares, na cidade de Bofete/SP, e compromissou a venda aos autores o que seria o futuro módulo nº 17, de 20.000 metros quadrados (fls. 32/37 dos autos nº 324/2006).

Sucede que, nos termos art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.766/79, o parcelamento da terra deve ser feito mediante desmembramento ou loteamento:

> **Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.**
>
> **§ 1º - ...**
>
> **§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.**

Referido normativo, que cuida especificamente do parcelamento do solo, dispõe a respeito do obrigatório procedimento que deve ser observado pelo loteador que pretende dividir o imóvel e alienar os lotes, envolvendo a elaboração do projeto - que deve ser aprovado pela Municipalidade - e o competente registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Explica Marco Aurélio S. Viana: ***"Para parcelar o solo para fins urbanos o empresário está adstrito a um procedimento administrativo, que se inicia com a determinação das diretrizes a serem seguidas, ditadas pelo poder Público, até a aprovação por este do projeto; depois temos a fase do Registro Imobiliário, quando o loteador, atendidas as exigências legais, obtém o registro, passando o parcelamento ao campo jurídico. O loteamento só será regular quando obedecidas essas duas fases: se isto não ocorreu, ele é***

Acesso ao Sumário

***irregular, ou melhor dizendo: não basta apenas a aprovação, é indispensável o registro, para que se tenha a regularidade pretendida pela lei*"** (Comentários à Lei sobre o Parcelamento do Solo Urbano, Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 121).

Daí a norma cogente proibitiva disposta no art. 37 da Lei nº 6.766/79, *in verbis*: **"É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado"**.

Vale observar que a preocupação com o parcelamento do solo vem desde que o homem se urbanizou e intensificou-se com a Revolução Industrial. **"*No Brasil, as cidades desenvolveram-se desde a Revolução de 1930 quando apareceu a nova modalidade de comércio, ou seja, de venda de terrenos a prestações. Foi uma decorrência imposta pelas contingências econômicas das pessoas. O comprador não dispunha de condições para atender, de pronto, a soma exigida pelo vendedor; permitiu-se, então, que ele saldasse o preço em prestações, coadunadas ao seu poder econômico. Em geral, o proprietário se comprometia a vender o terreno em prestações periódicas, mas incluindo na avença a cláusula resolutiva expressa em ocorrendo a simples mora no atraso das prestações. Estipulava-se cláusula de decaimento, por meio da qual o promissário inadimplente perdia todas as quantias entregues. Inclusive, tolerava-se a mora com a finalidade pura e simples de rescindir a convenção e locupletar-se com o que havia recebido. Decorrência, disso, lesados, os promissários perdiam as economias, conseguidas com grande sacrifício, e o imóvel. Não podia passar desapercebida a situação vigente. Os legisladores começaram a se preocupar com o fenômeno*"** (Arnaldo Rizzardo, Promessa de Compra de Venda e Parcelamento do Solo Urbano, 6ª ed., Ed. RT, p. 15/16).

Verifica-se assim, no caso dos autos, a nulidade do contrato de alienação do pretenso lote de terra pelo réu antes do regular desmembramento ou loteamento do imóvel nos termos da lei de regência, por conter objeto ilícito, conforme dispõe o art. 166, inc. II, do Código Civil/2002.

Declarada a nulidade do compromisso de venda e compra, as partes devem retornar ao estado anterior ao ajuste, qual seja o réu deve devolver aos autores os valores por eles pagos, sem retenção de qualquer natureza, acrescidos de correção monetária e juros de mora desde os efetivos desembolsos, estes no percentual de 0,5% ao mês, até a vigência do CC/02, quando passará a ser contado no percentual de 1% (art. 406 do CC/02).

Em razão da irregularidade verificada no parcelamento do solo, impõe-se a notícia do fato ao Ministério Público.

3. - Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso do réu e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo dos autores para condenar o réu a devolver todos os valores por eles pagos, nos termos explicitados, mantidos os demais termos da sentença, com determinação para ofício ao Ministério Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0001984-37.2006.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que são apelantes EDUARDO AUGUSTO MARCONI (INTERDITANDO) e ERIVALDO ANTONIO MARCONI (CURADOR), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21474)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: INTERDIÇÃO - Sentença de procedência com suporte em laudos periciais consistentes e idôneos - Alegação de cerceamento de defesa porquanto não realizada a reavaliação médica do paciente, requerida ao argumento de melhora significativa do quadro clínico do paciente – Descabimento - Cerceamento de defesa inocorrente - Atestado médico juntado aos autos após o sentenciamento do feito sem o condão de afastar ou alterar os precisos diagnósticos e laudos conclusivos dos peritos judiciais - Interdição bem decretada - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 261/263) que julgou procedente o pedido de interdição, nomeou o genitor como curador do requerido; decretou a interdição definitiva de Eduardo Augusto Marconi, declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3º, inc. II, e do art. 1767, inc. I, do Código Civil. Nas razões de irresignação sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos (fls. 281/283); aventando a necessidade de realização de nova perícia médica, requerida antes do sentenciamento do feito.

Embargos de declaração a fls. 274/275 rejeitados a fl. 276.

Recebido o apelo a fl. 284, tempestivo e isento de preparo. A douta

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça, a fls. 291/294, se manifestando pelo improvimento da irresignação recursal.

É o relatório.

Meu voto nega provimento ao apelo, mantém a bem lançada sentença por seus próprios fundamentos.

Extrai-se dos autos que a ação de interdição foi intentada pelo Ministério Público, instruída de protocolado oriundo da Justiça de Trabalho local, com base na conduta temerária desenvolvida pelo requerido - reclamante no Processo 1437/97-7 -, vez que insistente e habitualmente ameaçava Juiz e funcionários da Justiça do Trabalho, de forma verbal e por escrito, utilizando-se de expressões grosseiras e ofensivas à honra e à dignidade, permeadas de palavras de baixo calão, além de proferir ameaças constantes à Juíza que atuava naquela Vara de Trabalho (fls. 19/20). Tudo a denotar ser portador de grave doença mental, pois apresentava, à evidência, sinais exteriores de séria anomalia psíquica.

O requerido foi regularmente citado (fl. 58), interrogado pelo Juízo a fl. 61 e submetido à perícia especializada por duas vezes, conforme laudos de fls. 84/86 e 242/244, oportunidades em que se recomendou a interdição temporária do periciando.

O primeiro exame pericial a que submetido aos 12/01/2007, concluiu tratar-se o periciando de pessoa saudável fisicamente, porém portadora de transtornos de conduta (CID 10 F 91); transtorno de estresse pós-traumático (CID 10 F 43.1) e transtorno esquizotípico (CID 10 F 21); "*... está emocionalmente e mentalmente alterado, não se apresenta apto, no momento, para os atos da vida civil; e deverá ser submetido a tratamento médico psiquiátrico com equipe multidisciplinar. Deverá ser novamente reavaliado ao cabo de 1 ano. Sua interdição deverá ser temporária, por isso a avaliação solicitada daqui a 1 ano*" (fls. 85/86), com respostas aos quesitos formulados a fl. 63.

Interdição temporária, por prazo indeterminado, decretada a fls. 100/102, nomeado seu genitor para o cargo de curador. Realizada nova perícia médica aos 02/02/2009 (fls. 152/155), cujo diagnóstico apontou o acometimento de transtorno delirante persistente não especificado (F 22.9); distúrbio de conduta e personalidade paranoica (F 60.0 e F 43.1); estado de estresse pós traumático; mal adquirido e de caráter transitório, devendo ser mantida a interdição e reavaliação no prazo de dois anos (fl. 154). Daí se seguindo o decreto de interdição e a nomeação de seu genitor como curador definitivo.

O inconformismo se baseia na circunstância de o interditando supostamente apresentar melhora significativa em seu quadro clínico, haja vista a continuidade do tratamento medicamentoso a que vem se submetendo desde a perícia médica, conforme se verifica do atestado médico do CAPS III (Centro de Atenção Psicossocial III) da Comarca de Rio Claro acostado a fl. 266.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, o requerimento para a realização de nova perícia para a reavaliação do interdito. Pedido afinal não apreciado pelo Juízo, mas rejeitado em sede de embargos de declaração, indeferimento que teria acarretado cerceamento de defesa, segundo o seu entendimento.

Pois bem. A decisão recorrida há convir, não merece reparo. Como bem observado pelo i. sentenciante, o atestado médico apresentado não afasta a conclusão da perícia e nem afirma a plenitude da capacidade civil do interditando.

De fato, aquele atestado (fl. 266) apenas refere a continuidade do tratamento psiquiátrico no CAPS III (CID 10 F 21/F 41), com uso diário de medicamento específico e que evolui com melhora significativa dos sintomas persecutórios e dos sintomas de ansiedade com o uso regular da medicação prescrita (Risperidona). Apenas isso.

Não há indicação de nova reavaliação, quiçá por ainda não ser o momento oportuno, e tampouco recomendação de cessação da interdição pela recuperação definitiva de sua capacidade e equilíbrio mental para a prática de todos os atos civis. O relatório apenas atesta o comparecimento em consulta médica ambulatorial, a continuidade do tratamento proposto, a regularidade na ingestão do medicamento prescrito e a resposta positiva ao medicamento eleito (fls. 238 e 266). Nada mais.

Isso tudo como quer que seja, ao contrário do sustentado, representava muito pouco, *data venia*. Quem está **em tratamento** tem a expectativa de **se curar**, ainda quando sem perspectiva *imediata* de **alta médica**. Quando não, cumprirá saber **até que ponto** as faculdades mentais do requerido ainda se encontravam comprometidas, ou não. Circunstância ali não esclarecida. Logo, não se pode pretender curado o paciente com base apenas naquele atestado médico e na carteira profissional. Insista-se, ali dando conta apenas e exatamente de o requerido **se encontrar em tratamento** psiquiátrico (CID 10 F 21/F 41), mas **sem nenhuma previsão de alta médica**, convenha-se.

Ademais, suficientes as provas contidas nos autos, hábeis a formar o convencimento do julgador, podendo este conhecer diretamente do pedido com o julgamento da lide no estado sem incorrer em ofensa ao contraditório, segundo o comando contido no art. 330 do Código de Processo Civil. Ao magistrado cabe o exame da necessidade ou não da realização das provas requeridas, bem como estrita observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório. No caso, o julgamento se justificava ante o suporte das provas técnicas realizadas, sérias e competentes (fls. 83/86 e 242/244), a concluir pela incapacidade total e permanente para gerir e administrar os seus bens e praticar os atos da vida civil. Ausente, pois, prejuízo ou violação constitucional. Daí porque não há se falar em cerceamento de defesa.

Todavia, evidente que a medida poderá ser revista a qualquer tempo,

Acesso ao Sumário

mediante o sucesso do tratamento apropriado a que submetido e periciamento médico periódico, até que se encontre o paciente apto a cuidar de seus próprios interesses, o que viabilizaria o levantamento da interdição.

Disso se seguindo, pelo meu voto, o improvimento da irresignação recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002406-48.2012.8.26.0430, da Comarca de Paulo de Faria, em que é apelante PAULO CESAR BARRACHI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22578)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ E PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 27 de setembro de 2013.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Envio de cartão de crédito não solicitado - Prova que demonstra a autorização para emissão e cobrança - Apelante que manifesta interesse no cancelamento - Ausência de qualquer utilização - Rescisão da relação jurídica confirmada - Devolução das quantias cobradas determinada - Restituição em dobro - Pretensão incabível - Situação que não repercutiu de forma mais grave - Dano moral não configurado - Sentença de parcial procedência mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 79/81, cujo relatório fica adotado, proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcelo Asdrúbal Augusto Gama, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos morais ajuizada pelo apelante.

Sustenta o recorrente, em síntese, o equívoco da r. decisão ao deixar de reconhecer no caso lesão à sua honra. Descreve os fatos, afirmando que o envio de cartão de crédito sem solicitação é considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva, caracterizando dano de natureza moral. Discorre sobre o instituto. Aduz restar comprovada nos autos a deficiência na prestação dos serviços. Transcreve julgados que entende aplicáveis ao caso. Prequestiona a matéria. Pede o provimento do recurso com o julgamento de procedência total da ação, reconhecendo-se, no caso, a ocorrência de dano moral indenizável (fls. 83/97).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 100/108), anotada a concessão dos benefícios da assistência judiciária ao autor (fls. 29).

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

Noticia o autor na inicial a emissão e envio de cartão de crédito pelo réu sem qualquer solicitação de sua parte, informando ainda a cobrança de valores a título de anuidade e encargos, por débito automático em sua conta, também não autorizado.

Pois bem.

Ao contrário do que afirma o autor, demonstram os autos que a emissão de cartão deu-se em atendimento à sua autorização quando da abertura da conta corrente, oportunidade em que firmou o "Termo de Adesão a Produtos e Serviços Pessoa Física" por meio do qual também autorizou a cobrança de despesas por débito em conta (fls. 55/58).

Assim, como bem identificou o Ilustre Sentenciante (fls. 80), "os pedidos estão fundamentados em uma alegação falsa do autor, ...". Continuando: "nada mais antiético para quem alega que sofreu dano moral".

No caso em apreço, ao que parece, após o recebimento das faturas com as cobranças, houve o arrependimento por parte do autor, tentando, sem sucesso, o cancelamento do cartão.

Por outro lado, verifica-se que não houve qualquer utilização do "plástico", limitando-se as cobranças em débitos de parcelas de anuidade e encargos da mora.

Ora, como bem destacado na r. sentença "a não utilização do produto ou serviço, é verdade, implica que não existe anuidade para ser paga. Até porque o consumidor pode, a qualquer tempo, desistir do serviço e pagar somente o que usou, e se não usou nada, pagar nada.".

Assim, diante de tais peculiaridades e atentando-se para a clara manifestação do autor em cancelar o cartão, correta a rescisão da relação jurídica dele decorrente, determinando-se a devolução da importância indevidamente

Acesso ao Sumário

debitada de sua conta corrente.

Anote-se também que não há de se cogitar no caso da devolução em dobro. Isso porque não houve má-fé da instituição-ré na aludida cobrança que até então entendia devida, mostrando-se, assim, descabida a pretensão de incidência da penalidade estatuída no artigo 42, parágrafo único do CDC e também do artigo 940 do Código Civil.

Da mesma forma, da situação não decorreu dano de natureza moral como alegado, o que inviabiliza a pretensão indenizatória deduzida nas razões recursais.

Isso porque os fatos não tiveram maiores repercussões, sobretudo externas ao âmbito do autor, o que afasta qualquer alegação de abalo de ordem psicológica capaz de gerar direito à indenização.

Assim, conclui-se que a situação narrada não ultrapassou o limite do mero transtorno, o qual, passível de ocorrer no dia-a-dia, notadamente em relações de consumo como a presente, não é suficiente a ensejar ofensa de natureza moral, levando ao direito de indenização.

Assim, na esteira desse entendimento, a sentença hostilizada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, anotando-se que não violou qualquer dispositivo legal, notadamente aqueles prequestionados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021445-54.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante ITAU UNIBANCO S/A, é apelada ELOISA CAETANO CINTRA (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. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.456)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA.

São Paulo, 27 de setembro de 2013.

CAUDURO PADIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Declaratória c.c repetição de indébito. Tarifas de registro de contrato e de avaliação do

bem. Tarifas fora da suspensão objeto do recurso Repetitivo nº 1.251.331-RS. Resolução do BACEN - pacto expresso - ausência de demonstração de abuso. Ação improcedente. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente ação declaratória c.c. repetição de indébito e exibição de documentos, condenada a ré a restituir à autora, de forma simples, as quantias referentes às tarifas de registro de contrato e avaliação de bens com os consectários legais, acrescido das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Recorre o Banco.

Sustenta a impossibilidade jurídica do pedido; tarifas com previsão em Resolução do Banco Central; previsão contratual; pacta sunt servanda; ausência de ilicitude; cobrança devida; locupletamento indevido; por fim, quer a reforma da decisão.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, sem resposta, fl. 113v.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito e exibição de documentos.

Alega a autora, ora apelada, que celebrou contrato de financiamento de veículo com o réu no qual há cobrança indevida das tarifas de proteção financeira; registro de contrato e tarifa de avaliação de bem (fl.81). Pretende a restituição em dobro com os consectários legais.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação determinando a restituição simples apenas das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bens, com exceção da tarifa de seguro de proteção financeira (fls. 85/87).

O contrato prevê a cobrança da tarifa de **registro de contrato** (R$ 55,66); de **avaliação de bens** (R$ 209,00) e de **seguro de proteção financeira** (371,93) - fl. 56.

Nesse contexto, inexiste ilegalidade quanto a cobrança das despesas com **registro de contrato e de avaliação do bem**, devido à sua pactuação e falta de abuso e/ou potestatividade.

Nesse sentido:

"COBRANÇA DE TARI FAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TARIFA DE CADASTRO E **TARIFA DE REGISTRO**

Acesso ao Sumário

DE CONTRATO - autorização do Banco Central do Brasil, por meio da Resolução nº 3.518/2007 - pacto expresso - ausência de demonstração de abuso - recurso da autora não provido e recurso do réu provido para o fim de ser julgada a ação improcedente" (TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, Ap. n. 0007812-10.2011.8.26.0196, rel. Des. Castro Figliolia, j. em 14.3.2012);

Em todos os casos, as taxas foram expressamente previstas, com discriminação clara quanto ao valor cobrado, havendo destaque e prévio conhecimento por parte do apelado, respeitado o direito de informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC). Nesses termos, cumprida também a disposição constante do art. 1º, da Resolução n. 3.919/10, do Bacen:

"*Art. 1º A cobrança de remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, conceituada como tarifa para fins desta resolução, deve estar* ***prevista no contrato*** *firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço* ***previamente autorizado*** *ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário*".

Houve, outrossim, informação quanto ao Custo Efetivo Total (art. 1º, *caput*, da Resolução n. 3.517/07, do Bacen), aí abrangidos "*os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos , tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição*" (art. 1º, § 2º, da mesma Resolução).

Assim, inexiste abusividade. Assim tem sido o entendimento desta Câmara:

"*Ação revisional. Procedência parcial. Contrato de financiamento. Tarifas de abertura de cadastro, de serviço de terceiros, registro de contrato e avaliação do bem. Pactuação e ausência de abuso. Recurso provido. Ação improcedente.*" (Apelação Cível n. 0005189-40.2011.8.26.0400, TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Cauduro Padin)

Ademais, o afastamento das tarifas apenas levaria à inclusão do valor correspondente no próprio *spread*, elevando-se outros tipos de serviço ou a própria taxa de juros.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00, art. 20, § 4º do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028407-48.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ILGMARA MINDERS, é apelada FÁTIMA REGINA BOFFE MINDERS.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, prejudicado o agravo retido, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.020)**

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

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: AGRAVO RETIDO - Reiteração - Questão a envolver reintegração liminar na posse de imóvel - Aspecto superado, com o julgamento do mérito do pedido - Recurso prejudicado.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Comodato - Exegese do artigo 581 do Código Civil - Partes que firmaram dois contratos sobre imóveis distintos - Tempo próprio para a finalidade da avença - Necessidade de rescisão de ambos os pactos - Situação não ocorrente - Pedido improcedente - Apelação provida.

VOTO

1. Apela-se de sentença (fls. 89/91), de relatório adotado, que julgou procedente ação de reintegração de posse fundada em comodato, proposta pela apelada à apelante - honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Diz-se que o pedido é incompatível com a indivisão do bem - de propriedade de três condôminos, certo que apenas um deles pretende seja o imóvel desocupado. Insiste que os netos não pretendem prejudicar a avó, anciã de mais de 90 anos, e que é o caso, se assim entendido, de extinção de condomínio. A desocupação em nada beneficiará a apelada e a relação jurídica não se limita a simples contrato de comodato. O filho da apelante, marido daquela, era o proprietário da casa. Em setembro de 1990, cedeu o imóvel em comodato para sua mãe, que demanda cuidados especiais em face da idade, para que um outro filho (de nome Juris Minders e que reside em casa ao lado),

Acesso ao Sumário

pudesse se tornar vizinho e dedicar cuidados de que necessita. Em contrapartida, a apelante cedeu outro imóvel de sua propriedade, também em Osasco, para seu filho Janis e a apelante residirem. Por meio dos dois comodatos, deu-se troca para acomodação dos interesses. Com o posterior falecimento de Janis, a apelada herdou o imóvel ocupado pela apelante, na proporção de 1/3, e os filhos (netos da apelante) jamais manifestaram intenção de desalojar a avó. Os cuidados de que esta necessita não poderiam ser tomados se não residisse ao lado do filho e não há razão para disso alterar - certo que paga os tributos do imóvel ocupado pela apelada, com exclusividade (fls. 94/99).

Veio resposta (fls. 104/106) - reiterado agravo retido (fls. 74/75).

É o relatório.

2. Conhece-se do agravo retido, reiterado em contra-razões. Porém, a questão relativa à reintegração liminar na posse, nesta altura dos acontecimentos, está prejudicada - porque o mérito será a seguir definido.

Apelação fundada. A relação jurídica não haveria de ser resolvida de forma simplista, como entendeu a sentença. Há aspectos de maior relevância, não considerados no desate do litígio.

Como apurado, a apelante é sogra da apelada. A descrição constante do registro imobiliário de fls. 14/17 indica que, em determinada época, a apelante foi titular do domínio - em face das posteriores sucessões, o bem acabou no domínio da apelada, na proporção de 1/3 (R.10 da matrícula - fl. 16/17).

De toda sorte, o que se apurou (sem impugnação específica) foi situação no sentido de que o filho da apelante, Janis Minders (casado com a apelada), firmou instrumento particular de comodato com sua mãe, em 24 de setembro de 1990 (fls. 63/64), cedendo o imóvel objeto da ação para seu uso e residência (a apelada também anuiu). Em 11 de dezembro de 1990 (cerca de pouco mais de dois meses depois), a apelada cedeu em comodato outro imóvel ao filho Janis, também para seu uso e residência (fls. 65/66), do qual, igualmente, a apelada subscreveu, passando esta a ali morar. Ou seja, houve uma troca de imóveis - tudo sob a justificativa (plausível, diga-se) de que a apelada, senhora idosa (nascida em 08 de novembro de 1919 - fl. 56 - atualmente com quase 94 anos), pudesse residir ao lado doutro filho (Juris Minders) e deste recebesse cuidados de que necessita.

Acesso ao Sumário

Não se desconhece o teor do artigo 1.314 do Código Civil, no sentido de que cada condômino pode, além doutras coisas, defender sua posse sobre a coisa. Porém, não é possível, igualmente, olvidar aquilo previsto no seu artigo 581, que estabelece que, se o comodato não tiver prazo convencionado (como aqui ocorreu), será presumido o tempo necessário para o uso concedido.

As partes envolvidas, como acima posto, firmaram dois comodatos diversos, quase que simultaneamente. E, nitidamente, a intenção foi a de conciliar

a situação na época, coisa que vige até os tempos atuais - como apurado. Aliás, com mais razão a apelada necessita atualmente de cuidados de seu outro filho, que reside ao lado dela (vide endereço constante da procuração de fl. 38), em face de sua idade avançada - mais de 93 anos.

Como escreve Nelson Rosenvalt a respeito do artigo 581, do CC "*Por isso, a norma enfatiza que, na ausência do prazo convencional, o termo moral será o necessário para o alcance das finalidades do uso concedido*".

E prosseguiu: "*Tempo de restituição inferior implicaria lesão ao princípio da boa-fé objetiva pelo abuso do direito potestativo de resilição contratual*" (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, Ed. Manole, pág. 459).

É certo que a parte final do citado artigo 581 excepciona a regra geral, sempre que o comodante demonstre urgente e imprevisível necessidade para a retomada do imóvel. Nas especiais circunstâncias, forçoso convir que nada disso foi, aqui, comprovado. A apelada não justificou, como lhe competia, a razão pela qual pretende desalojar sua idosa sogra do local - se ela própria, apelada, reside noutro imóvel de propriedade da sogra (e sem nada pagar em termos de tributos, como afirmado - vide fls. 67/70).

Na situação de fato, pois, circunstancialmente, inviável se acolher a pretensão - sem que, antes, também se resolva o comodato sobre o imóvel utilizado pela apelada como residência.

O julgamento passa a ser, portanto, de improcedência do pedido - invertida sucumbência (custas, despesas e honorários, arbitrados em R$ 1.000,00 - artigo 20, § 4º, do CPC).

3. Pelo exposto, prejudicado agravo retido, provê-se a apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0011998-53.2007.8.26.0152, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CASA DE CARNES DSR LTDA. EPP e LUIZ FELIPE MAGNANI POMIGLIO, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

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 23.730)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente), JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO

Acesso ao Sumário

COSTA E MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA - Hipótese em que os autores pretendem o ressarcimento de valores provenientes de cheque nominal e cruzado depositado e compensado em conta de terceiro fraudador, após extravios - Inexistência de responsabilidade do banco sacado - Impossibilidade de conferência do endosso, em razão do depósito em conta corrente de outra agência - Reclamação do estorno após a compensação do cheque - Inexistência de culpa ou responsabilidade do banco - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça - Sentença mantida - Apelo improvido.

Dispositivo: negam provimento ao recurso.

VOTO

Recurso de apelação interposto por **Casa de Carnes Dsr Ltda. EPP** e pelo Sr. **Luiz Felipe Magnani Pomiglio**, dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Fabrício Stendard, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santa Amaro (fl. 75-77) que julgou improcedente a denominada "ação de indenização por danos materiais" proposta contra **Itaú Unibanco S/A.** (fl. 2-5).

Bem processado o feito, conforme relatório da r. sentença, ora adotado.

Foram opostos embargos de declaração (fl. 80-81) suscitando omissão na r. sentença, que foram rejeitados (fl. 82).

Sustentam as razões recursais, em síntese: (a) o cheque objeto de discussão encontrava-se cruzado e foi depositado em conta diversa; (b) os apelantes são vítimas de crime de estelionato; (c) culpa do banco recorrido em razão da facilitação à ocorrência do crime; (d) inexistência de contestação pelo banco quanto à falsidade do endosso (fl. 85-88).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 89-90.

Recurso contra-arrazoado em fl. 93-97.

Consigne-se que inicialmente estes autos foram distribuídos ao Des. Walter Fonseca, integrante da E. 17ª Câmara de Direito Privado, aos 13 de abril de 2010 (fl. 100) e, posteriormente, ao Des. Paulo Pastore Filho, por força do disposto no art. 3º, § 4º da Resolução n. 204/2005. Em 28 de fevereiro de 2013 o eminente Desembargador declarou-se suspeito para o exame do recurso (fl.

Acesso ao Sumário

108), vindo redistribuídos a esta 19ª Câmara de Direito Privado e a este Relator em 2 de maio de 2013 (fl. 115).

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 10 de setembro de 2009 (fl. 78v) sobrevindo embargos de declaração em 15 de setembro de 2009 (fl. 80), com despacho (fl. 82) disponibilizado no DJE aos 19 de novembro de 2009 (fl. 82v). O recurso foi interposto no dia 30 de novembro de 2009 (fl. 85), dentro do quindênio legal.

É o relatório.

I. DA MATÉRIA DE FUNDO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais proposta por Casa de Carnes DSR Ltda. EPP e pelo Sr. Luiz Felipe Magnani Pomiglio contra o Itaú Unibanco S/A.

Relataram os autores terem recebido um cheque no valor de R$ 7.000,00, nominal e cruzado, como forma de pagamento da cessão do estabelecimento. Não obstante extraviado o cheque, o banco requerido o recebeu em depósito em conta de terceiro, compensando-o.

Alegam que em razão da compensação irregular, o banco teria agido com culpa, devendo indenizar os prejuízos materiais suportados, pois tinha a obrigação de verificar a regularidade do endosso.

Citado, o banco contestou (fl. 47-51), com pedido de denunciação à lide do terceiro. Sustentou ainda, que sua conduta foi lícita e não estaria obrigado a conferir a autenticidade da assinatura do endossante, não podendo ser responsabilizado pela reparação do dano pretendido.

Houve réplica (fl. 55-57).

Tentativa de conciliação infrutífera.

A r. sentença julgou improcedente a ação.

II. DO MÉRITO RECURSAL

No mérito o recurso não merece provimento.

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

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".

Nesta Seção de Direito Privado, 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,

Acesso ao Sumário

dentre tantos outros: Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, 1ª Câmara, São Paulo, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara, Jaú, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 1ª Câmara, São Paulo, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câmara, São José do Rio Preto, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, 2ª Câmara, São José dos Campos, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara, São Paulo, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara, Barretos, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara, São Paulo, em 27/05/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara, Indaiatuba, em 01/07/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, 11ª Câmara, Lins, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, 13ª Câmara, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30/06/2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, 15ª Câmara, Atibaia, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, 17ª Câmara, Araçatuba, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, 23ª Câmara, São Paulo, em 09/06/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, 28ª Câmara, em 27/07/2010.

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 n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j . de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j . de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j . 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Consigna-se, apenas, que, corretamente, a r. sentença decidiu as questões relativas ao cheque com os seguintes fundamentos adotados (fl. 76):

> [..]
>
> "O cheque emitido pelo primeiro autor o foi nominalmente em favor do segundo, com cruzamento e com expressa indicação para ser levado à conta daquele, indicada no verso do título (fl. 22). De modo que o pagamento, em princípio, somente poderia ter sido feito mediante depósito naquela conta (arts. 45 e 46 da Lei nº 7.357 de 1985)."
>
> "Acontece que a emissão nominal, e mesmo o cruzamento e a indicação para que fosse levado a determinada conta, não constituíam óbice à transmissão mediante endosso, o que só aconteceria se fosse gravado o título com a cláusula "não à ordem" (art. 17, § 1º da Lei nº 7.357 de 1985).

Acesso ao Sumário

Ou seja, à míngua da cláusula de vedação ao endosso, nada obstava a que fosse pago o cheque ao terceiro endossatário, mediante depósito e conta daquele terceiro, como incontroversamente o foi, porque não negou o réu."

"Dito isso, não se nega falsidade do endosso aposto no cheque, o que também é incontroverso, porque não o contestou o réu. Mas ao réu, sacado, posto se exigisse a verificação da regularidade do endosso - e regular o era - não era exigível a confirmação da autenticidade da assinatura do endossante (art. 39 da Lei nº 7.347 de 1985)."

"É fato, como afirmaram os autores, que o favorecido do cheque, que também o firmara na qualidade de representante do emitente, era correntista do réu, que mantinha registro de sua assinatura. Mas esse registro, como é sabido, é arquivado na agência daquele correntista (agência 3753, segundo consta no cheque). E apresentado o título em agência diversa (agência 0196, como nele também consta), não era possível o confronto do endosso com a assinatura do emitente do cheque, tampouco exigível que se ativesse à peculiaridade de que o favorecido, figurado endossante, era o próprio subscritor do título."

Transcreva-se, por oportuno que a questão da culpa e responsabilidade do banco também restou solucionada pela r. sentença com os seguintes fundamentos (fl. 77):

[..]

"Nesse contexto, pois, não há mesmo como atribuir negligência ao réu, que desobrigado da verificação da autenticidade do endosso, também não dispunha de elementos para que o reconhecesse falso."

"E demais disso, há que convir que falharam os próprios autores, e assim, concorreram para o dano sofrido, pois, tão logo ciente do extravio do cheque, deveriam ter feito sustar o pagamento, nos termos do art. 36 da Lei nº 7.357 de 1985, havendo notícia, diferentemente disso, de que só após a compensação do título é que reclamaram o estorno da correspondente quantia (fls. 25/34)."

"Destarte, à míngua do que permitia responsabilizar o réu pelo tal dano, não há como lhe impor o ressarcimento pretendido."

Esse entendimento deve prevalecer no caso concreto.

Consoante dispõe a Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85), as instituições bancárias não estão obrigadas a conferirem a autenticidade dos endossos, porque a responsabilidade do sacado resume-se apenas à verificação da regularidade da cadeia de endossos, não da assinatura dos endossantes, quando os cheques são levado à compensação (artigos 39 e 45, *caput*, § 2º), *in verbis*:

"Art. 39 O sacado que paga cheque "à ordem" é obrigado a verificar a

Acesso ao Sumário

regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque a câmara de compensação."

[..]

"Art. 45 O cheque com cruzamento geral só pode ser pago pelo sacado a banco ou a cliente do sacado, mediante crédito em conta. O cheque com cruzamento especial só pode ser pago pelo sacado ao banco indicado, ou, se este for o sacado, a cliente seu, mediante crédito em conta. Pode, entretanto, o banco designado incumbir outro da cobrança."

[..]

"§ 2º O cheque com vários cruzamentos especiais só pode ser pago pelo sacado no caso de dois cruzamentos, um dos quais para cobrança por câmara de compensação."

Neste sentido confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. CHEQUE NOMINAL E CRUZADO. ENDOSSO. OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LEI DO CHEQUE (ART. 39). PRECEDENTES. É pacífico o entendimento nesta Corte de que a instituição bancária não é obrigada a conferir a autenticidade dos endossos, porque a responsabilidade do sacado se resume à verificação da regularidade da cadeia de endossos, não da assinatura dos endossantes, consoante determinam os arts. 39 e 45, "caput" e § 2º, da lei 7.357/85. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (TJRS, Apel. 70020322426, 6ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos, J. 17/09/2008)

Não tinha a instituição bancária como saber se o cheque depositado e levado à compensação junto ao banco Itaú era furtado ou objeto de fraude.

A própria narrativa dos fatos iniciais conduz a essa conclusão. A fraude é anterior a ação que a inicial denomina "extravio" do cheque. Conforme se lê em fl. 28 o cheque foi emitido pela pessoa jurídica autora (Casa de Carnes DSR Ltda., composta pelos sócios Rachel de Carvalho Martins e pelo coautor Luiz Felipe Magnani Pomiglio) nominalmente a Luiz Felipe e, entretanto, entregue ao Sr. Edvan Barbosa Silveira (fl. 28, 1), "que estava comprando o açougue do consumidor, com quem ficou acordado que deveria depositar o cheque dois ou três dias após sua emissão na conta do consumidor".

A entrega do cheque ao fraudador foi realizada pelos próprios autores que sequer esclarecem a razão pela qual assim procederam, uma vez que o portador era o adquirente do estabelecimento (e não cedente).

Legitimada a tradição do cheque, não havia qualquer óbice à compensação

Acesso ao Sumário

dos cheques, nem mesmo se encontram presentes irregularidades aparentes nas cártulas - rasuras, divergências de assinaturas, endosso, etc. Diante dessa realidade não se pode imputar falha na prestação dos serviços do réu quando da compensação regular do título.

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

III. DISPOSITIVO

Pelo exposto, negam provimento ao recurso, mantendo-se a correta, acertada e bem estruturada sentença de primeiro grau prolatada pelo erudito Juiz de Direito Dr. Fabrício Stendard.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0221294-43.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado STE COM. DE MATERIAIS DE BAIXA E MÉDIA TENSÃO LTDA., é apelado/apelante CONSTRORY CONSTRUÇÕES LIMITADA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso da autora e deram provimento ao recurso da ré, por votação unânime, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19780)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO E MELO COLOMBI.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

CARDOSO NETO, Relator

Ementa: CONTRATO - Prestação de serviços de obras de construção civil - Sentença de parcial procedência - Recurso das partes pleiteando a inversão do resultado - Ausência de prova idônea dos serviços realizados - Ônus da autora de comprovar o fato constitutivo de seu direito - Inteligência dos arts. 333, inc. I e 476, ambos do CPC - Viabilidade do reajustamento da verba honorária - Recurso da autora desprovido e provido o da ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Dois são os recursos interpostos contra a r. sentença proferida pela MMª Juíza Patrícia Maiello Ribeiro Prado que julgou parcialmente procedente ação de cobrança movida pela autora apelante Ste Com. de Materiais de Baixa e Média Tensão Ltda., em face da ré, também apelante, Construtora Zarif Ltda., para o fim de condenar essa última a pagar à primeira "*o valor de R$ 213,83, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir da data do ajuizamento da ação, e com incidência de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação*" e, em razão da sucumbência mínima do pedido, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 294/300, 327 e 340). Buscam as recorrentes a reforma do julgado: a autora pleiteando o decreto de procedência integral do pedido inicial e a ré almejando a improcedência do mesmo e a elevação da verba honorária para R$ 5.000,00, ambas alinhavando as razões que alegam darem suporte às suas pretensões. Os recursos foram regularmente processados e respondidos.

É o relatório.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

Em que pesem os fundamentos da r. sentença recorrida, o recurso da ré apelante merece provimento.

Depreende-se que o objetivo da ação é o de cobrar a autora apelante da ré, também apelante soma devida por alegada ***prestação de serviços de obras de construção civil***, nomenclatura aliás utilizada no "Instrumento Particular de Prestação de Serviço de Construção Civil" (fls. 21/33).

Assim a ela autora incumbia o ônus de comprovar o alegado fato constitutivo de seu propalado direito (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Com efeito, sustenta a demandante em razões finais, que a testemunha por ela arrolada ao ser inquirida em juízo, declarou que "*quando da paralisação dos serviços, 'a STE já havia realizado 60% a 70% do objeto do contrato, faltando apenas a colocação de alguns cabos remanescente*'" (fl. 272).

Entretanto, não há no processo prova idônea a respeito de ter ela cumprido o percentual acima (e qual parte) no contrato (art. 476 do Código Civil). Aliás, ela mesma autora informa não ter cumprido a integralidade de sua obrigação contratual. Irrelevante tenha ela (autora) suspendido tal execução do contrato. O que releva é o fato de não haver motivo para contraprestação por serviço não prestado. E a rescisão contratual, justa ou injusta, e suas consequências hão de ser resolvidas em sede própria, não nesse processo de cobrança por serviços de obras prestados na área da construção civil.

E como dito pela própria autora, em suas razões recursais, a cobrança aqui

Acesso ao Sumário

tratada "não está baseada no número de profissionais contratados para execução da obra, mas no contrato firmado entre as partes".

Na realidade, se a autora alega que o contrato também não foi cumprido pela ré, a ela incumbia o ônus de comprovar tal alegação. E se alega não ter recebido pagamento por prestação de parte dos serviços (o que é negado pela ré), a ela também incumbia o ônus de provar tal prestação parcial de serviços para fazer jus à incompreensível quantia objetivada.

A matéria controvertida reclamava pois, e no mínimo, produção de prova pericial para aferição de que serviços foram e de que serviços não foram prestados e bem assim os valores respectivos. E os autos não noticiam, repetindo, que serviços foram executados e que serviços não o foram, impossibilitando assim conclusão segura a respeito do difuso pedido de cobrança formulado pela autora.

Enfim, não comprovando a autora a execução dos serviços relatados na inicial não faz jus ao recebimento do valor pleiteado (mesmo porque ausente prova de fato gerador).

Da disciplina da sucumbência: a r. sentença, ante a sucumbência mínima do pedido, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 327 e 340). Tendo em vista o acolhimento do recurso da ré, reclama ajustamento do valor relativo a tais honorários.

Dessa forma, mostra-se viável a fixação da verba honorária no valor pleiteado pela ré de R$ 5.000,00, nos termos do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil, uma vez que essa importância remunerará o profissional de forma digna e em percentual justo.

Assim e em harmonia com todo o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA** e **DÁ-SE PROVIMENTO AO DA RÉ**, para os fins e efeitos aqui declinados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0188573-67.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A SUCESSOR POR INCORPORAÇÃO DO BANCO NOSSA CAIXA S/A, é apelado ANTONIO CARLOS ROMANO (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.

Acesso ao Sumário

U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18646)**

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

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Ação revisional - Relação de consumo - Teoria da imprevisão - Diminuição do rendimento percebido pelo consumidor - Ausência de imprevisão - O autor, à época da contratação, superestimou seus rendimentos mensais, haja vista que incluiu, como certo, ganhos eventuais auferidos a título de horas extras - A diminuição de renda decorrente da não autorização, pelo empregador, de realização de horas extras não pode ser admitida como fato imprevisível - O fato futuro e imprevisível, que provoca alteração radical nas condições de execução do contrato, em comparação com as condições existentes no momento da celebração, deve ser objetivo - Recurso a que se dá provimento.

VOTO

A r. sentença proferida à fl. 112/115, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido formulado para determinar a revisão do contrato entabulado entre as partes, com a fixação do valor das parcelas em R$ 450,00. Condenada a instituição financeira ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa.

Aduz que o contrato celebrado traduz lei entre as partes, de sorte que, em atenção ao postulado do "pacta sunt servanda", deve a avença permanecer inalterada.

Recebido, processado e com resposta, subiram os autos.

É a suma do necessário.

Assiste razão à instituição financeira.

Respeitada a convicção do MM. Juízo "a quo", a r. sentença proferida não merece prosperar.

Cumpre esclarecer, preliminarmente, que são aplicáveis os princípios do Código de Defesa do Consumidor na questão "sub judice", diante do disposto no verbete da Súmula nº 297, do E. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Com efeito, à luz do disposto no artigo 6º, V, da Lei nº 8.078/90, configura direito do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

A questão da imprevisão diz respeito à superveniência de acontecimentos inesperados e imprevisíveis que podem acarretar uma onerosidade excessiva da prestação para uma das partes, sendo aplicável somente, pois, quando surgir uma situação nova e extraordinária no curso do contrato gerando o desequilíbrio contratual.

Na lição de Orlando Gomes, "na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a ideia de imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de RIPERT, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível".[1]

No caso em tela, o pedido de revisão do contrato está fundamentado na sensível diminuição do poder aquisitivo do autor, vez que, à época da contratação do mútuo, "auferia renda líquida no importe de R$ 4.153,86, esclarecendo que tal importância era composta por um valor correspondente a 72 horas extras laboradas mensalmente durante 16 anos, correspondentes a R$ 2.223,09. Porém, em maio/2010 estas horas extras simplesmente foram suprimidas sem qualquer aviso por parte da empregadora." (sic).

Conquanto seja inequívoca a diminuição dos rendimentos do autor, não se afiguram presentes, na espécie, os requisitos necessários à revisão contratual pretendida.

Isto porque, diversamente do alegado, não há que falar em "imprevisão". O autor, à época da contratação, superestimou seus rendimentos mensais, haja vista que incluiu, como certo, ganhos eventuais auferidos a título de horas extras.

Como é sabido, a hora extra ou hora extraordinária configura todo período de trabalhado excedente à jornada contratualmente acordada (artigos 58 e 59, da

Acesso ao Sumário

1 GOMES, Orlando. Contratos, Editora Forense, 8ª Ed., pg. 44.

Consolidação das Leis do Trabalho).

Assim, a eventual diminuição de renda decorrente da não autorização, pelo empregador, de realização de horas extras não pode ser admitida como fato imprevisível.

Ademais, consoante bem asseverado pelo E. Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, "o fato futuro e imprevisível, que provoca alteração radical nas condições de execução do contrato, em comparação com as condições existentes no momento da celebração, deve ser objetivo, vale dizer, atingir todo um segmento da economia. Razões pessoais, como doença e desemprego, e mesmo a nobre iniciativa de adotar uma criança, não bastam para provocar a revisão do contrato, diante de sua natureza subjetiva".[2]

Desta feita, não prospera a redução imposta ao valor das prestações do contrato.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo. Condenado o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00, nos termos do § 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0018255-90.2011.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RONEY CLOUSET STRANG, são apelados ALEXANDRE SILVEIRA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO e TATIANA BERLANGA.

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 24.407)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Sociedade empresária. Alteração contratual. Cessão de quotas. Falta de registro perante a Junta Comercial. Incumbência que ficou a cargo do

Acesso ao Sumário

2 TJSP. Apelação nº 0004634-07.2009.8.26.0428, Comarca de Campinas, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro.

cessionário, conforme previsto no ajuste. Sentença mantida nesse particular.

Sociedade empresária. Cessão de quotas. Cessionário que efetuou os pagamentos previstos no contrato, mesmo com pequeno atraso, não se opondo os cedentes, pois não o constituíram em mora. Retomada da administração do empreendimento determinada.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, que, julgada improcedente, negou o pedido do autor que buscava a condenação dos réus consistente em assinatura e registro de alteração contratual contendo aquisição de quotas de sociedade, negada a retomada da administração dos negócios.

Inconformado, apela o vencido alegando que só não providenciou o registro porque a Junta Comercial exigia a apresentação de três vias assinadas do contrato e foi apresentada pelos réus apenas uma.

No mais, não houve inadimplência das parcelas e sim atraso, que não se confundem, acrescentando, ainda, que os réus não recusaram o pagamento. A final, dizendo impedido de adentrar no empreendimento, requer a retomada da administração.

Com contrariedade e recolhido o preparo, subiram os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 90/92.

Tem razão, em parte, o apelante.

Claramente se vê que o pleito limita-se à pretensão do registro da alteração contratual de cessão de quotas e na retomada da administração da sociedade pelo cessionário.

É incontroverso: *i)* - o réu Alexandre Silveira, detentor de 19.800 quotas da sociedade Kaeru Bar e Lanches Ltda. - Me., cedeu 9.800 delas ao autor; *ii)* - a ré Tatiana Berlanga, detentora de 200 quotas, cedeu a totalidade e retirou-se da sociedade; *iii)* - com a operação, o autor passou a deter metade da participação social em comunhão com o sócio **Alexandre**, tudo nos termos da alteração contratual de 19 de abril de 2011 (fls. 13/15), **não submetida a registro**; *iv)* - pela cessão ficou ajustado o preço total de R$ 140.000,00, que seria pago da seguinte forma: R$ 40.000,00 de sinal no dia 1º de maio de 2011, seguindo-se 25 (vinte e cinco) parcelas de R$ 4.000,00, cada uma, vencendo-se a primeira no dia primeiro do mês seguinte (Cláusula terceira - fls. 13).

O que se extrai dos autos é que o recorrente, mesmo com atraso, integralizou os pagamentos, aceitos pelos recorridos, que não o constituíram em

Acesso ao Sumário

mora. Quanto ao sinal, o apelante trouxe os comprovantes de depósitos de fls. 16/18. No tocante às parcelas seguintes, também apresentou os comprovantes de fls. 19 (5 dias de atraso), 20 (pago em dia), 21 (11 dias de atraso), 64 (1 dia de atraso) e 65 (30 dias de atraso).

Pois bem. Quanto ao primeiro pedido, não há dúvida que cabia ao apelante providenciar o registro da alteração contratual, não podendo, agora, imputar a culpa aos apelados. Explico: embora conste do extrato fornecido pela Junta Comercial a exigência da apresentação de três vias para o registro, vê-se que não há obrigatoriedade de que todas fossem originais, bastando uma, da qual se extrairiam cópias autenticadas pelo servidor (item 3 - fls. 106).

Por outro lado, o segundo pedido há de ser acolhido.

Respeitado o convencimento o i. magistrado sentenciante, o documento que considerou como prova de que o autor encontra-se na administração do restaurante (fls. 67) diz o contrário.

Extrai-se do e-mail, ressalta-se, não impugnado pelos recorridos, determinação para que o preposto do apelante (Rodrigo) não adentrasse mais o estabelecimento.

A conclusão, pois, é de que, embora tenha adquirido participação na sociedade, foi impedido de administrá-la.

Assim, porque os réus agiram em desacordo com o que haviam contratado inicialmente com o recorrido, justifica-se o restabelecimento da situação anterior.

Por essa razão é que a retomada da administração pelo apelante é de rigor.

Em remate, observo que não era possível o pronunciamento a respeito da rescisão do contrato de cessão de quotas. Primeiro, porque o pedido inicial restringiu-se ao seu registro e à retomada do negócio; segundo, porque os réus não apresentaram reconvenção com tal pedido.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, determinando a retomada dos negócios pelo apelante, redimensionada a sucumbência, arcando, cada parte, com metade das despesas processuais e com os honorários do respectivo advogado.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0043699-08.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados P.S.F., M.S.F. e D.C.S.C..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2684)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO - GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO - BARRIGA DE ALUGUEL - PROCEDIMENTO NÃO VEDADO POR LEI - CONDUTA ANÁLOGA À FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DEVEM ASSEGURAR TRATAMENTO IDÊNTICO ÀS MULHERES - MÃE GESTACIONAL É APENAS HÓSPEDE DO EMBRIÃO - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR ARTIGO 1º DO E.C.A. - REGISTRO MELHORMENTE FEITO EM NOME DOS PAIS BIOLÓGICOS - VERDADE BIOLÓGICA - GESTAÇÃO TAMBÉM REALIZADA EM CONFORMIDADE COM A RESOLUÇÃO 1957/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - INTEIREZA DOS REQUISITOS EXIGIDOS - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VINCULAÇÃO MERCANTILISTA VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SENTENÇA MANTIDA - APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobando a R. sentença de fls., que deu pela procedência da Ação Declaratória em que os Apelados perseguiam declaração da filiação decorrente da gestação de substituição; rijo no argumento da ausência de impedimentos de qualquer ordem: legal, moral, religiosa ou ética. No mais essa prática já é prevista pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1957/2010.

Apela o Ministério Público a fls. 43, alegando a ausência de previsão legal para a hipótese "barriga de aluguel", já que não está no rol do Artigo 1597 do Código Civil - este dispõe apenas sobre a fecundação artificial restringente ao fornecimento de material genético masculino. E ante a ausência de Lei, a

Acesso ao Sumário

maternidade pertence à gestante.

Recurso com processamento bastante. Parecer a fls.

Esse o breve relato.

Com efeito, a R. sentença deu adequada solução à espécie, e merece ser mantida, pois que não há nenhum prejuízo em atender a pretensão inicial; deveras, tal hipótese - GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO - não é vedada por Lei, e é análoga à fertilização *in vitro*; ou seja: os óvulos e o sêmen são fertilizados em laboratório e empós colocados no útero. A diferença é que neste método, os embriões são inseridos no útero de uma outra mulher, que prosseguirá com a gestação e o parto - técnica de reprodução humana artificial na qual há uma cooperação de um terceiro - mãe substituta - procedimento semelhante aos previstos no Artigo 1597 do Código Civil.

A crescente evolução das novas tecnologias não foi acompanhada pelo Sistema Jurídico, e por isso, o método de substituição não tem previsão legal. No entanto, no momento em que a Norma Civil autoriza o homem infértil ou estéril a se utilizar das técnicas de reprodução assistida, não poderá deixar de prever idêntico tratamento às mulheres - assegurando à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade.

De aí que, como não há Norma Legal a respeito, é possível usar como parâmetro moral e ético os demais procedimentos de fertilização artificial.

Notar que a mãe gestacional apenas hospedou o embrião para sua geração, não havendo nenhum outro interesse diverso pecuniário, v.g. - ver que ela também requer a pretensão contida na exordial. De modo que não se pode olvidar de que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor - Princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores. E o melhor interesse da criança, no entendimento desta humilde relatoria, justifica-se no registro em nome dos pais biológicos.

Repito: se há previsão legal do Código Civil acerca de inseminação heteróloga, deve-se aplicar de igual modo à gestação de substituição, haja vista a igualdade perante a Lei.

Demais disso, por efeito da Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, existem normas de caráter administrativo e ético sobre o empréstimo do útero.

Com efeito, diante da inteireza dos requisitos exigidos, a gratuidade, parentesco, problemas de saúde, e principalmente, a ausência de qualquer vinculação mercantilista, vedada pela Constituição Federal - deve mesmo a R. sentença prevalecer.

Notar ainda, que não existem restrições legais à aplicação da hipótese da chamada "gestação por substituição".

Acesso ao Sumário

Por tais considerações, considerando que o M.M. Juiz decidiu conforme o melhor interesse da criança, à luz do Artigo 1º do E.C.A., eis que corresponderá à lavratura do nascimento com base na verdade biológica da filiação, FICA MANTIDA a R. sentença, também pelos seus próprios fundamentos, invocando o Artigo 252 do Regimento Interno desta Centenária Corte e NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0113245-55.2006.8.26.0009 , da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO FRANCISCO FRAGA, é apelada MARIA LÚCIA HENRIQUE DA SILVA.

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 30750)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. AJUIZAMENTO POR COPROPRIETÁRIA DE BEM IMÓVEL QUE NÃO É PARTE NA DEMANDA EXECUTIVA. PROCEDÊNCIA DECRETADA EM 1º GRAU. DECISÃO MANTIDA. 1. AGRAVO RETIDO. DECISÃO QUE DETERMINOU A ELABORAÇÃO DE AUTO DE CONSTATAÇÃO. MAGISTRADO QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA E TEM A SEU DISPOR O PODER DE DETERMINAR A PRODUÇÃO DAQUELAS QUE REPUTA NECESSÁRIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 130 DO C.P.C. AGRAVO DESPROVIDO. 2. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA RECONHECIDA. HIPÓTESE EM QUE HÁ NOS AUTOS ADMINÍCULOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES À CONCLUSÃO DE QUE O IMÓVEL SERVE DE MORADA À

Acesso ao Sumário

EMBARGANTE E SUA FAMÍLIA. NÃO HÁ IMPEDIMENTO AO RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA REFERENTE A IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. PRECEDENTES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA APELADA NÃO CONFIGURADA. APELO DESPROVIDO.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 185/188, que julgou procedentes embargos de terceiro ajuizados por dependência a execução em que foi penhorado imóvel que a embargante sustenta ser bem de família.

Alega o vencido que a decisão não pode subsistir. Reitera agravo retido interposto a fls. 117/124 contra decisão que determinou a elaboração de auto de constatação, a fim de verificar a veracidade da alegação da embargante no sentido de que reside no imóvel penhorado. No mais, afirma que, na época em que foi efetivada a penhora, a embargante não residia no imóvel objeto da constrição. Aduz ainda que a embargante e a executada possuem referido imóvel em condomínio, fato que inviabiliza, por si só, o reconhecimento do bem de família. Argumenta ainda que a embargante não provou que o imóvel sobre o qual recaiu a penhora é o único que possui. Bate-se ainda pela imposição de sanção por má-fé processual à apelada. Pede a reforma e a consequente manutenção da constrição.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Em primeiro lugar, nego provimento ao agravo retido. É o magistrado o destinatário da prova. Assim, se ele entendeu que a elaboração de auto de constatação era necessária, isso não constitui ilegalidade, pois referida prova tem por escopo justamente a formação de seu convencimento, para que cumprisse seu dever de prestar jurisdição.

Acesso ao Sumário

Relembre-se que o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da livre apreciação da prova, de modo que não é possível tolher do juiz a busca de elementos probatórios que devem servir para alicerçar o convencimento judicial. Se o magistrado não se sente munido de elementos suficientes ao amadurecimento de seu convencimento, tem a seu dispor o poder de determinar a produção daquelas provas que reputa necessárias (art. 130 do C.P.C.), até de ofício. Assim, é descabida a insurgência contra a determinação de elaboração da mencionada prova, havendo mesmo quem considere irrecorrível deliberação desse conteúdo, pena de violação do princípio de livre apreciação da prova.

No mais, o apelo também não merece provimento.

No caso em tela, ficou demonstrado que o bem sob constrição é mesmo impenhorável, visto que há nos autos adminículos probatórios suficientes à conclusão de que o imóvel serve de morada à embargante e sua família. De fato, a conclusão do auto de constatação a fls. 180 é taxativa quanto ao fato de que a apelada reside no imóvel objeto da penhora há muitos anos. Na oportunidade em que referido auto foi elaborado, não só o oficial de justiça constatou tal fato, como também uma vizinha do imóvel e os porteiros do residencial no qual tal bem se localiza confirmaram a veracidade de tal informação. Além disso, as cópias das declarações do imposto de renda juntadas pela embargante (cf. fls. 9/20) corroboram a versão lançada na inicial dos embargos, visto que nelas está indicado como endereço residencial o mesmo do imóvel constrito. Referida documentação ainda demonstra que a embargante não possui outro bem imóvel. Nesse ponto, impõe-se a conclusão de que cumpri a ao apelante provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na inicial da demanda (art. 333, II, do C.P.C.), visto que a apelada não poderia mesmo provar a ocorrência de fato negativo, ou seja, ela não poderia provar que não possui outro bem imóvel. Ela não poderia fazer prova negativa **indefinida**. Mas o apelante não se desincumbiu desse ônus, visto que não juntou um documento sequer capaz de comprovar sua alegação.

De resto, não há que falar em impedimento ao reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família referente a imóvel em condomínio. A esse respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, Corte à qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional, em caso análogo ao presente, verbis: "*Configurada a entidade familiar integrada por mãe e filhas, co-proprietárias de imóvel penhorado em execução movida a duas delas, é parte legítima ativamente para opor embargos de terceiro a filha menor púbere, ainda que preservada sua quota parte no bem, posto que a proteção prevista na Lei n. 8.009/90 atinge a inteireza daquele, sob pena de frustrar-se o escopo social do referenciado diploma legal, que é o de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a todas*" . (Rec. Esp. 245.291/MG, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 02.04.2001). Nesse mesmo sentido, precedente mais recente daquela Corte: AgRg. no Rec. Esp. 1.164.909/MG, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, DJE 09.05.2012. Também esta Câmara assim já decidiu, em caso similar (cf. Ap. 9000580-33.2008.8.26.0506, rel. Des. Matheus Fontes, j. 12.01.2012).

Por fim, considerada a procedência da demanda e a impossibilidade de presunção de má-fé processual, rejeito a alegação de litigância de má-fé da apelada.

Em resumo, fica mantida a r. sentença, inclusive por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0096535-79.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANADEC ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR, é apelado ABC PRIMO ROSSI ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18255)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 27 de junho de 2013.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: "APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA - A associação civil, legalmente constituída há pelo menos um ano, e que contenha dentre seus fins institucionais a defesa aos interesses do consumidor, é parte legítima ativa para a propositura de Ação Civil Pública que tenha por finalidade a tutela de direitos do consumidor - Prescindível a autorização ou interesse dos associados - Inteligência do art. 82, IV, do CDC, e art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85 - Preliminar arguida em contrarrazões afastada."

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - COBRANÇA DE TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO - Inexistência de ilegalidade na cobrança de tarifa de emissão de boleto bancário, pois não se trata de cláusula impositiva de obrigação que onere o consumidor, visto que este possui outras opções de pagamento - Pagamento da tarifa apenas se escolher quitar as

Acesso ao Sumário

parcelas junto à rede bancária, eis que a emissão do boleto implica necessariamente num custo - Inexistência de violação ao art. 51, XII, do CDC, pois tal dispositivo, ao mencionar 'ressarcimento de custos de cobrança', pressupõe situação de mora do consumidor, não se referindo a custo primário de cobrança pela prestação do serviço - Inexistência de ilegalidade na cobrança da referida tarifa - Apelo improvido".

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - COBRANÇA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO FUTURA SOBRE RECURSOS NÃO BUSCADOS POR CONSORCIADOS DESISTENTES OU EXCLUÍDOS - Inadmissibilidade da incidência de taxa de administração após a desistência ou exclusão do consorciado - Inexistência de efetiva prestação de serviços - Descabida, ainda, a extinção da exigibilidade de crédito inferior a R$ 20,00, para bens imóveis, e R$ 100,00, para bens móveis, por acarretar enriquecimento ilícito da administradora do grupo de consórcio - Abusividade reconhecida - Nulidade das cláusulas declarada - Apelo, neste aspecto, provido".

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - RECURSOS NÃO PROCURADOS - PERDA DE VALORES - Vantagem indevida em prol da administradora de consórcio - Em que pese a administradora fazer jus à remuneração pela administração do consórcio, a estipulação que permite a dupla remuneração sobre o mesmo capital, até o total perdimento de valores, é abusiva - Nulidade das cláusulas declarada - Apelo, neste aspecto, provido".

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - CLÁUSULA PENAL - Reconhecida a abusividade da cláusula que estabelece taxa de retenção em caso de desistência ou exclusão de consorciado - A retenção de valores adicionais aos decorrentes da fruição do bem está condicionada à prova de prejuízo ao grupo de consorciados, nos exatos termos do § 2º, do art. 53, do CDC, o que não decorre, simplesmente, do fato da exclusão ou

Acesso ao Sumário

desistência - Nulidade das cláusulas declarada - Apelo, neste aspecto, provido".

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - Contrato de adesão - Aplicação do CDC, que determina a facilitação dos meios de defesa e do acesso do consumidor aos órgãos do judiciário - Nulas as cláusulas dos contratos que estabelecem a cidade do local da constituição do grupo consorcial como foro de eleição, para dirimir demandas relativas ao contrato de consórcio, por se mostrarem abusivas, visto que implicam em desvantagem excessiva e abusiva ao consumidor, de forma a dificultar o acesso ao Judiciário - Inteligência do art. 51, I e IV, do CDC - Abusividade das cláusulas de eleição de foro reconhecida - Nulidade das cláusulas declarada - Apelo, neste aspecto, provido".

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSÓRCIO - SUCUMBÊNCIA - Caracterizada a sucumbência recíproca, condena-se a ré arcar com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios de seus patronos, fixados, por apreciação equitativa, em R$ 5.000,00, visto que, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, inexistindo comprovada má-fé, não cabe condenação da parte autora da ação civil pública ao pagamento dos ônus da sucumbência - Apelo parcialmente provido".

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos da ação civil pública.

Alega que a cláusula nº 61, alíneas "g" e "l", é abusiva. A responsabilidade pelo pagamento da parcela mensal é estabelecida nos contratos celebrados entre os consumidores e o apelado, sendo que quem fornece o meio para pagamento é o apelado, sendo este um ônus que lhe compete. A cobrança de tarifa para emissão de boleto bancário viola os arts. 39, V, e 51, IV, do CDC. Aduz que o custo desta emissão já está embutido naqueles custos ordinários cujo ônus pertencem exclusivamente ao apelado. Ilícita, ainda, a cláusula nº 84.1, uma vez que inexiste prejuízo à administradora para que se cobre do desistente/excluído

o percentual de 3% sobre o valor do bem. Abusivas as cláusulas nº 93.2, do consórcio de bem móvel, e 93.2, do contrato de bem imóvel, pois inexiste fundamento jurídico permissivo da cobrança de taxa de administração sobre recursos não procurados pelos consorciados, bem como não existe fundamento para a não restituição de valores que não atinjam R$ 20,00 e R$ 100,00. Clara, ademais, a ilegalidade da cláusula nº 94.4 e das cláusulas nº 118 (contrato de bens imóveis) e 119 (contrato de bens móveis), atinentes ao foro de eleição. Requer o provimento do recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se procedente a ação, nos termos pleiteados na inicial, inclusive com cominação de multa (fls. 595/638).

Contrarrazões da administradora de consórcios ré às fls. 645/694, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva da autora. No mérito, pugna pelo improvimento da apelação interposta.

Em primeira instância, o Douto Promotor de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (fls. 725/727).

Manifestação da Ilustre Procuradoria de Justiça, também pugnando pelo provimento parcial da apelação (fls. 739/747).

É o relatório.

A priori, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada em contrarrazões.

A associação civil, legalmente constituída há pelo menos um ano, e que contenha dentre seus fins institucionais a defesa aos interesses do consumidor, é parte legítima ativa para a propositura de Ação Civil Pública que tenha por finalidade a tutela de direitos do consumidor, nos termos do art. 82, inciso IV, do CDC, e art. 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, sendo prescindível a autorização ou interesse dos associados.

Neste sentido a orientação do STJ:

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Associação civil. Consórcio. Legitimidade ativa. Legitimidade ativa de associação civil que preenche os requisitos da lei para promover ação civil pública para declaração de nulidade de cláusulas do contrato e restituição de importâncias indevidamente cobradas. Arts. 81 e 82 do CDC e 5º da Lei 7.347/87.** Recurso conhecido e provido. [...] **A autora é uma associação civil legalmente constituída, que tem entre suas finalidades a defesa dos consumidores consorciados, estando, portanto, legitimada pelos seus estatutos para a propositura da demanda.** Conforme lecionou Nelson Nery, 'as limitações à legitimação das associações para a propositura da ação, são apenas e tão somente as estipuladas na norma ora comentada. Não tem lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção, principalmente tendo em vista a qualidade da entidade, que restrinja a legitimação para

Acesso ao Sumário

agir das associações, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma sob exame' (op. cit., p. 1867). Por isso, **tenho que a exigência formulada no r. acórdão, no sentido e que a recorrente deveria ter demonstrado 'que o interesse fosse efetivamente dos seus associados, não tendo sido a inicial instruída com a autorização de nenhum deles', não pode ser aceita porque inexistente na lei.** Igualmente sem amparo a assertiva de que não se cuida, na espécie, de interesses difusos ou coletivos, porquanto essa caracterização está presente na formulação feita na inicial, e fica bem evidente com a proibição de serem incluídas nos contratos de adesão cláusulas julgadas abusivas. [...]" (STJ; 4ª Turma; REsp nº 235422/SP; Rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar; julgado em 19/10/2000).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ - **AÇÃO COLETIVA - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - CONSÓRCIO - ASSOCIAÇÃO - LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA.** 1. O agravo regimental interposto contra agravo de instrumento que não impugna, especificamente, seus fundamentos, ou contra o óbice imposto pela Súmula 182/STJ. 2. **A associação que tem por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos de consórcio, sejam eles seus associados ou não.** 3. Agravo regimental desprovido." (STJ; 4ª Turma; AgRg no Ag nº 786463/RS; Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior; julgado em 24/10/2006).

Na espécie, a associação autora demonstrou os requisitos exigidos em lei para a legitimidade ativa, quais sejam: a regular constituição há pelo menos 1 ano, visto que o estatuto social da associação foi averbado no "Registro Privativo de Pessoas Jurídicas" em 28/01/1999 (fls. 39) e a ação proposta em 01/12/2005 (fls. 02); e a finalidade institucional de proteção ao consumidor, o que se verifica pelos incisos do artigo 3º do seu Estatuto Social da associação (fls. 30/39).

Acesso ao Sumário

Afastada a preliminar arguida em contrarrazões, passa-se à análise do apelo.

Trata-se de ação civil pública, movida por ANADEC - Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor em face de ABC Primo Rossi Administradora de Consórcio Ltda., por meio da qual busca a autora o reconhecimento da nulidade das cláusulas 61, alíneas "g" e "l", 84.1, 93.2, 94.4, 118 (bens imóveis) e 119 (bens móveis) dos contratos de consórcio da ré, com restituição dos valores indevidamente retidos aos consumidores.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo a

MM. juíza *a quo* pela inexistência de ilegalidade ou abusividade nas cláusulas impugnadas.

Contra esta decisão insurge-se a associação autora.

A cláusula 61, alínea "g", assim estabelece:

"*61 - O Consorciado estará obrigado, ainda, aos seguintes pagamentos: (...)*

g) tarifa bancária, quando o Consorciado optar pelo pagamento de suas parcelas junto à rede bancária" (fls. 58).

Não se verifica, com relação à referida cláusula, qualquer ilegalidade. Como bem constou da r. sentença *a quo*:

"*A alínea 'g' da cláusula 61 apenas impõe ao consorciado a obrigação de pagar a tarifa bancária quando e se optar pelo pagamento das parcelas junto à rede bancária.*

Não se trata de cláusula impositiva de obrigação que onere o consumidor, visto que este possui outras opções de pagamento. Apenas se, para sua comodidade, escolher quitá-las junto à rede bancária, é que pagará a respectiva tarifa, eis que a emissão do boleto implica necessariamente num custo.

Também não incide a restrição do artigo 51, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor, pois tal dispositivo, ao mencionar 'ressarcimento de custos de cobrança', pressupõe situação de mora do consumidor, não se referindo a custo primário de cobrança pela prestação do serviço." (fls. 585/586).

Sobre o tema, bem elucidou o ilustre Promotor de Justiça, em sua manifestação:

"*Não é medida coercitiva, imposta ao consumidor, que pode escolher outras formas de pagamento da prestação.*

A emissão do boleto bancário, como de qualquer outro documento, implica necessariamente em um custo para o fornecedor, conquanto de monta não exacerbada.

Dado existirem outras formas de pagamento do débito à disposição do consumidor, a opção do pagamento por intermédio da ficha de compensação (boleto) se apresenta, no mais das vezes, como uma comodidade opcional, por cujo custo é razoável que o fornecedor cobre. (...)

De outra parte, cumpre considerar também que, dado o valor módico da aludida tarifa, não se pode dela inferir onerosidade excessiva para o consumidor, tampouco vantagem exagerada para o fornecedor." (fls. 571/572).

Acesso ao Sumário

Assim, no que tange a tal cláusula, a ação improcede.

Estabelece a cláusula 61, alínea "l":

"*61 - O Consorciado estará obrigado, ainda, aos seguintes pagamentos: (...)*

l) Taxa de administração sobre os valores não procurados pelos Consorciados Ativos ou Excluídos após o encerramento do respectivo Grupo" (fls. 58).

No mesmo sentido, a cláusula 93.2 do contrato de consórcio de bens imóveis estabelece que:

"*93.2 - Aos recursos não procurados/resgatados pelos Consorciados ou Excluídos, após a comunicação efetuada nos termos da cláusula 93, será aplicada Taxa de Administração de 10% (dez por cento) a cada período de 30 dias, extinguindo-se a exigibilidade do crédito, quando seu valor for inferior a R$ 20,00 (vinte reais)*" (fls. 63).

A cláusula 93.2 do contrato de consórcio de bens móveis assim prescreve:

"*93.2 - Aos recursos não procurados/resgatados pelos Consorciados ou Excluídos, após a comunicação efetuada nos termos da cláusula 93, será aplicada Taxa de Administração integral idêntica à da contratação, debitando-se a mesma a cada período de 30 (trinta) dias, extinguindo-se o saldo nos casos de valores inferiores a R$ 100,00 (cem reais)*" (fls. 83).

A exigibilidade e a cobrança de taxa de administração, no percentual de 10%, ao mês, incidente sobre os recursos financeiros não procurados pelos consorciados excluídos ou desistentes, é de manifesta ilegalidade, configurando forma de ilícito enriquecimento, com farpeamento ao princípio da boa-fé objetiva que deve reger os contratos, para se constituir em autêntica apropriação indébita, ao arrepio do ordenamento jurídico (art. 53 do CDC), que, na ausência de efetiva prova de prejuízo (§ 2º), impede o estabelecimento de perda das prestações pagas.

As cláusulas acima transcritas propiciam a apropriação indevida de valores e o enriquecimento ilícito da administradora do grupo de consórcio, sendo evidente sua ilegalidade, mesmo porque a taxa de administração não pode ser exigida em período subsequente à formalização da desistência do consorciado, que, como corolário natural de sua manifestação de vontade, não mais participa, nem se beneficia do grupo de consórcio, não fosse bastante o fato de que, nesta situação, inexiste efetiva prestação de serviço que justifique a remuneração da administradora.

Acesso ao Sumário

Insta destacar, neste aspecto, que tal discussão resultou superada com a edição da Portaria n° 4, de 19 de março de 1999, do Ministério da Justiça, que considerou nula de pleno direito a cláusula contratual que imponha, em contratos de consórcio, o pagamento de percentual a título de taxa de administração futura,

pelos consorciados desistentes ou excluídos.

Nesta esteira:

"CONTRATO - CONSÓRCIO - (...) **CLÁUSULA 41.3 - COBRANÇA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO FUTURA SOBRE RECURSOS NÃO BUSCADOS POR CONSORCIADOS DESISTENTES OU EXCLUÍDOS - ABUSIVIDADE RECONHECIDA - NULIDADE** - RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO." (TJSP; 22ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 9164529-39.2007.8.26.0000; Rel. Fernandes Lobo; julgado em 16/02/2012).

Inadmissível, portanto, a cobrança de taxa de administração após a desistência ou exclusão do consorciado, que, a partir de então, não mais se beneficia do grupo consorcial, mormente porque a administradora deixa de prestar serviços aos consorciados desistentes ou excluídos. Sem que haja a efetiva prestação de serviços, torna-se inviável a cobrança da taxa de administração.

No tocante à extinção da exigibilidade do crédito quando for de valor inferior a R$ 20,00 (bens imóveis) e R$ 100,00 (bens móveis), é de ser reconhecida a abusividade das cláusulas que a preveem, por ensejar o enriquecimento injusto.

Veja-se:

"(...) **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contrato de administração de grupo de consórcio de bem móvel. Taxa de administração futura. Inadmissibilidade de sua incidência após a desistência do consorciado. Inexistência de efetiva prestação de serviços. Descabida, ainda, a extinção da exigibilidade de crédito inferior a R$ 5,00, por acarretar enriquecimento ilícito da administradora do grupo de consórcio. Nulidade da cláusula declarada.** Sentença mantida. Recurso interposto pelo réu improvido. (...) Recurso interposto pela autora provido." (TJSP; 19ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0065923-32.2007.8.26.0000; Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa; julgado em 13/09/2011).

"(...) **Contrato - Consórcio de bens móveis e imóveis - (...) Taxa de administração - Descabimento de sua incidência sobre o período posterior à desistência ou exclusão do consorciado, ante a inexistência de efetiva prestação de serviços - Extinção da exigibilidade do crédito quando for de valor inferior a R$ 5,00 (cinco reais) - Inadmissibilidade, por ensejar o enriquecimento injusto** - (...) Apelação da ré desprovida e recurso da autora provido em parte, por maioria." (TJSP; 12ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 9095166-33.2005.8.26.0000; Rel. José Reynaldo; julgado em 21/10/2009).

Tais cláusulas ferem o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, além de ferir o artigo 51, inciso II, do CDC, de forma que devem ser declaradas abusivas.

Acesso ao Sumário

No mais, a cláusula nº 94.4, de ambos os contratos, estabelece que:

"*94.4 - As disponibilidades financeiras remanescentes 120 (cento e vinte) dias após a recuperação mencionada no item 94.3, desta cláusula, serão considerados recursos não procurados*." (fls. 63 e 83).

Tal cláusula também é nula, uma vez que manifesta a vantagem indevida em prol da administradora de consórcio. Não se olvida que a administradora faz jus à remuneração pela administração do consórcio, entretanto, a estipulação que permite a dupla remuneração sobre o mesmo capital, até o total perdimento de valores, é abusiva, devendo, assim, ser declarada sua nulidade.

A cláusula 84.1, de ambos os contratos, por sua vez, assim dispõe:

"*84.1 - A administradora debitará ao fundo comum do grupo e se este não tiver fundos suficientes ao fundo de reserva, se existir, o valor correspondente a 3% (três por cento), calculado sobre o valor do bem objeto definido neste contrato, como ressarcimento das suas despesas de vendas, relativas a consorciados desistentes ou excluídos, deduzindo-se o montante apurado do valor a restituir no encerramento do grupo*." (fls. 61 e 80).

Manifesta a abusividade de tal cláusula, que estabelece taxa de retenção em caso de desistência ou exclusão de consorciado.

A retenção de valores adicionais aos decorrentes da fruição do bem está condicionada à prova de prejuízo ao grupo de consorciados, nos exatos termos do § 2º, do art. 53, do CDC, o que não decorre, simplesmente, do fato da exclusão ou desistência.

A este respeito:

"**Consórcio. Devolução das importâncias pagas. Redutor. Art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 1. Afirmando o Acórdão recorrido que não houve a comprovação do prejuízo, não viola o art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, a exclusão do redutor previsto em cláusula do contrato de consórcio.** 2. Recurso especial não conhecido." (STJ; 3ª Turma; REsp nº 478.775/GO; Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; julgado em 17/06/2003).

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Consórcio** - Associação Civil - Legitimidade e interesse processual para pleitear em juízo em defesa dos consumidores - Precedentes - **Taxa de retenção em caso de exclusão ou desistência de consorciado - Impossibilidade - Ausência de prejuízo para o grupo - Cota será repassada a outro interessado, sem que isso configure qualquer prejuízo à administradora de consórcio - Precedentes** - Condenação de outro lado, da ré-Remaza no ônus de sucumbência - Inteligência dos arts. 18, da Lei nº 7.347/85 e 21, do Código de Processo Civil - Recurso da autora provido, em parte, para

esse fim, e não provido o da ré-Remaza." (TJSP; 14ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0210603-72.2005.826.0100; Rel. Ligia Araújo Bisogni; julgado em 09/05/2012).

Sobre o tema, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em "*Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*", "*A respeito de ser válido o estabelecimento de cláusula penal em contrato de consumo, esta cláusula pode ser considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito (CDC 51), quando tornar excessivamente onerosa a obrigação para o consumidor, como ocorre, por exemplo, quando estabelece a perda das quantias pagas a título de perdas e danos ou quando estipula pagamento de parcela substancial do preço (RJTJSP 139/141)*".

Ressalte-se, ademais, que, conforme bem salientou este Egrégio TJSP: "**Não se pode olvidar, ainda, que a cota será repassada a outro interessado, sem que isso configure qualquer prejuízo à administradora de consórcio. Na referida cláusula já se está presumindo um prejuízo que, em primeiro lugar, não está demonstrado e, depois, genérico, não específico, como deveria ser, porque visa recompor algum ressarcimento existente para cada desistência ou exclusão.**" (TJSP; Apelação nº 3003794-2; Rel. Edison Tetsuzo Namba).

Nula, também, referida cláusula.

Por fim, as cláusulas 118 (bens imóveis - fls. 67) e 119 (bens móveis - fls. 87) assim estabelecem:

> "*Fica eleito o Foro da Comarca do local da constituição do Grupo consorcial como competente para dirimir questões oriundas deste Contrato*.".

Manifesta se denota a abusividade das cláusulas de eleição de foro na espécie, já que se faz indisputável o prejuízo que acarretam tais dispositivos dos contratos aos consumidores que residam em comarca diversa daquela que consta do ajuste, por isso que tal disposição contratual, à qual aderem os consorciados sem a possibilidade de discuti-la, vulnera o princípio da facilitação do acesso aos órgãos do Poder Judiciário e da defesa dos direitos do consumidor, contemplado na Lei n° 8.078/90 (artigos 1º e 6º, VII e VIII), de molde a justificar prevaleça sempre o domicílio do consumidor para o processamento de demanda relativa ao contrato de adesão a grupo de consórcio de bem móvel ou imóvel, tornando, destarte, efetivas aquelas regras contempladas na legislação consumerista.

Neste sentido, anotam Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, em seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", que "***o STJ tem considerado ineficaz a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, quando constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento a juízo***" (STJ; 3ª Turma; REsp nº 41.540-3-RS; Rel. Ministro Costa Leite; julgado em 12/04/94), mesmo porque "o art. 111 do CPC aplica-se

Acesso ao Sumário

aos contratos em que as partes contratantes têm plena liberdade de estabelecer cláusulas disciplinadoras dos seus direitos e obrigações. Está, portanto, fora do seu alcance o contrato de adesão, que não proporciona à parte aderente a oportunidade para decidir sobre a eleição do foro." (RSTJ 62/397).

De fato, orienta-se a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*padece de nulidade a cláusula eletiva de foro em contrato de adesão, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, causando prejuízo ou dificuldade para sua defesa*" (STJ; REsp nº 245.640-SP; Rel. Ministro César Asfor Rocha; julgado em 18/4/2000).

Ainda, como bem constou do parecer ministerial de fls. 566/579:

"*A propósito, Nelson Nery Junior conclui que: 'A cláusula de eleição de adesão é, in abstracto, abusiva porque se traduz em dificuldade de defesa para o consumidor. Nada obstante seja lícita a eleição de foro, em se tratando de competência relativa, por autorização do Direito Processual, a questão deve ser analisada à luz do Direito Material porque objeto de estipulação negocial em contrato de consumo. (...) A eleição do foro diverso do domicílio do consumidor, ainda que não inviabilize ou impossibilite, dificulta a sua defesa, ofendendo o art. 6º, VIII, do CDC, que diz ser direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo. Logo, tal cláusula ofende o 'sistema' de defesa do consumidor, sendo, portanto, nula (art. 51, XV, do CDC)*'".

Neste sentido, veja-se a jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL. **CONTRATO DE CONSÓRCIO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. PARTE HIPOSSUFICIENTE DA RELAÇÃO. FORO ELEITO.** 1. **A jurisprudência do STJ firmou-se, seguindo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de consórcio há que ser tida como defesa da parte hipossuficiente da relação.** 2. Agravo regimental desprovido." (STJ; 4ª Turma; AgRg no Ag nº 1070671/SC; Rel. Ministro João Otávio de Noronha; julgado em 27/04/2010).

"PROCESSO CIVIL - (...) **CONTRATO - Consórcio - Ação civil pública - Pretensão à declaração de nulidade de cláusulas constantes do contrato de adesão - Admissibilidade - Cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada e dificultam sua defesa em juízo - Nulidade de pleno direito - Art. 51 do CDC - Sentença mantida.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Pretensão à atribuição dos ônus de sucumbência à ré - Admissibilidade - Hipótese em que a autora venceu na maior parte do pedido - Sucumbência a cargo da ré - Fixação em R$ 15.000,00 - Não aplicação de determinado percentual

Acesso ao Sumário

sobre o valor da causa. Agravo retido desprovido. Apelação da ré desprovida. Apelação da autora provida em parte" (TJSP; 20ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 9167087-52.2005.8.26.0000; Rel. Álvaro Torres Júnior; julgado em 14/02/2011).

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA (...) Nula a cláusula 65ª do contrato, que estabelece a cidade de Cotia/SP como foro de eleição, para dirimir demandas relativas ao contrato de consórcio, por se mostrar abusiva, visto que implica em desvantagem excessiva e abusiva ao consumidor, de forma a dificultar o acesso ao Judiciário (art. 51, I e IV, do CDC)** - Condenação da ré na obrigação de não fazer, consistente em se abster de inserir essa previsão em seus contratos de consórcio, a partir do trânsito em julgado, sob pena de multa cominatória fixada em R$ 10.000,00, por cada contrato, para cada contrato, em caso de descumprimento. (...) Recurso provido, em parte." (TJSP; 20ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0134905-31.2003.8.26.0100; Rel. Rebello Pinho; julgado em 13/08/2012).

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contrato de administração de grupo de consórcio de bem móvel. (...) Foro de eleição. Contrato de adesão. Eleição do foro da Comarca de São José do Rio Preto. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que determina a facilitação dos meios de defesa e do acesso do consumidor aos órgãos do judiciário. Abusividade da cláusula de eleição de foro reconhecida.** Sentença mantida. Recurso interposto pelo réu improvido." (TJSP; 19ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0065923-32.2007.8.26.0000; Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa; julgado em 13/09/2011).

Referidas cláusulas de eleição de foro, portanto, por se mostrarem abusivas, visto que implicam em desvantagem excessiva e abusiva ao consumidor, de forma a dificultar o acesso ao Judiciário (art. 51, I e IV, do CDC), são nulas.

De rigor, portanto, a reforma parcial da r. sentença *a quo*, a fim de julgar parcialmente procedente a presente ação civil pública, para:

• declarar a nulidade das cláusulas 61, alínea "l", 84.1, 93.2, 94.4, 118 (bens imóveis) e 119 (bens móveis);

• determinar que a administradora ré suspenda os efeitos das cláusulas ora declaradas nulas nos contratos vigentes, sob pena de multa de R$ 1.000,00 por cada descumprimento;

• determinar que a ré se abstenha de inserir referidas cláusulas nos contratos vindouros, a partir do trânsito em julgado deste acórdão, comprovando seu cumprimento com a juntada do novo modelo de adesão, sob pena de multa por contrato assinado, após o referido prazo, de R$ 1.000,00;

Acesso ao Sumário

• condenar a ré a restituir a todos os consumidores desistentes/excluídos, que se habilitarem no presente feito, os valores descontados por força das cláusulas 61, alínea "l", 84.1, 93.2 e 94.4;

• determinar que a ré apresente, no prazo de 30 dias do trânsito em julgado desta decisão, a listagem dos consorciados atingidos pelas disposições contratuais, que ora se excluem, para que, habilitados no feito, possam ser ressarcidos dos valores desembolsados a tais títulos.

Caracterizada a sucumbência recíproca, condena-se a ré a arcar com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios de seus patronos, fixados, por apreciação equitativa, em R$ 5.000,00, visto que, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, inexistindo comprovada má-fé, não cabe condenação da parte autora da ação civil pública ao pagamento dos ônus da sucumbência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0014974-85.2011.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante WAGNER DE SOUZA ESTEVES, é apelada PERIM COMÉRCIO DE AUTO PEÇAS 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 1248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), SERGIO GOMES E DIMAS CARNEIRO.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação - Indenização por danos morais - Protesto legítimo - O devedor pode requerer a baixa do protesto após a quitação do débito - Danos morais não configurados - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 77/78, cujo relatório adoto em complemento, que julgou improcedente a ação de

indenização por danos morais ajuizada por Wagner de Souza Esteves contra Perim Comércio de Auto Peças Ltda. O autor foi condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, apela o autor sustentando que apesar de ter quitado o débito perante a apelada o seu nome permaneceu nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito. Afirma que tal fato o impossibilitou de ser contratado pelas empresas para as quais prestava serviços, pois estas se recusavam a contratar profissionais que tivessem qualquer restrição creditícia. Entende que deve a apelada pagar indenização pelos danos morais por ele sofridos, pois, mesmo após a quitação do débito, não se preocupou em fazer a respectiva comunicação para que a restrição em seu nome fosse retirada, sendo que a negativação por si só gera danos morais. Pondera que não foi demonstrado pela apelada que foi disponibilizada carta de anuência para a retirada de seu nome dos órgãos de serviço de proteção ao crédito. Além disso, destaca que a apelada não informou ao juízo da execução sobre a quitação do débito, fazendo também que permanecesse a anotação referente à execução judicial no cadastro do órgão de proteção ao crédito. Postula pelo provimento do recurso para que a r. sentença seja reformada condenando a apelada no pagamento de indenização por R$ 20.000,00 a título de danos morais. (fls.81/88)

Recurso tempestivo e preparado.

A ré apresentou contrarrazões requerendo a manutenção da r. sentença (fls.111/115).

É o Relatório.

Cuida-se de ação na qual o autor requer o pagamento de indenização pelo fato de seu nome continuar inscrito nos órgãos de serviço de proteção ao crédito em decorrência de protesto de duplicatas, mesmo após ter quitado seu débito com a apelada.

A r. sentença apelada deu correto desfecho à lide. Em razão disso, adoto a fundamentação nela contida como razão de decidir do presente recurso, com base no art. 252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Cabe, contudo, acrescentar aos fundamentos do "decisum" algumas considerações.

Pela a análise dos autos verifica-se que o encaminhamento do protesto foi efetuado no exercício regular do direito da ré, ante a não quitação do débito pelo autor.

Assim, com fulcro no previsto no artigo 26 da lei 9.492/97, havendo o legítimo protesto do título, em caso de adimplemento posterior, a baixa pode ser providenciada pelo devedor.

Acesso ao Sumário

Nestes termos, é o entendimento adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE TÍTULO. PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO VENCIDA. CANCELAMENTO. ÔNUS. DEVEDOR. RELAÇÃO. CONSUMO. IRRELEVÂNCIA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO.*

1. Legitimamente protestado o título de crédito, cabe ao devedor que paga posteriormente a dívida o ônus de providenciar a baixa do protesto em cartório (Lei 9.294/97, art. 26), sendo irrelevante se a relação era de consumo, pelo que não se há falar em dano moral pela manutenção do apontamento.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 1195668/RS, Relatora p/ Acórdão, Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data do Julgamento: 11/09/2012)

"*PROTESTO. PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO. OBRIGAÇÃO DE CANCELAMENTO DO PROTESTO. ART. 26 DA LEI Nº 9.492/97. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Como assentado em precedente da Corte, quando o protesto 'foi realizado em exercício regular de direito (protesto devido), o posterior pagamento do título pelo devedor, diretamente ao credor, não retira o ônus daquele em proceder ao cancelamento do registro junto ao cartório competente' (REsp nº 442.641/PB, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 22/9/03). 2. Recurso especial conhecido e provido*." (REsp 665311/RS, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j.em 21.6.2005)

E também por este Colendo Tribunal de Justiça:

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Danos morais - Contrato de financiamento de veículo - Não pagamento das quatro últimas parcelas, das nove contratadas - Inadimplemento - Protesto regular - Exercício regular de direito - Renegociação posterior da dívida - Quitação - Cancelamento do protesto - Ônus do devedor - Inteligência do art. 26 da Lei 9.492/97 c/c § 3°, art. 43 do CDC - Inexistência de culpa do credor - Dano moral não configurado - Sentença de improcedência confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO*". (Apelação nº 990.10.062675-2, Rel. Des. SPENCER ALMEIDA FERREIRA, j. em 19/05/2010);

"*Indenização por danos morais. Protesto regular. Credor inadimplente. Pagamento da dívida posteriormente ao protesto. Cancelamento junto ao cartório. Ônus do devedor. Ausência de ato ilícito. Ação improcedente. Recurso improvido*." (Apelação nº 9082462-51.2006.8.26.0000, Relator NESTOR DUARTE, j. em 30/05/2011)

Esta C. Câmara também já decidiu nesse sentido:

"*AÇÃO DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença que julgou improcedente a ação - Inadimplemento incontroverso - Celebração de acordo para quitação - Baixa da negativação que compete, em princípio, ao próprio devedor quando legítimo o apontamento, art. 43, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor - Sentença mantida e recurso desprovido*." (Apelação nº 0009559-32.2010.8.26.0001, Relator MOREIRA DE CARVALHO, j. 8.3.12).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - INADIMPLEMENTO INCONTROVERSO - TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA CELEBRADO APÓS A RESTRIÇÃO DO NOME DO AUTOR - LICITUDE DA CONDUTA - SITUAÇÃO QUE AUTORIZA A INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO E LEGITIMA A NEGATIVAÇÃO CREDITÍCIA - BAIXA DO APONTAMENTO NEGATIVO NO BANCO DE DADOS - ÔNUS QUE COMPETE AO PRÓPRIO DEVEDOR - APLICAÇÃO DO ART. 43, § 3º DO CDC - INTERPRETAÇÃO DO ART. 73 DO CDC - DANOS MATERIAL E MORAL NÃO CARACTERIZADOS - IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - APELO DESPROVIDO*" (Apelação 0024644-46.2010.8.26.0005, Relator DIMAS CARNEIRO, j. 19.1.12).

Ademais, o réu afirmou que expediu carta de anuência (fls. 55), o que se mostra crível e, por outro lado, durante o trâmite do processo, o autor não demonstrou o contrário e somente questionou a entrega de mencionado documento em sede de apelação.

Em relação à anotação referente à execução ajuizada pelo réu também sem razão o autor. Inexiste nos autos comprovação de que foi efetuada restrição em relação a tal demanda (fls.12).

Além disso, verifica-se que no acordo celebrado em mencionado feito não foi imposto ao exequente o ônus de comprovar o seu cumprimento (fls.53/54).

Destarte, a decisão proferida em primeiro grau encontra-se correta e não merece qualquer reparo.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0194997-28.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante

METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA S/A, é apelado DENILSON NASCIMENTO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.201)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e CESAR LACERDA.

São Paulo, 8 de agosto de 2013.

JÚLIO VIDAL, Relator

Ementa: Seguro de vida. Cobrança. Morte do segurado.

Infarto cerebral, também denominado AVC, não se enquadra no conceito de acidente, mas sim de doença, por lhe faltar, entre outros, o requisito de ser evento exclusiva e diretamente externo.

Contratação. Venda casada com argumento que só pode aumentar o limite de crédito do cheque especial se o correntista adquirir um seguro de vida. Recusa da seguradora sob argumento de doença preexistente. Ausência de prova cabal da má-fé do segurado quando do preenchimento da proposta de seguro. Indenização devida. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de cobrança de seguro de vida cumulada com danos morais, ajuizada por **DENILSON NASCIMENTO DOS SANTOS** em face de **METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA S/A**, julgada parcialmente procedente na r. sentença de fls. 147/149, condenando a ré ao pagamento das indenizações securitárias reclamadas na inicial, com os acréscimos de atualização monetária e de juros moratórios legais desde a propositura da ação e da citação, respectivamente, das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformada apela a vencida (fls. 159/176), sustentando a incorreção do julgado nos termos que expôs que ao analisar as cláusulas do contrato, verifica-se que há no presente caso, absoluta falta de cobertura securitária, pois o falecimento decorreu de doença e não de acidente. Assim apenas uma

Acesso ao Sumário

apólice que previa a cobertura para morte natural, sendo que as demais previam cobertura tão somente para morte acidental. Aduz que a morte do segurado se deu unicamente por doença, qual seja, tromboembolia pulmonar. Salienta que o segurado não informou sobre a doença crônica da qual era portador, ocorrendo a partir daí o agravamento do risco. Por fim ressalta que a correção monetária deverá incidir a partir da distribuição da ação e não do evento danoso.

Anota-se que o recurso é tempestivo, foi recebido, processado e contrariado (fls.184/190). Convertido o julgamento em diligência para que a seguradora apelante juntasse o contrato de seguro, bem como a apólice de nº 01.01.82.000033-AP, manteve-se a mesma inerte.

É o relatório.

Nega-se provimento ao recurso, com observação.

Ajuizada ação de cobrança cumulada com danos morais (em 20.10.2010) referente a seguro de vida em grupo, pretendendo-se o valor de R$ 636.169,79, conforme documentação acostada às fls. 19/38.

Ofertada contestação e réplica (fls. 43/74 e 138/145), o processo teve regular tramitação sobrevindo a r. sentença conforme acima relatado.

Primeiramente, não acolho a preliminar de intempestividade do recurso.

Com efeito, nota-se que os Embargos Declaratórios da r. sentença recorrida foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 23 de fevereiro de 2012 (fls. 155), quinta-feira, constando da certidão cartorária, inclusive, que se considera data da publicação o primeiro dia útil subsequente à data acima mencionada (24/02/2012).

Assim, a contagem do prazo iniciou-se no dia útil seguinte àquela data, ou seja, 27 de fevereiro de 2012 (segunda-feira), de modo que o recurso de apelação protocolizado no dia 12 de março (fls. 159) estava dentro do prazo recursal, portanto o recurso é tempestivo.

Em que pese a admirável combatividade do nobre causídico mandatário do autor, é pacífico o posicionamento diferenciador quanto à patologia denominada no meio médico como enfarte cerebral (ou AVC) não se confundir com um tipo de evento exclusiva e diretamente externo denominado acidente, para matéria securitária.

Acidente é acidente; doença é doença. São conceitos que se diferenciam na essência, ainda que a consequência de ambos seja a incapacidade, total ou parcial. Tanto um não se confunde com a outra, que a legislação especial de acidente de trabalho os equiparou. Fossem sinônimos, tivessem idêntico significado, e a lei não precisaria equipará-los para fim único de indenização acidentária especial.

Por outro lado, o certificado de seguro de vida em grupo (fls. 28) demonstra

Acesso ao Sumário

que a proposta 00282088353 gerou duas apólices de nº 01.01.82.000033-AP e nº 01.01.93.000497.

Desse modo não se pode acolher a tese da seguradora, de que a proposta antes mencionada, referia-se apenas a uma apólice e somente uma deveria ser paga, sendo que os demais certificados também se referem aos mesmos números de apólices.

Além disso, a seguradora não trouxe aos autos a apólice nº 01.01.82.000033-AP, mesmo convertendo o julgamento em diligência, para que esta juntasse a apólice, que demonstraria que o evento morte não estaria coberto por essa apólice, tem-se que a mesma não comprovou a contento fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como lhe impõe o ônus do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Devendo responder pelo pagamento da indenização nas duas apólices.

A apelante nega o dever de indenizar, em razão de a morte ter ocorrido por doença preexistente, não informada quando da formulação da proposta de seguro.

Todavia, ainda que houvesse doença preexistente e que informação a respeito não tenha constado da proposta de seguro, o segurado não agiu de má-fé.

Afinal, o segurado foi obrigado a contratar o seguro para obtenção de aumento do limite de crédito do cheque especial. Quer dizer, ele não procurou a instituição financeira com o objetivo de contratar o seguro, ele foi induzido a contratá-lo, como condição para obter o aumento do limite. Ou seja, o segurado não planejou realizar o seguro e enganar a seguradora.

Deveras, imagina-se a leiga encruzilhada mental em que o segurado falecido, à época, se meteu: para obter o aumento de crédito deveria comprar o seguro e para ser aquele concedido a proposta do seguro deveria ser de plano aceita; como não podia correr o risco de perder o aumento de limite, não correu também o de não ser aceita de plano a proposta de seguro.

A má-fé pressupõe preparação e planejamento de atuação desleal, justamente para obter resultado que, sem tal conduta, não seria alcançado. Se o segurado não planejou contratar, também não planejou mentir sobre seu estado de saúde, para conseguir contratar o seguro de vida, porque não almejava tal contratação nem sabia que o seu estado de saúde nela interferiria, até por se tratar de pessoa simples.

Em outras palavras, se a iniciativa de contratar tivesse partido do segurado e ele almejasse o seguro, porque sabia que estava doente, o fato dele ter negado a doença, ao contratar, implicaria má-fé. Contudo, como ele não planejava contratar, cabia à seguradora demonstrar que ele negou, propositadamente, estar doente, para conseguir contratar, do que não há prova.

Acesso ao Sumário

A título de observação, é público e notório que os gerentes de instituições financeiras têm metas a cumprir e que a informação sobre a existência de doença poderia implicar na não realização do contrato. Além disso, diante da necessidade de obter financiamento, geralmente o segurado assina a proposta sem se importar com seu conteúdo, ainda mais quando se trata de pessoa de baixa escolaridade, como no caso, cuja vulnerabilidade é patente.

Assim, como a seguradora não provou que o segurado tinha perfeita ciência da declaração que prestou no contrato de adesão e do seu alcance e como ele foi induzido a contratar o seguro, que se vinculara ao financiamento pretendido, ainda que se considere a doença preexistente, não se pode considerar que ele agiu de má-fé, que não se configura.

Em suma, o que há nos autos não justifica a negativa de pagar a indenização securitária ao autor, de modo que à seguradora incumbe honrar o dever de indenizar, considerando que a morte do segurado se deu por doença.

Os juros, porém, são devidos desde a citação, quando a seguradora foi constituída em mora. A correção monetária, mera atualização do valor nominal da moeda, que não se confunde com a mora e decorre do só fator objetivo tempo, associado com inflação, incide desde o dia em que o beneficiário teve direito ao recebimento da indenização que persegue no processo, ou seja, a data da negativa do pagamento da indenização. Porém como no recurso vigora o princípio "tantum devolutum quantum appellatum" e não se admite a reforma para pior, mantido o termo inicial desde o ajuizamento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 21.371)

Peço licença ao eminente relator para dissentir parcialmente de seu voto nº 22.201, eis que, conquanto compartilhe de seu entendimento de que não há prova de ter havido má-fé do segurado por ocasião do preenchimento da proposta de seguro, considero que, no tocante a dois dos três certificados de seguro em que se funda o pedido de cobrança, não há cobertura para o sinistro.

Consoante se extrai da certidão de óbito reproduzida a fls. 24, a morte do segurado foi causada por tromboembolia pulmonar.

O apelado colacionou aos autos três certificados de seguro de vida e acidentes pessoais, firmados por seu genitor e dos quais consta como único beneficiário, e pleiteou a condenação da apelante ao pagamento da indenização securitária prevista para o evento morte acidental nos três contratos, porque a causa do óbito do segurado teria sido acidente vascular cerebral.

Acesso ao Sumário

Todavia, independentemente de a *causa mortis* ter sido tromboembolia pulmonar ou acidente vascular cerebral, é certo que o sinistro não derivou de acidente, mas de doença, motivo pelo qual o recorrido não faz jus ao recebimento da indenização securitária prevista para morte acidental.

A propósito, confira-se recente julgado desta Câmara, relatado pelo eminente Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho e condensado na ementa seguinte:

> **"Seguro de vida - Embargos à execução - Morte - Ausência de cobertura securitária - Sentença reformada - Embargos procedentes - Se a apólice apenas prevê cobertura para morte acidental do segurado, não têm os beneficiários direito à indenização se a morte foi natural, não havendo cobertura para morte decorrente de 'AVC', ou seja, acidente vascular cerebral - Prejudicado o recurso adesivo dos embargantes, para majoração da verba honorária - Apelação da seguradora provida; recurso adesivo dos embargantes não provido."** (J. 28.05.2013).

Assim, tendo em vista que os contratos de seguro objetos dos certificados de nºs 00281017945 (fls. 26) e 00281037104 (fls. 27) contêm como garantias contratadas somente morte acidental e invalidez permanente total ou parcial por acidente, tem-se que o apelado não tem direito à indenização neles prevista, de modo que o pleito de cobrança procede apenas parcialmente, desfecho que importa em sucumbência recíproca e impõe a distribuição das verbas sucumbenciais entre as partes na proporção seguinte: o autor, vencido substancialmente em maior parte, arcará com 75% dessas verbas, e a ré, vencida em menor parte, com os 25% restantes observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50 em relação ao apelado, por ser ele beneficiário da gratuidade processual.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação os capitais segurados nos certificados acima indicados.

CESAR LACERDA, Desembargador, Revisor parcialmente vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9109000-64.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CANIL SOL E LUA, é apelado ROSA FUMIE PADILHA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 18776)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERRAZ FELISARDO (Presidente), SILVIA ROCHA E S. OSCAR FELTRIN.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

FERRAZ FELISARDO, Relator

Ementa: BEM SEMOVENTE – INDENIZAÇÃO - FILHOTE DE CACHORRO ADQUIRIDO SEM A DEVIDA IMUNIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO CANIL - RECONHECIMENTO SOFRIMENTO DO ANIMAL E TRISTEZA EM RAZÃO DE SUA MORTE - DANO MORAL CARACTERIZADO - *QUANTUM* - REDUÇÃO DEVIDA - DANOS MATERIAIS - PROVAS NOS AUTOS - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA MANTIDOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 111/117, acrescenta-se que foi julgada procedente a ação de indenização movida por Rosa Fumie Padilha contra Canil Sol e Lua, para condenar o réu a pagar à autora o valor correspondente a dez salários mínimos (piso nacional), vigentes à data do pagamento, a título de indenização por danos morais, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, além do valor de R$ 823,20 a título de indenização por danos materiais, corrigido desde a data do desembolso e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, carreando ao requerido a responsabilidade pelo pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação.

O requerido apela às fls. 121/132, alegando que a culpa pela morte do filhote de cachorro comprado em seu estabelecimento ocorreu por culpa da autora, considerando que antes da aquisição o referido animal foi devidamente imunizado, sendo que o julgado desprezou a prova carreada aos autos neste sentido. Era da autora o ônus de provar que adquiriu o animal com a doença que o levou a morte, deixando a julgadora de delimitar com clareza, no despacho saneador, a quem caberia o ônus *probandi*, já que a decisão foi pautada na hermenêutica eminentemente consumerista. A juntada pela autora da carteira de vacinação do cãozinho comprova que as vacinas foram ministradas. Não há prova do alegado dano moral, pois a autora teve pouco convívio com o animal, pedindo a exclusão da condenação imposta a tal título ou a redução da quantia arbitrada, consideradas as regras que permitem a compensação da dor sofrida,

Acesso ao Sumário

sem provocar o enriquecimento sem causa da ofendida ou causar excessivo ônus ao causador do dano. No tocante aos danos materiais, a apelada igualmente não trouxe qualquer prova convincente de tal prejuízo, sendo que os comprovantes de supostas despesas efetivadas junto à clínica veterinária e farmácia (fls. 28/30 e 33) mostraram-se absolutamente contraditórios, uma vez que foram emitidos em datas posteriores à morte do animal.

Processado o recurso, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 143/151.

2. Rosa Fumie Padilha ajuizou a presente ação indenizatória contra Canil Sol e Lua alegando que adquiriu do réu, no dia 17/7/06, um filhote de cachorro da raça dachshund, fêmea, com dois meses e 14 dias de idade, pagando a quantia de R$ 250,00, o qual, passados vinte e três dias desde a aquisição, morreu vítima de Cinomose, por culpa do réu que deixou de aplicar, até os primeiros quarenta e cinco dias de vida do animal, a vacina necessária para impedir tal doença.

Em razão do sofrimento e tristeza na vã tentativa de salvar a vida do referido animal, pretende a autora o recebimento de indenização por danos morais, além do ressarcimento das despesas médicas e do valor pago pelo filhote.

A despeito das alegações trazidas pelo apelante, não há outra solução a ser tomada a não ser o que foi decidido na r. sentença.

Alega o recorrente que o cãozinho estava devidamente imunizado quando foi adquirido pela apelada.

Ocorre que a vacina foi ministrada no animal quando este já contava com 64 dias, conforme prova a carteira de vacinação (fls. 34/verso).

A autora juntou aos autos estudos científicos sobre a doença chamada Cinomose, demonstrando que a primeira dose da vacina para impedi-la deve ser administrada, preferencialmente, aos 45 dias de vida (fls. 40).

Contrário ao entendimento do apelante, competia a ele provar que o animal não era portador do vírus transmissor da Cinomose, em obediência ao artigo 6º, inciso VIII, Código de Defesa do Consumidor, ônus do qual não se desincumbiu.

Acesso ao Sumário

Assim, com acerto agiu a d. magistrada ao julgar procedente a ação, sob o fundamento de que "*nenhum documento veio aos autos a comprovar a imunização do filhote adquirido pela autora com a aplicação das vacinas necessárias na época prevista, prova esta que o requerido não teria dificuldade de produzir, uma vez que, como canil que é, deve ter documentação relativa a cada um dos animais que cria e revende organizada e arquivada*".

Acrescentando a julgadora que: "*A par disso, ao imputar culpa pelo evento danoso à autora, deveria o réu ter cuidado de produzir prova técnica (médico-veterinária) para respaldar minimamente a assertiva de que a doença (qualquer que tenha sido ela a causar a morte do animal) foi contraída quando o filhote já estava sob a responsabilidade da demandante, o que não cuidou de*

observar".

Cumpre consignar que a inversão do ônus da prova, de que trata o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), é regra de julgamento e como tal pode ser estabelecida no momento em que o juiz proferir a sentença ou até mesmo pelo tribunal ao apreciar a apelação.

Ainda que se trate de tema divergente na jurisprudência e na doutrina, a procedência ainda deve ser mantida, pois os documentos juntados com a inicial são suficientes para comprovar que o animal morreu vítima de Cinomose, porque não tomou a vacina na data correta, não provando o apelante fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, como dispõe o artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

Intimado o apelante a especificar, de modo concreto e fundamentado, as provas que pretendia produzir, alegou que, por se tratar de matéria exclusivamente de direito, o feito comportava julgamento antecipado (fls. 109).

O dano moral está bem demonstrado.

Não há dúvidas de que ao se adquirir um animal de estimação o apego é instantâneo, sendo crível a alegação da autora de que passou por muitos transtornos e enfrentou momentos de tristeza ao ver seu cãozinho sofrendo e, ao final, morrendo.

Quanto à fixação do valor da indenização, ainda que não exista parâmetro legal fixado, o melhor critério é o de confiar no arbítrio dos Juízes.

A indenização pelo dano moral, dada a sua natureza compensatória, visa proporcionar à ofendida um bem estar psíquico pelo amargor da ofensa e não enriquecê-la. Por isso não deve o juiz se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo quando pretenda dar à indenização caráter punitivo, arbitrando-a em quantia compatível com a intensidade do sofrimento.

Nesta hipótese, considerando as particularidades da ofendida e do ofensor, o evento danoso, bem como os propósitos da reparação, o valor arbitrado na sentença deve ser reduzido para R$ 5.000,00, quantia razoável e proporcional ao dano suportado e que não caracteriza enriquecimento indevido.

Sobre este valor deve incidir correção monetária a partir da sentença, de acordo com a Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, e juros de mora legais a partir da citação, eis que se trata de responsabilidade contratual.

Os documentos juntados pela autora são suficientes para comprovar os prejuízos materiais e são idôneos porque se mostram coerentes com os acontecimentos narrados na inicial.

3. Dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir o valor da indenização por dano moral ao patamar de R$ 5.000,00, acrescidos de correção monetária

Acesso ao Sumário

a partir da sentença e de juros de mora legais a partir da citação, mantendo-se, quanto ao mais, o r. julgado, inclusive o ônus da sucumbência (Súmula 326, STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0004584-55.2010.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante/apelada CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S/A, é apelado/apelante JULIO CESAR MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo interposto pela ré, e negaram provimento ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.040)**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Acidente de veículo. Atropelamento de animal em rodovia. Ação de reparação de danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva da concessionária que administra e fiscaliza a rodovia. Inobservância do dever legal de garantir o trânsito em condições seguras. Exegese do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor; artigo 1º, §§ 2º e 3º, do Código de Trânsito Brasileiro e artigo 37 da Constituição Federal. Pedido de reparação dos danos materiais que restou afastado, diante da ausência de prova referente às despesas realizadas em razão do acidente. Dano moral caracterizado. Valor que foi arbitrado com base em diversos fatores, como a extensão do dano, o grau de culpa e a condição econômica das partes. Indenização não fixada em valor excessivo ou irrisório. Cálculo que, todavia, deve ter por base o salário mínimo vigente na data da sentença, com correção monetária a partir de então. Honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios que também foram arbitrados em valor razoável e condizente com o trabalho realizado e a sucumbência parcial do autor. Apelação parcialmente provida, improvido o recurso adesivo.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Julio Cesar Moreira contra a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, que a respeitável sentença de fls. 274/276, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte para condenar a ré ao pagamento da quantia equivalente a 20 salários mínimos vigentes na época do pagamento, com juros moratórios contados da citação. A ré foi condenada também ao pagamento de 75% das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que foram fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a concessionária ré (fls. 280/291) sustentando, em síntese, que não restou demonstrada sua culpa no evento danoso, posto que é impossível a presença constante de prepostos em toda a extensão da pista para a retirada de eventuais animais que nela possam adentrar. Aduz que a responsabilidade, no caso, é inteiramente do proprietário do animal. Argumenta também que os danos morais não restaram comprovados nos autos, e que a indenização foi fixada em valor excessivo. Alega, ainda, que o salário mínimo a ser considerado para pagamento da indenização deve ser aquele vigente na data da condenação, e não do pagamento. Pede, ao final, a reforma da sentença.

O recurso é tempestivo. Preparo anotado a fls. 292/293.

O autor, por sua vez, interpôs recurso adesivo (fls. 295/300), pugnando pela majoração da condenação referente aos danos morais e honorários advocatícios, bem como pela necessidade de serem reparados também os danos materiais indicados na petição inicial.

Os recursos foram respondidos a fls. 301/311 e 321/326, sendo distribuídos originariamente à 9ª Câmara de Direito Público que, todavia, declinou da competência recursal, nos termos do acórdão de fls. 334/338.

É o Relatório.

Aceito a conclusão em razão de recente Resolução deste Tribunal, modificando a competência para conhecimento desse tipo de processo.

Restou incontroverso nos autos que o autor, na madrugada do dia 10.09.2007, ao adentrar com sua motocicleta na Rodovia Presidente Dutra, administrada pela concessionária ré, veio a colidir com um animal de grande porte (cavalo), que adentrou a pista de rolamento.

Acesso ao Sumário

A concessionária ré, todavia, alega que a responsabilidade pelo evento seria exclusiva do proprietário do animal causador do acidente, posto que sua entrada na pista foi repentina, como narrado pelo próprio autor em sua petição inicial, de modo que não lhe pode ser imputada qualquer culpa pela ocorrência do sinistro.

No entanto, em que pese a responsabilidade do dono do semovente, que não observou o dever de guarda, o certo é que a concessionária ré tinha o dever legal de garantir a segurança da rodovia que administra, sendo objetiva a sua responsabilidade perante os consumidores dos serviços prestados, nos exatos termos do artigo 14 da Lei nº 8.078/90, que assim dispõe:

> "Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados a consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Nesse sentido é o entendimento pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seguinte julgado:

> "RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM ESTRADA. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido" **(REsp 647.710/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, 3ª Turma, julgado em 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 216)**.

A responsabilidade objetiva da ré, enquanto entidade componente do Sistema Nacional de Trânsito, também está prevista pela Lei nº 9.503/97 que, em suas disposições preliminares, dispõe:

> "Art. 1º. O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.
>
> (...)
>
> § 2º. O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.
>
> § 3º. Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação,

Acesso ao Sumário

omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Não se olvide também a redação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que estabelece, expressamente, que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Diante de tais preceitos, não há como se negar que a concessionária ré tinha o dever legal de zelar pela segurança e integridade dos usuários da rodovia que administra e, como corolário desse dever, a sua responsabilidade objetiva pelo acidente causado em razão da presença de animal de grande porte na pista de rolamento, sendo-lhe ressalvado eventual direito de regresso contra o proprietário do semovente.

Sobre a matéria, confira-se a lição de **Carlos Roberto Gonçalves**:

"O trânsito, em condições seguras, passou a ser um direito de todos e um dever do Estado, representado pelos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, especialmente as concessionárias e permissionárias desses serviços, que exploram as rodovias com a obrigação de administrá-las e de fiscalizá-las. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, no art. 14, responsabiliza os prestadores de serviços em geral (inclusive, portanto, as referidas concessionárias e permissionárias), independentemente da verificação de culpa, pelo defeito na prestação dos serviços, podendo assim ser considerada a permanência de animal na pista de rolamento, expondo a risco os usuários. Não bastasse, a Constituição Federal, no art. 37, § 6º, responsabiliza objetivamente as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, por ação ou omissão.

Desse modo, responde o dono do animal, objetivamente, pelos danos que estes causarem a terceiros, inclusive nas rodovias, somente se exonerando se provar culpa da vítima, caso fortuito ou força maior. Responde, também de forma objetiva, a concessionária ou permissionária encarregada da administração e fiscalização da rodovia, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, salvo provando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. O primeiro responde por ser o dono do animal, encarregado de sua guarda, devendo manter em ordem os muros e cercas de suas residências, para evitar que fujam para as estradas. A segunda, por permitir que o animal ingresse ou permaneça na rodovia, provocando riscos de acidentes e criando insegurança para os usuários" (*in* **"Responsabilidade Civil", Editora Saraiva, 8ª edição, 2003, p. 845/846**).

Acesso ao Sumário

A jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça segue a mesma linha de entendimento:

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais. Responsabilidade civil. Concessionária AUTOBAN. Acidente na rodovia causado pela presença de animal de grande porte na pista. Ilegitimidade de parte descaracterizada. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado (ou seus delegatários) infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. Falta do serviço, eis que houve omissão do agente estatal. Inexistência de excludente de responsabilidade. Sentença mantida. Negado provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação da ré" (**Apelação nº 9214215-63.2008.8.26.0000 - Rel. Des. OSWALDO LUIZ PALU - 9ª Câm. Dir. Públ. - j. 17/04/2013**).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE VEÍCULO - Colisão com animal na pista - Estrada administrada por Concessionária - Dever de indenizar decorrente de responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º, e CTB, art. 1º, §§ 2º e 3º) - A conduta do dono do animal não traduz causa excludente da responsabilidade da ré, pois em nada interfere na relação de causa e efeito entre a conduta omissiva desta e o dano invocado na petição inicial - O liame de causalidade se estabeleceu então na espécie, pois, no concurso de várias circunstâncias, a negligência da acionada se apresenta como causa eficiente do sinistro - Precedentes - Sentença mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte" (**Apelação nº 0020739-68.2011.8.26.0564 - Rel. Des. PONTE NETO - 8ª Câm. Dir. Públ. - j. 05/06/2013**).

"ACIDENTE DE VEÍCULO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA - ATROPELAMENTO DE ANIMAL NA PISTA - Ação de indenização por danos materiais, decorrentes de acidente de veículo (atropelamento de animal na pista - bovino) - Ação julgada improcedente - Alegação da apelante de que a responsabilidade do apelado seria objetiva, pois tinha ele o dever de propiciar condições de dirigibilidade e segurança aos usuários, já que equipado para tanto - Caso a responsabilidade seja tida como subjetiva, evidente a falha na prestação dos serviços, pois o acidente ocorreu porque o animal estava na pista de rolamento - Responsabilidade da apelante para com os fatos, porquanto

Acesso ao Sumário

tem o dever de fiscalizar a rodovia em toda a sua extensão - Rodovia que, embora não seja dotada de pedágio, tem à sua disposição estrutura para a retirada de animal e objetos da pista - Relação de consumo evidente - Assim, a responsabilidade objetiva alcança a autarquia em questão, pois era seu dever fiscalizar a rodovia, de forma permanente e efetiva - Por outro lado, ainda que se aplique a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade será marcante, pois ocorreu falha no sistema de vigilância - No entanto, para o caso, e de acordo com precedentes jurisprudenciais, a responsabilidade é mesmo objetiva, dada a relação de consumo existente, e a falha na ação fiscalizadora - Recurso que merece ser provido, para reforma da sentença" (**Apelação nº 0005602-85.2009.8.26.0024 - Rel. Des. CARLOS NUNES - 33ª Câm. Dir. Priv. - j. 10/06/2013**).

Estabelecida, assim, a responsabilidade da ré pelo evento danoso, resta analisar o cabimento dos pleitos indenizatórios formulados pelo autor.

Conquanto se possa reconhecer que o acidente em questão possa ter causado danos materiais ao autor, não se deve perder de vista que eles somente serão indenizáveis se forem certos e delimitados, cabendo ao autor o ônus de demonstrá-los, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

No caso em comento, o autor aponta a existência de gastos com o conserto da motocicleta, transporte e remédios, sem ao menos juntar aos autos uma única nota fiscal ou recibo que comprove a existência e a extensão de tais despesas.

O orçamento juntado a fls. 199 não se presta a tal prova, posto que não contém data e tampouco especifica os dados do veículo a que se refere.

Os depoimentos colhidos em audiência (fls. 238/241) também não supriram essa ausência, razão pela qual andou bem o ilustre juiz sentenciante ao afastar o pleito referente à reparação dos danos materiais.

No que se refere aos danos morais, conquanto o conjunto probatório constante dos autos não evidencie a sua ocorrência na extensão mencionada pelo autor em sua petição inicial, o certo é que os documentos de fls. 16 e 23 - que não foram impugnados pela concessionária ré - informam que ele teve que permanecer em repouso por sessenta dias em razão de fraturas nas mãos, o que certamente transcende o conceito de mero aborrecimento, defendido pela ré em sua contestação, caracterizando dano moral indenizável.

Um exame singelo da doutrina nos mostra que "a causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido".

O trecho acima é extraído da obra do eminente **Desembargador Rui Stoco**, que logo abaixo mostra o seguinte:

"Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a

Acesso ao Sumário

prova do prejuízo.

Contudo a assertiva acima feita comporta esclarecimentos, senão temperamentos, pois a afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestionis facti*.

Explica-se: Como o dano moral, é, em verdade, um 'não dano', não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio.

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

Ou seja, não basta, *ad exemplum*, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no vôo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos não o molestaram nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos d´alma.

A só devolução de um cheque pela instituição financeira ou o protesto de um título de crédito já pago nem sempre tem força suficiente para denegrir a imagem de uma empresa ou para ofender sua honra objetiva, enodoando seu prestígio perante o público.

Há casos em que tais fatos, porque esclarecidos e corrigido o equívoco com presteza e eficácia e diante da retratação cabal, imediata e completa do ofensor, sequer chegam ao conhecimento de terceiros ou causam reflexos negativos.

Os autores Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti, citados por Antonio Jeová Santos (Dano moral indenizável, 1ª ed., São Paulo, Lejus, 1997), expõem que: "Diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurará. Isto quer dizer que existe um 'piso' de incômodos, inconvenientes ou desgostos a partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação" (Responsabilidade civil, p. 243).

Acesso ao Sumário

De sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade (Antonio Jeová Santos, ob. cit. p. 36), ao contrário da mãe que perde o único filho, ainda infante, ou o seu marido, de forma trágica, cujo sofrimento, angústia, dor e desolação decorrem da natureza das coisas e dispensam comprovação, posto que presumíveis, caracterizando dano moral e impondo compensação.

(...)

Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu quantum. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação, ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu vultus, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante." (**Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, 5ª Edição, pág. 1381/82**).

Assim, resta evidente que o dano moral, no caso, restou caracterizado, porém a prova dos autos não permite reconhecer a extensão que o autor pretende lhe emprestar.

Não restou demonstrada a existência de qualquer sequela ou redução na capacidade física ou laborativa do autor, sendo incontroverso que a ré lhe prestou os devidos socorros por ocasião do acidente.

O eminente **Desembargador Antonio Rigolin**, da 31ª Câmara deste Tribunal, já deixou anotado que "A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença" (**Ap. c/ Rev. 589.890-00/1**).

Ou seja, deve existir proporção entre a lesão e o valor da reparação.

Como dito pelo eminente **Desembargador Orlando Pistoresi**, quando integrava a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça:

"Com efeito, 'O dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente' (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, T. 54,5.536, no. 1, p.61). 'O importante é a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não

Acesso ao Sumário

fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos' (R. Limongi França, Reparação do Dano Moral, in RT 631/135).

Por outro lado, 'Resta para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários'.

'O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão' (Humberto Theodoro Junior, Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, in RT 662/9)" (**Ap.c/Rev. no. 263.455-1/9**).

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado, ao grau de culpa e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para o autor, mostrando-se suficiente, tendo em vista as peculiaridades, o valor fixado pela respeitável sentença recorrida, não havendo motivo plausível para majorar ou reduzir tal verba.

Os honorários advocatícios também foram arbitrados com razoabilidade pelo ilustre magistrado, sendo o valor suficiente para remunerar condignamente o trabalho realizado pelo patrono do autor, notadamente se considerada a sua sucumbência parcial.

A única ressalva a ser feita na respeitável sentença recorrida refere-se à utilização do salário mínimo vigente à data do pagamento como base de cálculo para a indenização, o que significa dizer que o salário mínimo está sendo adotado como fator de correção monetária, hipótese vedada constitucionalmente.

Assim sendo, deve a concessionária ré ser condenada ao pagamento de indenização correspondente a vinte salários mínimos vigentes na data da prolação da sentença, com correção monetária pela Tabela Prática deste Egrégio Tribunal de Justiça a partir de então, mantidos os demais termos da respeitável sentença recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo interposto pela ré, e NEGO PROVIMENTO ao recurso adesivo, nos termos alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000385-23.2002.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante ANTONIO LUIS CHAPELETTI, é apelada ODELIA DUTRA COSTA.

ACORDAM, em 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 11592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À PENHORA - NULIDADE EXISTENTE NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. Se existe vício formal no acórdão capaz de inquiná-lo como nulo, deveria o Apelante ter ajuizado ação rescisória e não ter oposto embargos à penhora. - RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO - EMBARGOS À PENHORA - VALOR LÍQUIDO, CERTO E DETERMINADO A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. Deve ser mantida a fixação da verba honorária de sucumbência, em favor da Apelada, no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da ação executiva originalmente proposta pelo Apelante. Se não houve indicação nos embargos à execução do valor da causa, este deve corresponder àquele constante na ação executiva. - NECESSIDADE DE ARCAR COM A CONDENAÇÃO FIXADA NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. - RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO. APELAÇÃO - EMBARGOS À PENHORA - VALOR DEVIDO - APURAÇÃO MEDIANTE CÁLCULO DO CONTADOR JUDICIAL - PRECLUSÃO DA MATÉRIA. - O Apelante foi intimado do cálculo apresentado pelo contador judicial (fl. 31), porém

Acesso ao Sumário

quedou-se inerte (fl. 32). Manutenção do valor apurado como devido. RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO - EMBARGOS À PENHORA - VALOR DEVIDO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - DA LEITURA DOS AUTOS É DE SE IDENTIFICAR QUE A APELADA DECAIU DE PARTE MÍNIMA DE SUA PRETENSÃO, DEVENDO PERMANECER A CARGO DO APELANTE OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. - RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO.

SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANTONIO LUIS CHAPELETTI, nos autos dos "EMBARGOS À PENHORA", opostos em face de ODELIA DUTRA COSTA, cujo pedido inicial foi julgado parcialmente procedente, para reconhecer como devida a importância de R$ 5.573,66 (cinco mil quinhentos e setenta e três reais e sessenta e seis centavos) em 28 de janeiro de 2010, que deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês até o pagamento, nos moldes da sentença de fls. 35/37, da lavra do Juiz MARCELO DA CUNHA BERGO, da qual o relatório se adota.

Inconformado, o Apelante recorre, buscando a reforma integral da sentença, alegando, em síntese, que: a) a penhora é irregular, pois o título executivo judicial é nulo por vício formal no relatório do acórdão que julgou a apelação interposta nos autos dos embargos à execução anteriormente opostos; b) não há valor líquido, certo e determinado a título de verba honorária de sucumbência fixada no acórdão que julgou a apelação interposta nos autos dos embargos à execução anteriormente opostos; c) não há valor atribuído à causa que versa sobre os embargos à execução; d) não há que se falar na condenação em 10% (dez por cento) sobre o valor executado pela Apelada; e) houve sucumbência recíproca, devendo ser aplicado o art. 21, do Código de Processo Civil (fls. 43/49).

O recurso foi preparado (fls. 50/51) e recebido no efeito devolutivo (fl. 53).

Consigno que a Apelada não apresentou contrarrazões recursais (fl. 56).

Por fim, anoto que a competência desta Câmara foi fixada nos termos da decisão de fl. 89, da lavra do Des. SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Em que pese o inconformismo do Apelante, o recurso não merece acolhimento.

Trata-se de apelação interposta nos autos dos "embargos à penhora", originados em razão da execução do título executivo judicial proveniente do acórdão que julgou a apelação nº 7.021.684-3 (9106016-49.2005.8.26.0000), nos termos do voto da lavra do Rel. MAURÍCIO SIMÕES DE ALMEIDA BOTELHO SILVA, integrante da 11ª Câmara de Direito Privado - C.

Por força do julgamento da apelação nº 7.021.684-3, a Apelada tornou-se credora da verba de sucumbência fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da ação executiva anteriormente ajuizada pelo Apelante, já que os embargos à execução por ela opostos foram então julgados procedentes.

Diante do inadimplemento do Apelante quanto ao pagamento da verba honorária fixada no referido acórdão, a Apelada deu início aos atos executórios, a fim de satisfazer o seu crédito, que acabaram por culminar na penhora de bem imóvel de fl. 78.

Eis a síntese da controvérsia.

Com efeito, passo ao julgamento das questões devolvidas, apesar da atecnia do Apelante e do Juízo *a quo*, que não observaram o regramento estabelecido para o cumprimento de sentença e os meios de impugnação estabelecidos a partir da Lei nº 11.232/2005.

De qualquer maneira, não prospera a pretensão do Apelante em buscar a anulação do acórdão proferido nos autos da apelação nº 7.021.684-3 (9106016-49.2005.8.26.0000) por meio de oposição de embargos à penhora.

Como é cediço, a anulação ou desconstituição de acórdão acobertado pelo manto da coisa julgada se dá mediante o ajuizamento de ação rescisória, nos termos dos artigos 485 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Assim, se existe vício formal no referido acórdão capaz de inquiná-lo como nulo, deveria o Apelante ter ajuizado ação rescisória e não ter oposto embargos à penhora.

Não se sustenta também a pretensão do Apelante em considerar que não há valor a ser exigido pela Apelada diante do que restou fixado no acórdão proferido nos autos da apelação nº 7.021.684-3 (9106016-49.2005.8.26.0000), que julgou os embargos à execução.

Alega o Apelante que não houve atribuição de valor aos embargos à execução opostos pela Apelada e dessa forma, mesmo com a procedência destes, não haveria que ser imposta verba de sucumbência em porcentagem sobre o valor da causa.

Restou incontroverso nos autos que constou no dispositivo do referido

Acesso ao Sumário

julgado a fixação da verba honorária de sucumbência, em favor da Apelada, no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da ação executiva originalmente proposta pelo Apelante.

Neste diapasão, é de se manter tal fixação, pois "(...) **se não indicado nos embargos à execução, o valor da causa deve corresponder àquele constante na execução** (...)" (TJSP; Apelação nº 9115218-45.2008.8.26.0000; 24ª Câmara de Direito Privado; Rel. CESAR MECCHI MORALES; J. 06/12/2012) (Grifei)

Já no que tange ao valor apurado pelo contador judicial (fls. 28/29) e fixado pelo Juízo *a quo*, é de se identificar que o Apelante foi intimado do cálculo apresentado (fl. 31), porém quedou-se inerte (fl. 32).

Destarte, está configurada a preclusão quanto à apuração do valor devido, que deve ser mantido, pois "dormientibus non sucurrit jus".

Por fim, melhor sorte não socorre o Apelante quanto à verba honorária fixada nestes autos (embargos à penhora).

Não houve sucumbência recíproca como quer fazer crer o Apelante.

Isto porque, a Apelada continua com seu crédito exigível, pois nestes autos ocorreu apenas o ajuste do real valor devido, não havendo que se falar em aplicação do art. 21, do Código de Processo Civil, pois como é cediço: "Verificada a sucumbência mínima, caberá à outra parte, por inteiro, responder pelas custas e honorários advocatícios" (STJ; EDcl no REsp 1129881/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 28/06/2013).

Destarte, por qualquer ângulo que se analise o recurso, o inconformismo do Apelante merece acolhimento.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0138251-51.2007.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados BANCO SCHAIN S/A e BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A, é apelado/apelante JOSÉ COELHO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado BANCO BONSUCESSO S/A.

ACORDAM, em 38ª 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 14.832)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO E EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Ação fundada na responsabilidade civil extracontratual - Matéria de competência da Seção de Direito Privado I do E. TJSP (1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado) - Redistribuição determinada.

Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação e adesivo (fls. 453/478, 491/513 e 537/543) interpostos contra a r. sentença de fls. 439/441, que julgou procedentes os pedidos na ação declaratória de inexigibilidade de débitos c.c. indenização por danos morais e restituição de valores proposta por José Coelho de Oliveira em face de Banco Schain S/A, Banco Cruzeiro do Sul S/A e Banco Bonsucesso S/A.

A parte dispositiva da r. sentença restou assim redigida: Fls. 439: "*Posto isso, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO para condenar cada um dos réus ao pagamento de R$ 5400,00, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária desde esta decisão, a título de danos morais ao autor; para declarar inexigíveis os débitos perante os réus; e para condená-los à restituição dos valores descontados do autor, corrigidos desde a data de cada desconto e acrescido de juros de 1% ao ano desde a citação. Em razão da sucumbência, condeno os requeridos ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da condenação*".

Da decisão recorreram os réus Banco Schain S/A e Banco Cruzeiro do Sul S/A. O autor interpôs recurso adesivo.

Recebidos os recursos em ambos os efeitos (fls. 484, 514 e 567), foram ofertadas contrarrazões (fls. 516/536, 544/565 e 570/585).

Valor atribuído à causa em 13/7/2007: R$ 132.372,08.

É o relatório.

Trata-se de ação objetivando declaração de nulidade de contratos, indenização por danos morais e repetição de indébito, com base na alegação de que foram contratados empréstimos consignados em nome do autor, de maneira fraudulenta, junto às três instituições rés.

Acesso ao Sumário

Observa-se que o fundamento do pedido reside na responsabilidade civil extracontratual das requeridas, tendo em vista a possível ocorrência de fraudes na concessão dos empréstimos consignados.

Ocorre que a matéria relativa à responsabilidade civil extracontratual é de competência recursal da E. Seção de Direito Privado I, nos termos da Resolução nº 194/2004 c.c Provimento nº 63/2004, Anexo I, XXVII, consoante entendimento exarado pelo Órgão Especial desta C. Corte:

> "Conflito de competência - Ação ordinária visando à declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, bem assim à determinação da exclusão do nome do autor de cadastros restritivos de crédito, e, finalmente, à condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais (devido à prática, em tese, de ilícito civil extracontratual) - Matéria afeta às 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado (artigo 2º, inciso III, alínea a, da Resolução nº 194/04 do TJSP, c.c. o anexo I, Seção de Direito Privado, inciso XXVII do Provimento nº 63/04 do TJSP) - Dúvida procedente - Competência da 4ª Câmara de Direito Privado" (Conflito de competência 0013157-60.2011.8.26.0000 - Relator: Desembargador Guilherme G. Strenger - Brotas - Órgão Especial - Julgado em 13/04/2011 - Data de registro: 02/05/2011 - Outros números: 00131576020118260000).
>
> "COMPETÊNCIA - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais - Responsabilidade extracontratual - Competência das 1ª à 10ª Câmaras de Direito Privado - Inteligência do art. 2º, inciso III, letra "a", da Resolução nº 194/2004 - Reconhecida a competência da Câmara suscitada - Conflito procedente" (Conflito de competência 0548357-08.2010.8.26.0000 - Relator: Desembargador Sousa Lima - Araçatuba - Órgão Especial - Julgado em 16/03/2011 - Data de registro: 08/04/2011 - Outros números: 990105483577).
>
> No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste E. Tribunal:
>
> "DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - Fraude na contratação de serviços bancários - Responsabilidade civil extracontratual - Competência da 1ª à 10ª Câmaras de Direito Privado deste E. Tribunal - Precedentes. Recursos não conhecidos" (Apelação 990103326814 - Relator: Desembargador Tasso Duarte de Melo - Itararé - 37ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 11/11/2010).
>
> COMPETÊNCIA RECURSAL. Declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. obrigação de fazer e indenização por danos morais. Responsabilidade Civil Extracontratual. Financiamento contratado mediante fraude. Competência da Seção de Direito Privado I deste E. TJSP (da 1ª a 10ª Câmaras). Redistribuição determinada. RECURSO

Acesso ao Sumário

NÃO CONHECIDO, com determinação. (Apelação 0010930-31.2011.8.26.0604 - Relator: Desembargador Fernando Sastre Redondo - Sumaré - 38ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 20/02/2013).

"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - DESCONTO DE PERCELAS DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - Contrato de empréstimo consignado, firmado fraudulentamente por terceiro, em nome da autora - Matéria referente à responsabilidade civil extracontratual, de competência da Seção de Direito Privado I - Instrução de Trabalho SEJ0001, do Provimento nº 71/2007 da Presidência do E. TJSP - Recurso não conhecido, com remessa determinada a uma das Câmaras competentes para o julgamento." (Apelação 9078141-65.2009.8.26.0000 - Relator: Desembargador Salles Vieira - Garça - 24ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 30/08/2012).

Ante o exposto, não se conhece do recurso e determina-se a remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado competente (1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0104155-33.2009.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RENATO GUIMARÃES JÚNIOR, são apelados BENEDITA APARECIDA FERREIRA BRITTO, ADRIANO FERREIRA BRITTO e ANDREZZA BRITTO BALSAMO.

ACORDAM, em 27ª 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 4421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), CAMPOS PETRONI E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: MANDATO - HONORÁRIOS PROFISSIONAIS - COBRANÇA - Representação de família de uma das vítimas do acidente do Fokker 100

Acesso ao Sumário

da TAM em ação indenizatória promovida contra as empresas envolvidas - Alegação dos réus, em defesa, de que houve contratação tão somente do escritório norte-americano para representação das famílias das vítimas do acidente, com observação de que deve o autor buscar o recebimento de sua parte junto àquele escritório - Revogação da procuração outorgada ao autor no curso da ação indenizatória - Irrelevância - Prestação de serviços efetivamente comprovada - Honorários advocatícios devidos - Fixação, porém, do valor respectivo em sede de liquidação de sentença por arbitramento - Procedência parcial da ação - Verbas da sucumbência impostas integralmente aos vencidos, arbitrados os honorários em 10% sobre o aproveitamento econômico - Recurso do autor provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança de honorários de advogado ajuizada por RENATO GUIMARÃES JUNIOR em face de BENEDITA APARECIDA FERREIRA BRITO, ADRIANO FERREIRA BRITO e ANDREZZA FERREIRA BRITO, julgada improcedente, com a condenação do autor no pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 4.000,00, na forma do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Apela o autor pretendendo a reforma do julgado, alegando, em síntese, que não há prova de que os réus contrataram o escritório norte-americano para tratar do assunto relativo ao acidente junto à Justiça norte-americana. Afirma ser inverídica a versão de que teria intermediado a contratação daquele escritório, como também equivocada a cronologia dos acontecimentos. Anota não ter ligação com o escritório Speiser Krause. Aponta ser desleal e de má-fé a atuação dos réus, em prejuízo do advogado que atuou em seu favor.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Alega o autor que foi contratado pelos réus para a promoção de medidas judiciais visando o ressarcimento de danos decorrentes da morte de esposo e pai, Rubens de Azevedo Brito, no acidente ocorrido em 31/10/1996, com o avião Fokker da empresa TAM LINHAS AÉREAS S/A.

Argumenta que as partes firmaram um contrato de prestação de serviços, onde restou ajustado que o causídico faria jus ao recebimento da verba honorária equivalente a 10% de todo e qualquer proveito econômico que viessem os réus

Acesso ao Sumário

a obter.

Aduz, assim, o autor que ingressou com duas ações na Comarca de São Paulo onde obteve pronunciamentos favoráveis aos réus.

Não obstante, informa que os constituintes revogaram o mandato e firmaram acordo com as empresas envolvidas no caso, ocasião em que receberam 200 mil dólares americanos, não sendo repassada a parte que lhe cabia.

Dessa forma, reclama o autor o pagamento da verba devida, no montante correspondente a R$ 43.248,00.

Os réus, regularmente citados, ofertaram defesa, alegando, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido, em razão de ação existente perante a Justiça Norte-Americana movida por escritório de advocacia Speiser Krause, ao qual o autor estaria vinculado. No mérito, alegam que contrataram os serviços da firma de advocacia norte-americana citada para acionamento das empresas responsáveis pelo evento danoso perante a Justiça Norte-Americana, ocasião em que se comprometeram a efetuar o pagamento do equivalente a 25% dos valores que viriam a perceber por conta da indenização buscada ou mesmo por acordo. Apontam que foram ajuizadas diversas ações, inclusive com a contratação do advogado Prof. Irineu Strenger para dar pareceres nas demandas. Anotam que também foram ajuizadas diversas ações perante a Justiça brasileira, porém, pelo escritório norte-americano e não pelo autor. Aduzem que o autor tentou induzir os réus em erro, agindo de má-fé, ao impor a assinatura de novo contrato de honorários, alegando que se tratava de ato "pro forma". Argumentam que após o acordo efetuaram o pagamento dos honorários devidos ao escritório Speiser Krause e que o autor busca obter a sua parte em ação específica movida por ele contra a firma de advogados norte-americana. Assim, sustentam não serem devidos os valores exigidos pelo ora autor.

A ação foi julgada improcedente.

Visa o autor a cobrança de honorários advocatícios, no importe de R$ 43.248,00, em decorrência dos serviços profissionais prestados no patrocínio de duas ações no Brasil, em favor dos réus respectivamente esposa e filhos de vítima do acidente aéreo com o avião Fokker 100 da TAM, que ocorreu em 31/10/1996, que caiu no Jabaquara, em São Paulo.

A prova dos autos revela que o autor patrocinou os interesses dos réus na ação indenizatória que tramitou perante a 22ª Vara Cível da Capital (processo nº 2879/98), na qual os réus vieram a realizar acordo com o pagamento do valor líquido de US$ 200.000,00 (fl. 150/156), homologado em 6 de dezembro de 2001 (fl.157).

Em razão desse acordo firmado pelas partes litigantes, o advogado autor postulou, nos mesmos autos, o pagamento de seus honorários, com fundamento no art. 22, § 4º, do Estatuto da Advocacia, pretensão, porém, que veio a ser

Acesso ao Sumário

afastada pelo magistrado, por se entender não ser pertinente a via escolhida, considerando que, à época da transação, já não mais era advogado dos réus.

Ora, a revogação da procuração por parte dos réus, em si mesma, não tem o condão de afastar a pretensão trazida na inicial, quanto à cobrança dos honorários advocatícios pelos serviços prestados pelo autor.

Há de se notar que o ajuste entre o autor e o escritório norte-americano não interfere no direito buscado pelo autor, até porque é anterior à revogação da procuração.

Observe-se que o documento de fl. 18/19, contrato firmado em 13 de outubro de 1998, comprova que, efetivamente, houve contratação por escrito dos serviços do autor, *ad exitum*, não obstante houvessem os réus ajustado com o escritório Speiser Krause para demandar os seus direitos perante a Corte Norte-Americana.

Nada há nos autos a justificar a assertiva de que o montante contratado com o autor já fizesse parte do percentual de 25% ajustado e contratado pelos familiares das vítimas, a título de honorários, perante a Speiser Krause.

Demais, a prova dos autos revela que os honorários advocatícios eram pagos pelos familiares ao escritório Speiser Krause para o ajuizamento de ações perante a Corte Norte-Americana, mas sem qualquer referência às demandas que porventura viessem a ser intentadas no Brasil, as quais foram promovidas pelo autor.

Aliás, houve referência mesmo à promoção de uma ação na Holanda, país de origem da empresa Fokker, a qual seria responsável solidária com a fabricante da peça defeituosa (sistema do freio-reverso), sediada nos Estados Unidos.

Assim, não se arreda o direito do autor em receber a verba correspondente à prestação de serviços advocatícios aos réus.

Quanto à alegação de vício de consentimento, em decorrência de suposto dolo ou simulação, nada há nos autos a ensejar tal conclusão.

Acesso ao Sumário

Além disso, os réus não especificaram qual seria o dolo ou, ainda, em que consistiu o ato dissimulado, que teria maculado o contrato de honorários, retirando-lhe a validade e eficácia jurídica.

A alegação dos réus de que foram induzidos em erro pelo autor, quando da reunião feita com os advogados americanos que contou com a participação do autor, ocasião em que foram as famílias aconselhadas a promover ações contra a TAM no Brasil, diante dos problemas enfrentados perante a Justiça Norte-Americana, não pode ser considerada suficiente a embasar o argumento de que os honorários do autor já faziam parte dos 25% anteriormente contratados pois que se tratava de demandas a serem ajuizadas perante a Justiça brasileira, portanto, sem qualquer relação com a atividade e a tese defendida por aquele

escritório nas Cortes Norte-Americanas.

Ademais, não se pode negar que o apontado vício do consentimento, de certo modo, teria sido ratificado pelos réus, eis que, pelo que consta, o autor continuou a representá-los em Juízo, mesmo após a revogação do mandato, e até a homologação do acordo final.

Aliás, não se pode negar que os réus lograram receber os valores pertinentes ao deferimento da tutela antecipada, em decorrência dos serviços que foram prestados, a contento, pelo autor.

Demais disso, não obstante haver estipulação entre o autor o escritório Speiser Krause quanto à divisão de honorários no que diz respeito às ações promovidas pelas famílias das vítimas, não se pode negar que o autor serviu de intermediário com o escritório Speiser Krause, como se viu, na qualidade de coadvogado, circunstância que, de certa forma, teria, ao menos, colaborado para a celebração do acordo invocado. Mas por tal condição não se pode dizer que sua remuneração era especificamente aquela que contratou com o mencionado escritório.

No que toca ao valor dos honorários advocatícios, vê-se que, de fato, o contrato que embasou o pedido inicial indicou o pagamento do percentual de "10% (dez por cento) sobre o que for eventualmente obtido pelos contratantes, seja por acordo, seja por condenação, devido no(s) dia(s) do(s) efetivo(s) pagamento(s) aos contratantes e independentemente da eventual sucumbência a ser arbitrada pela Justiça em caso de vitória e a ser paga pela ré" (fl. 19).

Contudo, não se pode tomar como base o constante no contrato, correspondente a 10% do acordo, tendo em conta que o autor recusou inequivocamente a proposta de acordo feita pelas empresas em face de seu cliente, caso que não justifica seja remunerado levando-se em consideração os valores transacionados.

Portanto, os honorários advocatícios devem mesmo ser apurados em fase de liquidação de sentença por arbitramento (art. 22, § 4º, da Lei nº 8906/94).

Consequentemente, dá-se parcial provimento ao recurso para julgar procedente em parte a ação, para condenar os réus no pagamento da remuneração pelos serviços advocatícios prestados pelo autor, em valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença por arbitramento.

Em razão da sucumbência, devem os réus responder pelo pagamento das custas e despesas do processo e verba honorária fixada em 10% sobre o aproveitamento econômico, na forma do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0008514-86.2012.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes EMERSON DE ALMEIDA VILELA e CINTIA MARIA DA SILVA, é apelada COMPANHIA HABITACIONAL REGIONAL DE RIBEIRÃO PRETO - COHAB-RP.

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. **(Voto nº 15771)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI E FABIO TABOSA.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL EM CONJUNTO HABITACIONAL - Imóvel objeto da ação foi invadido pelos réus - Réus citados, apresentaram reconvenção, pleiteando a condenação da parte autora ao pagamento da quantia de R$ 6.200,00 atualizada, que foi paga a título de entrada na compra do imóvel - Intimada para apresentar resposta à reconvenção, a autora deixou transcorrer 'in albis' o prazo para contestação - Sentença de procedência, determinada a reintegração de posse em favor da autora e perda das parcelas pagas, em função da compensação pela ocupação do imóvel - Réus apelam pugnando, em suma, pelo reconhecimento da revelia para que os fatos alegados na reconvenção sejam admitidos como verdadeiros - Impossibilidade - Caso tivessem os réus, de forma efetiva, direito de reaver as quantias pagas, seriam, com toda certeza, ressarcidos mesmo sem a necessidade do pedido reconvencional (Súmula 3 TJ-SP) - Hipótese dos autos em que foi amplamente comprovado que a autora detinha o direito de retenção de tais valores, em compensação pelo valor correspondente ao tempo de ocupação, que, 'in casu', à época da prolação da r. sentença, já alcançava 04 (quatro) anos (Súmula 1 TJ-SP) - Sentença mantida pelos seus próprios

Acesso ao Sumário

fundamentos - Recurso não provido.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso interposto em face do teor da r. sentença de fls. 88/89vº que julgou procedente ação de reintegração de posse, promovida pela Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto COHAB-RP, em face de Emerson de Almeida Vilela e Cintia Maria Silva para: "***reintegrá-la na posse do imóvel descrito na inicial e compensar o valor pago com a ocupação do imóvel***" (fls. 89/89vº) bem como julgou improcedente a reconvenção, sob a fundamentação de que: "... ***o valor disponibilizado pelos réus bem compensaram o valor do tempo de ocupação, que chega a quatro anos. Em razão da compensação, inviável a condenação pretendida em reconvenção***" (fls. 89). Por fim, condenou os réus reconvintes, ora apelantes, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, cuja exigibilidade fica suspensa.

Irresignados, recorrem os réus reconvintes, ora apelantes, nos termos das razões recursais de fls. 92/96, pugnando pela reforma da r. sentença para que, em suma, sejam reconhecidos como verdadeiros os fatos alegados em reconvenção, eis que, regularmente intimada, a autora não apresentou resposta, caracterizando, destarte, a revelia.

Em contrarrazões, pugna a autora pelo não provimento do recurso (fls. 101/106).

Dispensados os recolhimentos do preparo e do porte de remessa e retorno, eis que os apelantes são beneficiários da Justiça Gratuita (fls. 85).

Recurso regularmente processado e devidamente respondido.

É o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença de fls. 88/89vº.

A presente ação tem como objeto a reintegração de posse de imóvel em conjunto habitacional que, em vistoria (fls. 26/27), foi constatada a invasão pelos réus, ora apelantes.

Importante consignar que os réus, regularmente citados, apresentaram reconvenção (fls. 75/79), pleiteando, em suma, pela condenação da parte autora ao pagamento da quantia de R$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais), atualizada, relativa a valor pago de "entrada" em negociação de "recomercialização" do imóvel por eles invadido. Apesar de devidamente intimada para apresentar resposta à reconvenção, a autora deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestação (vide: Certidão de fls. 86).

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido para reintegrar a

Acesso ao Sumário

autora na posse do imóvel, perdendo os réus em favor da autora, a título de compensação pelo tempo de uso do imóvel, o aludido valor de R$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais) já pago (cf. recibos de fls. 48/49).

O objeto do presente recurso limita-se à declaração da revelia da autora da demanda, com o reconhecimento, como verdadeiros, dos fatos alegados na reconvenção, para que seja julgado procedente o pedido reconvencional para condenar a autora ao pagamento da quantia de R$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais), atualizada.

Com o devido respeito aos apelantes, é irrelevante ao deslinde da questão se houve ou não revelia à reconvenção, pois, em ação de reintegração de posse, na hipótese de ter sido, de forma efetiva, reconhecido o direito à devolução das parcelas pagas - *o que não é o caso dos autos, pois, admitida a compensação pelo tempo de ocupação do imóvel* -, a reintegração deve ser condicionada à devolução das quantias já pagas, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, mesmo que não tenha havido reconvenção.

É o que dispõem as Súmulas 1 e 3 deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "***Súmula 1 - O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem***."
>
> "***Súmula 3 - Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção***."

Assim, caso tivessem os réus o direito de reaver as quantias pagas, pelos motivos acima expostos, com o devido respeito, era desnecessário, inclusive, o pedido reconvencional.

Por outro lado, ficou às claras nos autos que os réus não tinham direito de devolução das parcelas pagas.

Conforme se depreende do quanto lançado, de forma expressa, no recibo de fls. 48: "..., ***na ocorrência da não formalização da RECOMERCIALIZAÇÃO pretendida, por qualquer que seja a razão, será retido de referida quantia o valor correspondente ao tempo de ocupação, com base no valor da parcela informada***" (os grifos não constam no original - fls. 48).

No caso dos autos a regularidade na retenção, pela autora da demanda, dos valores pagos pelos réus, em função do tempo de ocupação do imóvel foi, de forma efetiva, enfrentada na r. sentença, nos seguintes termos:

> "***Houve pagamento de R$ 6.200,00 em favor da empresa requerente, que emitiu recibo (fl. 48) e deixou claro que não se formalizando o***

Acesso ao Sumário

contrato, o valor pago seria retido a titulo de ocupação.

<u>O valor pode ser integralmente retido</u>.

Em julho de 2012, constatou-se que a invasão ocorrera três anos antes (fls. 26/27), documentos que não foram impugnados.

Quando da designação de audiência de conciliação, a empresa requerente informou que não tinha interesse em comparecer, mas abriu oportunidade para o pagamento da dívida anterior, fazendo estimativa do preço mensal (fls. 33/36).

Analisando os referidos valores, tem-se que <u>o valor disponibilizado pelos réus bem compensaram o valor do tempo de ocupação, que chega a quatro anos</u>.

<u>Em razão da compensação, inviável a condenação pretendida em reconvenção</u>, pelo que já restou exposto." (os grifos não constam no original - fls. 89)

Oportuna a transcrição de precedente jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em caso análogo, em se tratando de retenção de valores pagos em compensação pelo valor do tempo de ocupação do imóvel objeto de reintegração de posse, houve ponderação, inclusive, da real possibilidade de pagamento pela ocupação, hipótese em que os apelantes poderiam, pelo baixo valor pago, tornar-se até mesmo devedores, conforme trecho do julgado, que ora se colaciona:

"**EMENTA:**

COOPERATIVA HABITACIONAL. IMÓVEL RESCISÃO CONTRATUAL MORA DOS ASSOCIADOS DETERMINADA <u>REINTEGRAÇÃO DE POSSE</u> EM FAVOR DA AUTORA E <u>PERDA DAS PARCELAS PAGAS ADMISSIBILIDADE APELANTES QUE PERMANECERAM NO IMÓVEL POR PERÍODO SUPERIOR AO QUE PAGARAM</u> HIPÓTESE EM QUE, SE HOUVESSE DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO PARCIAL, MAS PAGAMENTO PELA OCUPAÇÃO. PODERIAM OS APELANTES TORNAR-SE ATE MESMO DEVEDORES RECURSO PROTELATORIO QUESTIONAMENTO.

(...)

é de se supor que <u>moram gratuitamente por período superior ao que efetivamente pagaram</u>. Parece razoável, portanto, essa perda. Aliás, <u>houvesse determinação de restituição parcial, mas pagamento pela ocupação, os apelantes poderiam, pelo baixo valor pago, tornar-se até mesmo devedores</u>, o que a decisão, nos termos em que proferida, evitou. Mesmo não determinando qualquer restituição, nenhum

Acesso ao Sumário

outro ônus impôs a decisão..."[1]

Em outro julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ficou às claras que a ocupação do imóvel, sem a devida contraprestação, e a restituição das parcelas pagas implicaria no enriquecimento sem causa dos Requeridos, conforme precedente abaixo transcrito:

"**Correta a condenação dos Requeridos à perda das parcelas pagas, porque visa o ressarcimento à Autora pelo uso do bem e pelos danos (depreciação e despesas administrativas e operacionais), salientando-se que a ocupação do imóvel, sem a devida contraprestação, e a restituição das parcelas pagas implicaria no enriquecimento sem causa dos Requeridos.**

Cabe destacar, a propósito:

"***Súmula 1 - O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem***."

"***Súmula 3: Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção***."[2]

Assim, repita-se, caso tivessem os réus, de forma efetiva, direito de reaver as quantias pagas, seriam, com toda certeza, ressarcidos mesmo sem a necessidade do pedido reconvencional (Súmula 3 deste Egrégio Tribunal de Justiça). Porém, conforme amplamente comprovado nos autos, a autora da demanda detinha o direito de retenção de tais quantias pagas, em compensação pelo valor correspondente ao tempo de ocupação, que, *in casu*, à época da prolação da r. sentença, já alcançava 04 (quatro) anos.

Conclui-se que, nos limites das questões efetivamente impugnadas nas razões recursais, a r. sentença deve ser mantida, da forma como lançada nos autos, em face do todo ora retratado e, também, pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0002826-

1 TJ-SP Apel. 9251505-15.2008.8.26.0000 (586.368-4/8-00), 6ª Câm.Dir.Priv., Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 11.9.2008

2 TJ-SP Apel. 0069595-38.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 13.8.2013

39.2008.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MICROBYTE TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é apelado JORGE GUILHERMO BARBOZA.

ACORDAM, em 24ª 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 3158)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ERSON DE OLIVEIRA E SALLES VIEIRA.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: DANO MORAL - Pretensão de reforma da sentença que julgou procedente pedido de indenização por danos morais, em razão de falha na prestação dos serviços de telefonia contratados - Descabimento - Inclusão indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito - Dano moral configurado.

DANO MORAL - Indenização fixada na sentença em R$ 8.101,00 - Pretendida redução - Valor que não destoa dos parâmetros normalmente adotados por este Tribunal em casos análogos - Fixação mantida.

JUROS MORATÓRIOS - Ilícito contratual - Incidência a partir da citação (arts. 219 do CPC e 405 do CC).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Irresignada com o teor da respeitável sentença (fls. 263-266) que julgou procedente ação de indenização por danos morais, ajuizada por Jorge Guilhermo Barboza em face de Microbyte Telecomunicações Ltda., apela esta última (fls. 269-274).

Sustenta que não houve renegociação do título vencido em 23.10.2007 e que a existência de um segundo boleto, datado de 23.1.2008, não se refere ao mês de outubro, como afirmado pelo autor, mas sim ao próprio mês de janeiro, uma vez que possui a mesma numeração do anterior. Aduz que não houve falha na prestação de seus serviços e que não ficou demonstrado o alegado dano moral. Por último, caso mantida a condenação, pede a redução de seu valor e

Acesso ao Sumário

inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões a fls. 278-285, pugnando pela manutenção da r. sentença.

O recurso é adequado e tempestivo.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento apenas parcial.

3. Depreende-se da análise dos autos que o autor adquiriu da empresa ré equipamentos e serviços de instalação em linha telefônica pelo valor de R$ 810,15, cujo pagamento seria efetuado através de dez prestações, devendo ser emitidos boletos com vencimento a partir de 23.4.2007, até janeiro de 2008.

Ocorre que, segundo o autor, o boleto relativo ao mês de outubro não lhe foi enviado. Dirigindo-se à sede da empresa, esta se comprometeu a emitir novo boleto para pagamento em janeiro de 2008, juntamente com a última parcela. Afirma que no referido mês efetuou o pagamento das duas prestações, porém, foi surpreendido com protesto da parcela vencida em outubro de 2007.

A requerida não logrou êxito em comprovar que a negativação se deu em virtude de inadimplemento de prestação vencida e não paga, uma vez que emitiu dois boletos com data de vencimento para o dia 23.1.2008, e, ao contrário do afirmado por ela, o boleto reemitido (fls. 26) não possui a mesma numeração daquele juntado a fls. 27 (respectivamente, números 8 e 9). Além disso, a apelante não conseguiu explicar a existência de dois boletos com vencimentos na mesma data.

Frise-se, ainda, que a testemunha arrolada pelo autor, Roberto Santos Castro, assim declarou em seu depoimento:

> "*...eu sei que aproximadamente 1 mês depois da compra foi constatada a falta do boleto com vencimento em outubro de 2007. Eu acompanhei o autor até o estabelecimento da requerida e acompanhei a conversa com o seu representante, e também com uma pessoa do financeiro, e eles emitiram um boleto com novo vencimento para janeiro de 2008. Pelo que eu fiquei sabendo, a requerida achou que não daria tempo de emitir um novo boleto pelo banco, que era o responsável pela emissão do documento. Por essa razão emitiram a segunda via com vencimento para janeiro de 2008 e não outubro de 2007*" (fls. 152).

Já a testemunha arrolada pela ré, Maria Marlene Vasconcelos, asseverou que tinha conhecimento de que o autor foi até a sede da requerida por diversas vezes, acompanhado de uma pessoa, não sabendo explicar como ele estaria na posse de dois boletos com vencimento para janeiro (fls. 267).

Assim, não se pode acolher a alegação da apelante, no sentido de que não teria cometido ilicitude, nem obrado com negligência. Houve evidente falha na prestação de seus serviços, que por sua vez ensejou sensíveis danos ao autor da

Acesso ao Sumário

ação.

4. O atual Código Civil estatuiu no parágrafo único do art. 927:

"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

O Código de Defesa do Consumidor também estabelece a responsabilização por danos causados por má prestação de serviços, "independentemente da existência de culpa", somente eximindo-se o fornecedor que provar culpa *exclusiva* do consumidor ou de terceiro (art. 14).

Bem por isso, corretamente constou da r. sentença:

"Ademais, o autor, consumidor, não pode arcar com a responsabilidade de eventual divergência entre a requerida e o banco mandatário. Com efeito, é evidente que a requerida não poderia apresentar a protesto a duplicata representativa da relação comercial, tendo em vista que aceitou a renegociação da data do vencimento e recebeu o valor devido. Por conseguinte, tinha obrigação de comunicar ao banco mandatário responsável pela cobrança para impedir o protesto, bem como eventual anotação junto aos órgãos de proteção ao crédito" (fls. 264-265).

De rigor, portanto, o dever da apelante em indenizar o autor pelos danos experimentados.

5. Encontra-se pacificado em doutrina e jurisprudência o entendimento de que, tratando-se de dano moral, basta a prova de existência da negativação indevida.

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL - DESNECESSIDADE - DESPROVIMENTO. Conforme entendimento firmado nesta Corte, 'não há falar em prova de dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam', para gerar o dever de indenizar. Precedentes (REsp nºs 261.028/RJ, 294.561/RJ, 661.960/PB e 702.872/MS - AgRg no Ag 701915/SP, rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, j. 25/10/2005).

Esta E. Câmara vem se pronunciando no mesmo sentido:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CARTÃO DE CRÉDITO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Lançamento do nome do consumidor no rol de maus pagadores - Sentença procedente - Dano moral 'in re ipsa' - Indenização devida - Valor que deve ser punitivo e não

ensejar enriquecimento sem causa - Recurso desprovido." (Apelação nº 0208906-59.2009.8.26.0008, rel. Des. Antonio Nascimento, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 26/05/2011).

"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - Caracterizada relação de consumo - Inversão do ônus da prova - Reconhecida a ilegalidade da inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito após a quitação do débito - Falha na prestação de serviços - Responsabilidade objetiva da ré - Dano moral caracterizado - Ainda que não haja prova do prejuízo, o dano moral puro é presumível - Indenização devida (...) - Apelo provido." (Apelação nº 9265201-21.2008.8.26.0000, rel. Des. Salles Vieira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 27/10/2011).

6. Quanto ao valor da indenização, também não assiste razão à apelante.

Em tema de dano moral, não há propriamente reparação do prejuízo, mas uma compensação pelo sofrimento experimentado pelo indivíduo, sendo certo que, para a sua configuração, "*não há necessidade que se comprove intensa dor física: o desconforto anormal, que ocasiona transtornos à vida do indivíduo, por vezes, configura um dano indenizável, como, por exemplo, o atraso ou cancelamento de um vôo ou um título de crédito indevidamente protestado*" (Sílvio S. Venosa, *Direito Civil*, 5ª ed., São Paulo, Ed.Atlas, 2005, vol. II, p. 365.)

Bem por isso, proclamou 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 a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa" (AI n° 163.571-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.02.1999).

Nesse contexto, verificada a falha na prestação de serviços, nota-se que a indenização por danos morais há de ser fixada em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere a sua natureza penal e compensatória. A primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio. A segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido. Consoante assentado na jurisprudência, a reparação pecuniária não deve ser fonte de enriquecimento e tampouco

Acesso ao Sumário

inexpressiva (RT: 742/320; RJTJESP-LEX: 137/187; JTJ-LEX: 174/49).

7. No presente caso, a indenização fixada pelo douto Magistrado (R$ 8.101,00), não destoa dos parâmetros normalmente adotados por esta Câmara em casos análogos (podem ser citadas, a título de exemplo, as apelações de ns. 9153384-49.2008.26.0000, 9266117-55.2008.8.26.0000 e 9199228-22.2008.8.26.0000).

8. Entretanto, a r. sentença merece pequeno reparo no que diz respeito ao termo inicial dos juros moratórios; tratando-se de ilícito contratual, estes deverão incidir a partir da citação, nos termos dos arts. 219 do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil.

9. Nos termos expostos, pelo meu voto **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003288-27.2011.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante ROSANGELA APARECIDA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

ORLANDO PISTORESI, Relator

Ementa: Seguro de vida em grupo e acidentes pessoais - Suicídio do segurado - Inexistência de premeditação e voluntariedade - Indenização devida.

O suicídio não premeditado é de considerar-se abrangido pelo conceito de acidente para fins de seguro. Invalidade da cláusula excludente desse risco.

Seguro de vida e acidentes pessoais - Cobrança - Pretensão deduzida por beneficiária - Suicídio do segurado ocorrido menos de 2 anos após a contratação

Acesso ao Sumário

- Premeditação não comprovada - Prevalência da boa-fé contratual - Indenização devida.

"Se o suicídio ocorrer menos de 2 anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Essa prova da premeditação é imprescindível, sob pena de o segurador obter enriquecimento sem causa, diante das pesquisas da ciência no campo da medicina envolvendo a patologia da depressão".

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 199/202 e que julgou improcedente ação de indenização securitária objetivando o recebimento de seguro de vida ajuizada por Rosangela Aparecida dos Santos contra Unibanco Seguros S/A.

Sustenta a apelante que não há prova de que a morte do segurado tenha se dado por envenenamento; o laudo pericial não confirma a ocorrência de envenenamento, devendo ser afastada a ocorrência de premeditação, impondo-se o provimento do recurso, com o reconhecimento da procedência da ação (fls. 206/212).

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Opostamente ao sustentado pela apelada ao invocar o disposto no art. 798 do Código Civil, a verdade é que beneficiária faz jus à cobertura securitária porquanto o suicídio praticado pelo segurado, nos primeiros dois anos de vigência do contrato, não impede o pagamento da indenização.

É que, sem a demonstração da premeditação e do próprio ato homicida (uma vez não estabelecida a causa da morte - fls.22) a indenização é devida.

Não há elementos de convicção nos autos indicativos de que tenha ocorrido suicídio ou que eventual suicídio do segurado tenha sido cometido com o fim de conduzir o pagamento do seguro, razão pela qual a seguradora não pode se eximir da sua obrigação de indenizar. Consoante lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre o tema, em "Código Civil Anotado e legislação extravagante", 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, relativamente ao artigo 798, parágrafo único, daquele diploma, página 655: "É inoperante a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade de

Acesso ao Sumário

seguradora em casos de suicídio involuntário. À Seguradora, ainda, compete a prova de que o segurado se suicidou premeditadamente, com a consciência de seu ato (RT 653/204). O entendimento esposado por esta decisão jurisprudencial ficou consagrada no Código Civil 798 parágrafo único.".

Cumpre salientar, pois, que, mesmo que caracterizado suicídio, mas não premeditado e involuntário, equipara-se a acidente, tornando inoperante a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade da seguradora em casos de suicídio involuntário.

Na conformidade do que doutrina Caio Mário da Silva Pereira: "O Código de 2002 deu tratamento inusitado às hipóteses de suicídio. Em seu art. 798 determinou que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros 2 (dois) anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso. Esta regra deve ser interpretada no sentido de que após 2 anos da contratação do seguro presume-se que o suicídio não foi premeditado. Se o suicídio ocorrer menos de 2 anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Essa prova da premeditação é imprescindível, sob pena de o segurador obter enriquecimento sem causa, diante das pesquisas da ciência no campo da medicina envolvendo a patologia da depressão. Essa tinha sido a solução sugerida por mim no Código das Obrigações, e adotada no Código de 2002." (Instituições de Direito Civil, 11. ed., Rio de Janeiro, 2004, v. 3, p. 467).

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1047594/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 18/08/2009).

Releva observar que nada está a evidenciar nestes autos conduta que identifique prévia intenção de provocar o sinistro, situação que afasta a incidência da norma em questão.

Daí porque somente seria possível afastar a cobertura na hipótese de suicídio voluntário, assim entendido aquele premeditado por pessoa em seu juízo normal, tratando-se, inclusive, de matéria já sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 105) e pelo Superior Tribunal de Justiça (súmula nº 61).

Assim sendo, a pretensão tendente a desconstituir referida presunção, reclama comprovação, competindo ao segurador provar que o segurado suicidou-se premeditadamente, estando absolutamente consciente e com o espírito calmo e tranquilo, ausente qualquer constrangimento viciador de sua vontade.

Nesse sentido já se definiu que "É inoperante a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade de seguradora em casos de suicídio involuntário. À seguradora, ainda, compete a prova de que o segurado se suicidou premeditadamente, com a consciência de seu ato. Recurso conhecido

Acesso ao Sumário

e provido" (RSTJ 44/83).

Importa considerar que "O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária. O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a idéia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual. Todavia, a interpretação literal ao disposto no art. 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo. Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida. É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002. *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida. Recurso especial provido". (Recurso Especial n. 1.077.342-MG, 3ª. Turma, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, Dje. 03/09/2010).

No mesmo sentido: "DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. Mera presunção. As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Essa premissa é extremamente importante para a hipótese de indenização securitária decorrente de suicídio, pois dela extrai-se que a presunção de boa-fé deverá também prevalecer sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02. O biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infindáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro. À luz desse novo dispositivo legal, ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação. É desrazoável admitir que, na edição do art. 798, o legislador, em detrimento do benefício da boa-fé, tenha deliberadamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. O período de 02 anos contido na norma não deve ser examinado isoladamente, mas em conformidade com as demais circunstâncias que envolveram sua elaboração, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se à espécie o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

Acesso ao Sumário

Há de se distinguir a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio daquela que se refere ao ato de contratar o seguro com a finalidade única de favorecer o beneficiário que receberá o capital segurado. Somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura a má-fé contratual. Recurso especial provido. (Recurso Especial n. 1.188.091-MG, DJe 06.05.2011, Rel. a Eminente Ministra NANCY ANDRIGHI)."

Daí porque a boa-fé do segurado deve ser presumida, certo que a premeditação, como causa excludente da indenização, dependia de prova, que não foi produzida, devendo ser paga a indenização corresponde à hipótese de morte acidental, já que se considera o suicídio como sendo não premeditado.

Em suma, deixando a apelada de produzir convincente prova em contrário, e ocorrendo a morte do segurado por suicídio não premeditado, caracteriza-se ela como acidental, sendo devida a indenização, ficando o recurso provido, julgado procedente o pedido inicial, condenada a ré ao pagamento da indenização de R$ 50.000,00, atualizada desde o sinistro, com juros de mora a partir da citação, custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos ao patrono da autora e fixados em 15% do valor da condenação.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0136758-31.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODRIGO DA SILVA ZANATELI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PEDREIRA SÃO MATHEUS LAGEADO 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 8.115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente), MORAIS PUCCI E CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 29 de outubro de 2013.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXPLOSÃO EM PEDREIRA. TEORIA DO RISCO. AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE.

Acesso ao Sumário

INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

Ainda que incontroversa a detonação de explosivos em pedreira, não é devida a indenização porque não comprovados os danos e o nexo de causalidade.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença que julgou improcedente ação de indenização a título de danos materiais e morais, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil. Condenado o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 23 da Lei n.º 8.906/94, arbitrados em R$ 1.000,00, atualizado pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sobrestada a exigibilidade de tais verbas até que o autor possa fazer o pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Recorre o autor, imputando a responsabilidade objetiva da ré pelos danos causados ao seu imóvel, isso porque se aplica a teoria do risco à espécie. Assevera a existência de nexo de causalidade ante a confissão da explosão na pedreira com lançamento de detritos nas casas vizinhas. Alega ter construído o imóvel em condições normais e não para enfrentar explosões. Argumenta que o juiz não está adstrito ao laudo pericial (Código de Processo Civil, artigo 436). Pleiteia a condenação da ré ao pagamento da indenização pelos danos reclamados.

Recurso tempestivo, isento de preparo ante a gratuidade judiciária concedida ao recorrente e não respondido.

É o relatório.

O artigo 1277 do Código Civil prescreve: "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha."

Ao dissecar o conflito de vizinhança, MARCO AURÉLIO S. VIANA elenca algumas hipóteses que alimentam a atuação do vizinho: "a) ele tem a intenção de causar dano, dirigido pelo espírito de emulação; ou b) exercita o direito de maneira inconveniente, irregular, anormal, em desacordo com sua finalidade social, presente a exorbitância, o exagero suscetível de ser remediado ou atenuado, mas que não o foi; c) faz uso ordinário do direito, atua de forma regular, comum, sem excesso de qualquer natureza, mas mesmo assim atinge a órbita de interesse de outrem; d) finalmente, é possível que o vizinho mantenha seu imóvel em estado de ruína, ou em uma tal condição que repercute negativamente na esfera de direito de outrem.

Acesso ao Sumário

Em todas as situações indicadas temos um prejuízo ou incômodo, ou seja, uma interferência prejudicial, na linguagem do art. 1.277, provocada pela utilização de propriedade vizinha. Essa interferência prejudicial, como já exemplificamos, é de natureza corpórea ou não, como emanações de calor, ruídos, cheiros, fuligem, fumo, vapores, trepidações, e outros fatos que se assemelhem." (Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais, volume XVI, págs. 208/209, Forense, 2003).

Consoante noção cediça, nosso ordenamento jurídico consagra a propriedade como um dos direitos fundamentais (CF, art.5.º, *caput*). No entanto, não se trata de direito absoluto, já que ela deve atender à sua função social e ao objetivo do bem comum e, ainda, está limitado o seu exercício nos direitos de vizinhança.

Por outro lado, a Constituição Federal assegura o exercício do sistema capitalista que é formado por dois elementos essenciais, a propriedade privada e a livre iniciativa.

Pois bem. Narra o autor ser vizinho da pedreira que, em razão de sua atividade econômica, realiza diversas explosões que lhe causaram prejuízos materiais e morais. Aponta a interdição da pedreira após uma explosão de grandes proporções ocorrida em 30 de julho de 2007 que lhe causou o agravamento nas trincas e rachaduras nas paredes da casa. Aponta como nexo de causalidade, o boletim de ocorrência, diversas matérias jornalísticas e fotografia do imóvel destruído pertencente a uma vizinha. Pleiteia a indenização no montante de R$ 260.000,00 (fl. 2/42).

Incontroversos os fatos de que a ré realiza atividade empresarial relacionada à extração de pedras e a ocorrência da explosão no dia 30 de julho de 2007, com grande repercussão (fls. 54/118), restringindo-se o cerne litigioso à apuração da responsabilidade civil objetiva, fundada no risco imanente à atividade empresarial que é atribuída independentemente de dolo ou de culpa, na forma do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que prescreve: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

A saber, a responsabilidade pelo risco da atividade não impõe que o ato seja ilícito, bastando o exercício de atividade que implica, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem e dela, eventualmente, se origine um dano.

Em outras palavras, a responsabilidade civil da pedreira assenta-se na equação binária: dano e autoria do evento danoso, sem cogitar de culpa. Assim, comprovados o fator causador e o dano, ela é responsável pela reparação.

Conquanto irrefutável a autoria da explosão ocorrida no dia 30.7.2007, incumbe ao autor provar que as anomalias do seu imóvel foram decorrentes

Acesso ao Sumário

desse ato (Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I).

Realizada prova pericial, a perita concluiu que: "dos exames realizados aos dormitórios constatou-se desprendimento das molduras de gesso, fissuras e manchas de umidade com indícios de infiltração do telhado.

O representante do requerente confirmou a construção em etapas do imóvel - casa 4, projetado parte no pavimento térreo e superior de outro imóvel.

A 'quebra' de elementos estruturais quando da ampliação da edificação não permite atribuir desprendimento de moldura como tendo origem o evento ocorrido nas instalações do requerido" (fl. 571)

E, nos quesitos, a perita registrou que o imóvel não apresenta danos estruturais. Também indicou se tratar de construção irregular e com acréscimos de cômodos com base na informação do representante do requerente. Consta, ainda, que o terreno apresentou erosão e patologia de recalque diferencial (fls. 552/584).

O parecer discordante se restringe à narrativa dos efeitos da explosão, sem indicar especificamente quais são os danos tampouco o nexo etiológico. Além disso, indicou a estimativa dos danos em R$ 10.000,00, apontando ser difícil a elaboração de orçamento detalhado, por se tratar de reforma (fls. 634/641).

De assinalar-se que o parecer está condicionado à abrangência das investigações, à confiabilidade e adequação das informações obtidas, à qualidade das análises técnicas efetuadas e ao menor grau de subjetividade emprestado pelo perito. Por isso, necessária a indicação da metodologia empregada, dos dados levantados, do tratamento dos elementos coletados e confrontados com o laudo, além da menor subjetividade nele inserida.

Na espécie, o assistente técnico do autor nem se preocupou em trazer os dados coletados no local, exemplificadamente, os danos aparentes do imóvel, como fissuras, rachaduras e decalque dos pisos, o abalo da estrutura do imóvel pela onda de frequência causada pela explosão, etc. Igualmente, não se preocupou em elaborar o orçamento com a indicação da quantidade, qualidade e preço do material de construção, bem como da mão de obra necessária para a reforma.

Inegável o subjetivismo do parecer do assistente técnico do autor. Em contrapartida, a perita teve a preocupação em registrar a situação do imóvel por meio de fotografias que permitem visualizar a inexistência de fissuras e rachaduras que, certamente, existiriam no caso de o imóvel ter suportado carga acidental oriunda da ação dinâmica da explosão que sujeita a estrutura a choques ou vibrações, os respectivos efeitos devem ser considerados na determinação das solicitações. No caso de vibrações, deve ser verificada a possibilidade de ressonância em relação à estrutura ou parte dela. Se houver a possibilidade de fadiga, esta deve ser considerada no dimensionamento das peças.

Acesso ao Sumário

A NBR-6118/2003 define os valores para cálculo das cargas acidentais na estrutura, existindo, ainda, normas específicas, tais como: NBR-6120 - Ações em edificações; NBR- 7188 - Ações em pontes; NBR-6123 - Ação de vento; NBR-8681 - Ações e segurança nas estruturas, dentre outras.

Certamente, se o imóvel sofreu danos pela explosão a ensejar o pedido de indenização de R$ 260.000,00 (fl. 41), ou mesmo de R$ 10.000,00, indicado pelo assistente técnico (fl. 641), ele apresentaria visualmente os danos nas paredes pela ação da onda de choque da explosão, situação que não se percebe nas fotografias.

Acrescenta-se, ainda, que no laudo do Instituto de Criminalística foram indicadas onze residências atingidas pela explosão, não constando o nome do autor entre os moradores ali indicados (fl. 433).

À míngua de prova da existência de danos tampouco de nexo de causalidade com a explosão em pedreira vizinha impõe a improcedência do pedido de indenização a título de dano material.

Nesse sentido:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. Pretensão do autor à indenização por danos materiais e morais supostamente decorrentes de explosões realizadas pela ré em imóvel vizinho.

1. A Teoria da Causalidade Adequada isola a causa que se apresenta com maior probabilidade para gerar o dano. A explosão executada pela ré não era, por si só, capaz de causar os danos ao imóvel do autor, o que afasta a obrigação de indenizar.

2. O perito apurou existir distância significativa entre o imóvel do autor e o da ré. Assim, a explosão realizada pela ré para extração de pedra não seria capaz de causar os danos verificados no imóvel do autor.

Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido." (TJSP, 26.ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0180622-56.2009.8.26.0100, rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI , j. 10.8.2011 , v.u.)

Quanto ao dano moral, na concepção civil-constitucional, ele se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1.º, inciso III).

Emanam diversos aspectos dessa concepção, dentre elas a proteção à vida e à integridade físico-psíquica da pessoa humana e, aqui, funda-se a pretensão do autor ao percebimento de indenização a título de dano moral, uma vez que imputa a ofensa aos direitos da personalidade pela progressiva degradação material do imóvel que lhe causa transtorno consistente no medo e no receio de fazer uso de seu imóvel, acreditando que a casa possa desmoronar a qualquer

Acesso ao Sumário

momento e, ainda, pela depreciação do imóvel.

Afigura-se, aqui, a ideia de uma cadeia de prejuízos, iniciando-se pelos danos materiais - supostos problemas estruturais pelas explosões -, que encadeariam o dano moral (intranquilidade pela depreciação do bem e pelo risco dele desmoronar).

Ocorre que o imóvel não se encontra dentro do perímetro de influência das ondas de choques ao solo provocadas pelas detonações, fato comprovado pela ausência de patologias na estrutura da edificação, como se depreende do laudo pericial (fls. 551/584).

A falta de patologia estrutural no imóvel em decorrência das explosões na pedreira comprova a ausência de dano imediato no imóvel (prejuízos de ordem material) e, por conseguinte, ausente o dano remoto ou indireto (dano moral).

Nem se poderiam conjeturar eventuais perigos trazidos ao imóvel do autor porque ele não está na área de influência das ondas de choques ao solo provocadas pelas detonações.

Por outro lado, de acordo com os documentos de fls. 418/431, a ré exerce regularmente a atividade de mineração, consoante se depreende do alvará de funcionamento (fl. 579).

Concluindo, por não comprovado o resultado imediato das detonações no imóvel (danos materiais), é indevida a indenização por danos morais porque inexistentes as consequências remotas e indiretas atribuídas a elas, como o perigo de desabamento e a depreciação do imóvel.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0000681-74.2007.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante PROFACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA, é apelado HARAS INGA MIRIM LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.470)**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO - Pedido de Falência - Fundamento - Execução frustrada (artigo 94, II, da Lei nº 11.101/2005) - Decretação - Possibilidade, no caso concreto - Insolvência caracterizada - Executado não paga ou nomeia bens à penhora caracterizando a execução frustrada - Reforma da r. sentença de improcedência - Apelação provida - Falência decretada.

Dispositivo: Apelação provida, com observação.

VOTO

Recurso de apelação interposto por **Profactoring Fomento Mercantil Ltda.** dirigido à r. sentença proferida pela Dra. Roseleine Belver dos Santos, MMa. Juíza de Direito da E. 1ª Vara Judicial Comarca de Boituva, que julgou improcedente o pedido de falência ajuizado **contra Haras Inga Mirim Ltda.** (fl. 194-196).

Disponibilizada a r. sentença em 16 de agosto de 2011 (fl. 199), sobreveio interposição de recurso de apelação, tempestivamente, aos 31 dias desse mesmo mês (fl. 204), acompanhado de custas de preparo e porte de remessa e retorno (fl. 208-209), complementados em fl. 213.

Sustentam as razões recursais que a certidão trazida aos autos preenche os requisitos para instruir o pedido falimentar. Ressalta que, regularmente citada na execução, a requerida não pagou o débito ou nomeou bens à penhora, portanto, frustrada a execução. Com esses argumentos, requer o provimento do apelo para declarar a quebra da recorrida (fl. 204-207).

Contrarrazões em fl. 215-222.

Pelo Ministério Público, o Exmº. Procurador de Justiça Dr. José Bazilio Marçal Neto manifestou-se pelo provimento do recurso para decretar a falência da apelada (fl. 227-228).

É o relatório.

I - DA R. SENTENÇA RECORRIDA:

Na r. decisão recorrida o pedido falimentar foi julgado improcedente sob o fundamento (fl. 196): (a) na certidão de objeto e pé consta apenas a suspensão da execução pela ausência de bens do devedor, porém não há evidência de que foi intimado para indicar bens à penhora; (b) a ação foi ajuizada em janeiro de 2007 e o deferimento da suspensão da execução deu-se apenas em maio do mesmo ano, de maneira que na propositura da ação não havia condições para o decreto de falência.

Acesso ao Sumário

II - DO MÉRITO RECURSAL:

Requisito processual para o pedido de falência fundado no inciso II do art. 94 da Lei 11.101/2005 é a suspensão da execução singular anteriormente aforada, conforme anotado pelo Relator na obra Direito Empresarial - Estudo Unificado (Saraiva, 4ª edição, p. 284).

A questão é pacífica nesta Corte, nos termos da Súmula n. 48:

Súmula 48 TJSP: Para ajuizamento com fundamento no art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, a execução singular anteriormente aforada deverá ser suspensa.

No caso dos autos, tem-se que a apelante comprovou o requerimento de suspensão da ação executiva (fl. 171), bem como, o deferimento e remessa ao arquivo (fl. 193). Em que pese o requerimento de suspensão ter sido formulado após o ajuizamento do pedido falimentar, não há dúvidas de que a autora atendeu ao disposto na Súmula n. 48 e, quando do julgamento pelo Magistrado Singular tal determinação estava atendida.

No que se refere ao segundo fundamento da r. decisão, qual seja, inexistência de intimação do devedor para indicar bens à penhora, restou consignado na certidão de objeto e pé (fl. 13):

26/04/2004 - citação do réu para pagar o débito ou apresentar bens à penhora;

21/05/2004 - réu apresentou exceção de pré-executividade, a qual foi rejeitada;

Fundamenta r. sentença de primeiro grau na aplicação do § 3º, do art. 652 do Código de Processo Civil, hipótese aplicável às execuções de títulos extrajudiciais. Entretanto, a execução funda-se em título judicial (acordo homologado por sentença copiado em fl. 145).

Na contestação ao pedido falimentar, a apelada não nega a existência do débito.

Assim, basta esse ato de intimação para caracterizar o ato falencial previsto no art. 94, II da LREF.

Nesse sentido, o v. acórdão de lavra do Des. Pereira Calças, no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0237840-80.2011.8.26.0000, em 18 de outubro de 2011:

Carência de ação também não há, visto que, iniciado o cumprimento de sentença previsto no art. 475-J, do CPC, não efetuado o pagamento no prazo de 15 dias, caracteriza- se a hipótese do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, pois, executado o devedor, no prazo legal, não pagou, não depositou, nem ofereceu bens à penhora. A certidão de objeto e pé de fl. 19 prova que a executada, intimada na pessoa de seu advogado para a

solução voluntária da dívida, não efetuou o pagamento. Foi determinada a penhora pelo sistema BACEN-JUD que restou negativa, não havendo oferecimento de bens à penhora. Diante disso é evidente o interesse processual do banco autor.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, "o empresário devedor que, executado, não paga, não deposita nem nomeia bens à penhora no prazo legal incorre em execução frustrada (LF, art. 94, II)" (Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257).

Não havendo depósito do valor incontroverso, inexistindo ativos em contas correntes e não tendo a devedora nomeado bens quando intimada ao cumprimento do julgado, caracterizada encontra-se a insolvência da apelada. Nessas circunstâncias, não há necessidade de "certidão de intimação específica do devedor" como indicou a r. sentença.

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial e decretar a falência de Haras Ingá Mirim Ltda., devendo os autos retornarem à Vara de origem para as providências necessárias ao cumprimento desta decisão, inclusive quanto às determinações contidas no art. 99, da Lei n. 11.101/2005.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0014207-68.2010.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que são apelantes TEREZINHA BARBOSA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), GERALDA BARBOZA BASSO (JUSTIÇA GRATUITA), DAVID MODESTO BARBOZA (JUSTIÇA GRATUITA) e ISAIAS MODESTO BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

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 11139)**

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

São Paulo, 6 de novembro de 2013.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - AÇÃO DE COBRANÇA - MORTE - Acidente ocorrido em 06/12/1991 - Vítima solteira - Pai pré-morto - Mãe falecida em 18/01/2005 - CRÉDITO DE TITULARIDADE DOS IRMÃOS, HERDEIROS NECESSÁRIOS DA GENITORA - Art. 1.829 do Cód. Civil - PRESCRIÇÃO - Termo inicial - Regra de transição - Art. 2.028 do Cód. Civil - Prazo vintenário - 40 SALÁRIOS MÍNIMOS VIGENTES NA DATA DO ACIDENTE - Divisão entre os herdeiros em partes iguais - CORREÇÃO MONETÁRIA - Termo inicial - Data do evento - JUROS DE MORA - DIES A QUO - Citação - SENTENÇA ANULADA - Ação julgada parcialmente procedente. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

A sentença de fls. 188/189 julgou **extinta**, sem apreciação do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, a **ação de cobrança** de seguro obrigatório - **DPVAT**, proposta por **Terezinha Barbosa de Lima, Geralda Barbosa Basso, David Modesto Barbosa e Izaias Modesto Barbosa** contra **Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A**, reconhecendo a ilegitimidade ativa. Após, condenou os vencidos ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, observada a assistência judiciária gratuita.

Inconformados com o deslinde dado à controvérsia, os autores interpuseram, a fls. 192, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 193/194. Sustentaram a legitimidade para pleitear o valor referente ao seguro obrigatório em decorrência da morte de seu irmão, tendo em vista que a vítima era solteira, o pai pré-morto ao acidente e a mãe faleceu sem pleitear a indenização. Por fim, postularam a procedência da demanda.

Recurso recebido e bem processado (fls. 195).

A apelada apresentou contrarrazões a fls. 201/204.

É o relatório.

Cuidam os autos de **ação de cobrança** de seguro obrigatório - DPVAT, sustentando os autores que, em razão da morte de seu irmão, **João Batista Barbosa**, em 06/12/1991, em decorrência de acidente de trânsito, fazem jus ao recebimento da quantia correspondente 4/6 de 40 salários mínimos, calculados segundo o maior vigente no país à época da liquidação do sinistro. Justificaram a legitimidade ativa, asseverando que a vítima era solteira na data do evento, o pai

Acesso ao Sumário

já havia falecido em 07/06/1976 e a mãe, falecida em 18/01/2005, não exerceu o seu direito.

A sentença deve ser anulada e o pedido dos autores deve ser julgado procedente em parte.

Aplica-se ao caso concreto a Lei Federal 6.194/74 e o Código Civil vigente, de acordo com o princípio "*tempus regit actum*".

O artigo 4º da Lei Federal 6.194/74, antes da alteração introduzida pela Medida Provisória 340/06, estabelecia que:

> "Art. 4º. A indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais. Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados."

Nos termos do Cód. Civil vigente à época do falecimento da mãe da vítima, a ordem de vocação hereditária era a seguinte:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - aos colaterais.

Segundo consta da certidão de óbito, a vítima era solteira e não deixou filhos (fls. 34). À época do acidente somente sua mãe, **Mathilde Junqueira da Silva**, era a beneficiária da indenização, uma vez que o seu pai já havia falecido (fls. 33).

Ocorre que a mãe **Mathilde** veio a falecer em 18/01/2005, deixando como herdeiros necessários os seguintes descendentes: **Daniel, Terezinha, Geralda, Maria, Isaias e Davi** (fls. 32).

Com efeito, diante da morte da mãe da vítima, os coautores, irmãos de **João Batista Barbosa**, passaram a ser legitimados aos direitos hereditários e patrimoniais de sua falecida mãe.

Trata-se de cotitularidade de direito ao benefício previsto em lei: a mãe, **Nair**, pela regra estampada no art. 4º da Lei Federal 6.194/74; os irmãos da vítima, por direito hereditário, consoante o art. 1.829 do Cód. Civil.

Deve, assim, ser anulada a sentença, pois o direito ao recebimento do seguro obrigatório, patrimonial, não se extinguiu com a morte da mãe da vítima, mas sim foi transmitido, porque não exercido.

Acesso ao Sumário

Com efeito, não se trata o crédito de seguro obrigatório de direito intransmissível, de cunho personalíssimo, mas sim de valor reconhecido por lei a que a mãe fazia jus e não cobrou em vida, de modo que transmitido com a sua morte.

Quanto ao mérito, considerando o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, a ação deve ser julgada parcialmente procedente.

Rejeita-se, inicialmente, a arguição de prescrição, uma vez que o acidente que vitimou o irmão dos autores ocorreu em 06/12/1991. Logo, quando entrou em vigor o atual Cód. Civil, que reduziu o prazo prescricional para requerimento do seguro obrigatório, já havia decorrido mais da metade daquele previsto na norma anterior, de modo que vintenário o interregno para ajuizamento da demanda objetivando o recebimento da referida indenização. Com efeito, considerando a data do acidente, os autores tinham até 06/12/2011, para distribuir a demanda, não se podendo falar em prescrição, uma vez que o ajuizamento deu-se em 14/07/2009 (fls. 02). Esta é a interpretação da norma contida no art. 2.028 do Cód. Civil.

Quanto à questão de fundo, considerando a data do óbito (morte do irmão dos autores), aplica-se a redação original do art. 3°, inciso I, da Lei Federal 6194/74, segundo o qual, o valor a ser pago em indenização por morte é de 40 salários mínimos, não havendo qualquer nota de ilegalidade na norma.

Neste sentido:

> "EMENTA: SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - AÇÃO DE COBRANÇA - MORTE NO TRÂNSITO - ACIDENTE OCORRIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.194/74 - FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DO SINISTRO - LEGALIDADE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO;"[1]

> "EMENTA: Seguro obrigatório (DPVAT) - Cobrança - Acidente ocorrido antes da edição da Lei n° 8.441/92 - Indenização a ser arbitrada conforme a redação original da Lei n° 6.194/74 - Validade do recibo Megadata e da quitação, mas somente no tocante à quantia já recebida - Valor reclamado em salários mínimos - Viabilidade - Verba indenizatória fixada por lei, não revogável por Resolução do CNSP, a ser arbitrada no equivalente à diferença devida, descontado o montante pago administrativamente, e acrescida dos consectários legais - Apelo da ré provido em parte, improvido o da autora."[2]

Como não houve pagamento de qualquer quantia na esfera administrativa,

Acesso ao Sumário

1 TJSP - 29ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0012557-70.2010.8.26.0001 - Rel. Des. Francisco Thomaz - J. 05/06/2013.

2 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0001517-41.2009.8.26.0126 - Rel. Des. Vianna Cotrim - J. 22/05/2013.

o salário mínimo a ser considerado é aquele da data do acidente, acrescido de correção monetária desde o evento, até o efetivo pagamento, consoante nota jurisprudencial:

> "Seguro Obrigatório. DPVAT. Correção monetária. A correção monetária é simples recomposição do valor aquisitivo do dinheiro, não constituindo parcela que se agrega ao principal e incide desde o dia em que haveria de ter sido feito o seu pagamento;"[3]

> "EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). INDENIZAÇÃO. MORTE. 1. Não há que se falar em ilegitimidade passiva na ação de cobrança de diferença de pagamento de seguro obrigatório, pois é permitido o acionamento de quaisquer das seguradoras responsáveis pela cobertura. 2. Não há qualquer irregularidade na vinculação da indenização decorrente do seguro obrigatório ao salário mínimo, a teor do que estabelece o art. 3º da Lei nº 6.194/74 que não foi revogado pelas Leis 6.205/75 e 6.423/77. 3. A indenização decorrente do seguro obrigatório deve ser vinculada ao salário mínimo vigente à época do sinistro. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Lei nº 6.194/74 (redação original). 4. Na fixação da verba honorária deverá o juiz garantir condigna e justa remuneração do advogado da parte vencedora. Recurso parcialmente provido."[4]

Os juros de mora, por sua vez, são devidos a partir da citação, conforme a Súmula 426 do STJ.

Postas estas premissas, **dá-se parcial provimento** ao recurso para **anular a sentença** e, em consequência**, julgar parcialmente procedente** a ação, condenando-se a seguradora a pagar aos autores a quantia correspondente a 4/6 de 40 salários mínimos vigentes na data do acidente que vitimou **João Batista Barbosa**. O valor deverá ser acrescido de correção monetária desde o evento, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Em consequência da sucumbência, a demandada arcará com a totalidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o total da condenação, já considerada a sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015335-71.2008.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante P.A.N.R., é

3 TJSP - 28ª Câmara de Direito Privado - Apelação n° 9059703-59.2007.8.26.0000 - Rel. Des. Julio Vidal - J. 21/06/2011.

4 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação n° 0009731-91.2008.8.26.0114 - Rel. Des. Felipe Ferreira - J. 19/06/2013.

Acesso ao Sumário

apelada M.C.S. (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 23481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Honorários advocatícios. Pretensão do advogado em receber 30% da pensão mensal devida à cliente até completar 65 anos. Total inadmissibilidade. Abusividade flagrante, com eventual apropriação indevida de valores levantados sem prestação de contas, em tese criminosamente. Nobreza da atividade advocatícia que não se compatibiliza com ambições individuais desmedidas e ilícitas. Apelo improvido.

VOTO

1. Apela o autor da improcedência de ação declaratória c.c. cobrança de honorários advocatícios. Preliminarmente pleiteia a manutenção da decisão que permitiu, em tutela antecipada, o desconto de 30% na pensão mensal recebida pela ré apelada. Em razões, insiste em não ter recebido a devida contraprestação pelo serviço prestado e pugna pelo recebimento, a título de honorários advocatícios, de 30% da pensão mensal recebida pela ré até esta completar 65 anos. Preparo regular. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Apelo totalmente improcedente. Nunca se viu, nem é possível juridicamente aceitar, um contrato de honorários advocatícios pelo qual o advogado receba, todos os meses, percentual fixo daquilo que é devido a seu cliente a título de pensão alimentar, transformando-o em sócio de seu mandante, como bem posto na r. sentença a fl. 841.

No caso dos autos, tudo demonstra ter o apelante levantado muito mais do que seria razoável, pretendendo ter no cliente um verdadeiro INSS particular. Sua pretensão é no mínimo abusiva, para não se dizer que é, em verdade, criminosa, em tese tendo havido apropriação indébita dos valores levantados sem qualquer prestação de contas.

Acesso ao Sumário

Note-se que, na prática usual do mercado, honorários bem cobrados chegam ao desconto, para o advogado, de três meses sobre o montante pago mensalmente - nunca, jamais, tornando vitalício esse pagamento, ou até o limite temporal do pagamento ao cliente, o que de tão absurdo dispensa considerações maiores.

Observe-se que a natureza alimentar dos honorários não permite, de modo algum, que o advogado receba pensões mensais de seus clientes, como se o sucesso na causa vinculasse o mandato perpetuamente. Insólita a tese, descaracterizando totalmente a natureza do trabalho advocatício, que deve ser bem remunerado mas dar a cada um o que é seu, o que implica, no caso concreto, ao cliente a pensão devida e ao advogado uma verba única e finita, não eterna.

Frise-se, outrossim, que o que é nulo não depende de arguição da parte, podendo e devendo ser reconhecido de ofício pelo juiz, princípio vetusto (desde a antiga Roma) e que ainda mais avulta pela importância da atividade advocatícia, que não pode ser desviada de sua nobreza para atender a ambições individuais desmedidas e ilícitas. Nada houve ou há de "ultra petita", portanto, na r. sentença proferida pela Dra. Ana Cristina Ramos, mantida por seus fundamentos e os ora acrescidos. Fica prejudicado o agravo retido, em consequência.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0210935-63.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP TELEFONICA, são apelados OTÁVIO DE CAMARGO MAYER, WALMIR FRANCISCO DE CARVALHO, VALDIR BONFIGLIOLI, UBIRATAN SAURO FERNANDES e VITA DOS SANTOS PONTES.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.456/13)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2013.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Plano de expansão. Telefonia. Contrato de

participação financeira. Emissão irregular de ações. Ação indenizatória por inadimplemento contratual.

1. Não há falar-se em inépcia da inicial quando apresentados fatos e fundamentos jurídicos dos quais decorre logicamente o pedido, e quando acompanhada de documentos suficientes à ampla defesa da parte contrária.

2. A falta da documentação assinalada não se erige em fundamento para a extinção, máxime quando os autores, prestigiando a celeridade e economia processuais, cumularam pedido de exibição de documentos, justamente porque não têm a posse dos mesmos e, também, em razão da relação de consumo que se estabelece entre as partes.

3. A divergência acerca da forma de subscrição das ações decorrente de plano de expansão é suficiente para revelar o interesse processual dos autores.

4. Não exsurge a carência da ação ou a prescrição trienal quanto aos dividendos e demais remunerações das ações não subscritas, por se tratar de pedido acessório à complementação das ações.

5. É patente a legitimidade passiva da Telesp S/A para compor o polo passivo, porque, malgrado as ações tenham sido adquiridas da Telebrás, a ré foi constituída a partir da cisão desta, ou seja, sua constituição se deu por meio das ações originárias da Telebrás.

Preliminares rejeitadas.

6. É pacífico o entendimento quanto ao prazo prescricional vintenário, ou decenal, para a pretensão de complementação das ações em planos de expansão de telefonia, dado o caráter pessoal do direito perseguido. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

7. Está prescrita a pretensão deduzida depois de decorridos mais de 20 (vinte) anos da subscrição das ações, marco inicial do prazo prescricional por ser a data em que os acionistas tiveram conhecimento do valor das ações subscritas. Provimento parcial do recurso para o fim de julgar extinta a ação, com

Acesso ao Sumário

julgamento do mérito, em relação a alguns dos autores. Artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

8. Conforme entendimento manso e pacífico esposado pela Corte Superior e por esta Corte de Justiça, o contratante do plano de expansão da rede de telefonia tem direito à percepção da quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial vigente à data da integralização. Súmula 371 do Superior Tribunal de Justiça.

9. Não se trata de julgamento extra petita a inclusão, na condenação, de indenização referente à dobra acionária oriunda do desdobramento entre Telesp e Telesp Celular, eis que se trata de direito do acionista.

10. A condenação ao dever de indenizar a perda patrimonial dos autores, referente ao pedido subsidiário constante da inicial, não merece qualquer reparo quanto ao valor das ações a ser considerado para cálculo do montante, prevalecendo o vigente à época da integralização das ações.

11. Rejeitaram as preliminares e deram parcial provimento ao recurso da ré, para os fins constantes do acórdão.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial (fls. 02/14)

Síntese do pedido e da causa de pedir: trata-se de ação de indenização por inadimplemento contratual ajuizada por ***Otávio de Camargo Mayer e outros*** contra ***Telecomunicações de São Paulo S.A. - Telesp*** alegando que contrataram os programas da ré, Planta Comunitária de Telefonia (PCT) e Plano de Expansão (PEX), a aquisição de linha telefônica e ações societárias, mas a ré integralizou o capital e converteu as ações com base no momento da emissão e não da integralização, resultando em valor inferior ao contratado. Pugnam pela condenação da requerida em indenização por perdas e danos em valor a ser calculado de acordo com o valor da ação na data da integralização, corrigido monetariamente, desde a data em que deveriam ter sido subscritas as ações, e acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a contar da citação, bem como ao pagamento dos valores relativos aos dividendos, à bonificação e aos juros sobre capital próprio que adviriam das referidas ações, se emitidas no momento em

Acesso ao Sumário

número correto, atualizados monetariamente de acordo com as datas em que deveriam ocorrer os pagamentos, acrescidos de juros de mora, desde a citação.

Sentença (fls. 171/177)

Resumo do comando sentencial: o douto magistrado presidente do feito julgou procedente a demanda destacando que a relação entre as partes é de consumo, regendo-se, pois, pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Afastou as preliminares de inépcia da inicial, legitimidade passiva e falta de interesse de agir. Afastou, também, a alegada prescrição, entendendo ser aplicável ao caso a prescrição vintenária, iniciando-se a contagem na data da ocorrência do dano, qual seja, o momento da subscrição das ações. Por outro lado, não obstante o disposto na regra de transição do art. 2.028 do atual diploma civil, não trouxe a empresa-ré elementos que revelem a data da subscrição das ações, não se podendo, por prova que lhe cabia nos termos do art. 6º, inciso VIII da Lei n. 8078/90, aferir perda do direito de ação. Quanto ao mérito, entendeu que a **subscrição** das ações ocorreu, de fato, em momento posterior à integralização, o que diante da onda inflacionária existente à época, acarretou prejuízos aos autores-acionistas com a redução dos títulos, dos dividendos e das demais vantagens decorrentes da participação acionária. Condenou a ré ao pagamento da quantia referente à diferença entre a quantidade de ações devidas e aquela efetivamente entregue a cada um deles, tomando-se como base o valor pago por cada autor e o valor patrimonial de cada ação na data da integralização até o efetivo pagamento, além do montante correspondente aos dividendos, à bonificação e aos juros sobre o capital que adviriam de referidas ações se emitidas no momento da efetiva integralização, corrigida monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data em que deveriam ter sido pagos até o efetivo pagamento. Condenou, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Razões de Recurso (fls. 184/210)

Objetivo do recurso: insurge-se a ré alegando, em síntese, que em nenhum momento os apelados demonstraram ter havido qualquer irregularidade no cálculo efetuado no momento da subscrição das ações, nem qual o valor do prejuízo sofrido com entrega de ações que alegam terem sido feita a menor. Reafirmou falta de interesse processual de *Walmir Francisco de Carvalho*, pois não se comprovou sua participação financeira contratada com a empresa. Afirma que os autores não juntaram aos autos os ditos contrato de participação financeira, denotando-se claramente, a ausência dos documentos essenciais à propositura da ação. Sustenta, ainda, que os apelados não formularam pedido expresso e determinado nos autos, nem demonstraram suas alegações e as especificações do pedido. Defende não ser o caso de aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, com a inversão do ônus da prova, vez que os apelados

Acesso ao Sumário

são acionistas e não consumidores. Alegou prescrição do direito, conforme art. 287 II "g" da Lei 6.404/76, art. 177 CC/1916, art.206 § 3º I CC/02 e Código de Defesa do Consumidor.

Afirma que o direito da apelada *Vita dos Santos Pontes* (contrato firmado em 11/07/1988 e ações subscritas em 31/12/1988) acha-se claramente prescrito, ainda que se considerasse a data da subscrição das ações. Do mesmo modo, afirma que a pretensão deduzida em juízo em relação ao apelado *Ubiratan Sauro Fernandes* (contrato firmado em 30/12/1993 e ações subscritas em 31/12/1996, por força do disposto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, aplicando-se a regra de transição do art. 2.028 do CC, também está prescrita desde o ano de 2006. Requer a aplicação subsidiária do prazo prescricional de 05 anos estabelecidos do CDC, com reconhecimento de prescrição do direito de todos os apelados e a extinção do processo com julgamento de mérito. Afirma ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda em relação aos apelados *Otávio de Camargo Mayer*, *Valdir Bonfiglioli* e *Vita dos Santos Pontes*, vez que eles receberam exclusivamente ações da Telebrás. Quanto ao mérito, alega que embora os apelados aleguem que a entrega das ações não correspondeu ao investimento realizado, não indicaram eles a quantidade de ações recebidas nem aquela que entendem fazer jus. Afirma que em nenhum momento restou comprovado nos autos que as ações em questão foram entregues em número inferior ao efetivamente devido, ônus que incumbia aos autores. Defende a legalidade das Portarias Ministeriais e inadmissibilidade da inversão do ônus da prova. Subsidiariamente, em caso de pagamento, requer seja observado o valor da cotação da ação na época do trânsito em julgado, se for o correspondente em dinheiro, e que se cumpra a conversão das ações da antiga TELESP em ações da TELESP Participações S/A para a correta cotação; em caso de pagamento, também argumentou que não podem incidir juros de mora, visto que há atualização diária do valor patrimonial das ações, com base no mercado financeiro.

É o sucinto relatório.

2. VOTO

O recurso comporta parcial acolhimento!

De proêmio, cumpre asseverar a competência desta E. Câmara de Direito Privado para a análise do apelo em comento, em consonância com as recentes decisões proferidas pelo C. Órgão Especial desta Corte:

> **"Conflito negativo (2ª Câmara Empresarial versus 25ª Câmara de Direito Privado) a envolver recurso tirado em ação sobre participação financeira de contrato de expansão e melhoramento de serviços de telefonia. Jurisprudência do Grupo Especial que ganha força normativa. Reconhecimento, em dezenas de precedentes, da**

Acesso ao Sumário

competência das Câmaras de Direito Privado II e III, pela natureza da lide (prestação de serviços de telefonia). Conflito procedente para reconhecer e declarar a competência da 25ª Câmara de Direito Privado (suscitada).”

(CC nº. 0085833-35.2013.8.26.0000 - Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani - J. em 23/05/2013).

“COMPETÊNCIA - Conflito - Agravo de instrumento - Decisão que determinou a conversão de ação de adimplemento contratual cumulada com exibição de documentos, ajuizada em face da empresa de telefonia, visando à entrega de diferencial acionário decorrente de contrato de participação financeira, bem como o resgate ou indenização dos dividendos anuais distribuídos por ação da TELESP S/A e TELESP Celular S/A, com pedido alternativo de reparação por perdas e danos no caso da impossibilidade da subscrição e entrega das ações - Matéria que se insere na competência preferencial de uma das Câmaras de Direito Privado deste Tribunal entre a 11ª e a 36ª - Artigo 2º, inciso III, alínea “d”, da Resolução n. 194/04, com redação dada pela Resolução n. 281/06, e do Provimento n. 71/07, todas desta Corte - Conflito julgado procedente para declarar a competência da 20ª Câmara de Direito Privado (suscitante).”

(CC nº. 990.10.459433-2 - Rel. Des. José Reynaldo Peixoto de Souza - J. em 02/02/2011).

Fixada a premissa da competência, rechaço as preliminares de inépcia da inicial, falta de interesse processual, carência da ação e ilegitimidade passiva suscitadas nas razões recursais.

A ré apelante argui inépcia alegando que os autores não lograram demonstrar qualquer irregularidade na subscrição das ações, bem como não indicaram qual o prejuízo sofrido, ou, tampouco, apresentaram os contratos de participação financeira.

Tais afirmações são insuficientes para inquinar a inicial de inepta, pois há inequívoca divergência entre as partes quanto à forma de subscrição das ações, o que é suficiente para deduzir a pretensão de direito material, bem como há indícios bastantes nos autos a demonstrar a relação contratual entre as partes, trazidos até mesmo pela ré, quando acostou os extratos que relatam a emissão das ações (vide fls. 144/147).

Conclui-se, portanto, que os autores obtiveram êxito em declinar os fatos e fundamentos jurídicos dos quais decorre o pedido.

Tampouco subsiste a alegação de falta de interesse processual de *Walmir Francisco de Carvalho*, vez que o documento juntado às fls. 27, não impugnado especificamente pela ré, dá conta do direito do autor às ações da requerida.

Acesso ao Sumário

Revelam-se preenchidos, portanto, os requisitos da petição inicial, nos termos dos artigos 282, 283 e 286 do Código de Processo Civil.

Rejeitam-se, pois, as preliminares de inépcia da inicial e da falta de interesse processual.

A ré apelante ainda suscita a carência da ação e prescrição quanto aos dividendos, bonificações e demais vantagens decorrentes das ações a serem complementadas.

A alegação chega a ser contraditória, pois, primeiramente, a recorrente alega carência quanto ao pedido porque o direito aos dividendos só poderia ser exercido após reconhecimento do direito às ações complementares, e, ao depois, alega a prescrição trienal, nos termos do artigo 286 da Lei 6.404/76.

Não há falar-se em carência porque o direito aos dividendos e demais remunerações está atrelado às ações que os autores pretendem ver complementadas/subscritas.

Trata-se, portanto, de direito acessório e decorrente das ações cuja subscrição é propugnada na inicial.

E pelo mesmo motivo não há falar-se em prescrição do direito a estes dividendos e remunerações, pois, porque ainda não subscritas as ações, quanto a estas os autores não são considerados acionistas, não se sujeitando ao prazo trienal do artigo 286 da Lei 6.404/76.

É o que já afirmou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> **(...)**
>
> **Os dividendos possuem natureza acessória à obrigação principal, qual seja, a indenização/subscrição das ações decorrentes de contrato de telefonia. Portanto, não há falar em prescrição dos dividendos sem o prévio reconhecimento do direito à subscrição das ações;(...)** ***(REsp 1112717/RS, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 03/11/2009, DJ 11/12/2009).***

E ainda, no brilhante voto da ***Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do REsp 829.835/RS, j. 01/06/2006:***

> **Isso porque, só pode exercer direitos de acionistas aquele que é detentor de tais direitos, isto é "*todo aquele, pessoa física ou jurídica, que é titular de ações de uma sociedade anônima.*" (cfr. José Edwaldo Tavares Borba, Direito societário, 8.ª ed., rev. aum. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 329).**
>
> **Por sua vez, a titularidade das ações só se adquire, de acordo com o art. 31 da Lei das Sociedades Anônimas, "*pela inscrição do nome do acionista no livro de 'Registro de Ações Nominativas' ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de***

Acesso ao Sumário

***proprietária fiduciária das ações*".**

Nessa linha de entendimento, quem não é titular de ações de uma sociedade anônima não é seu acionista e, portanto, não pode exercer os direitos correlatos, tais como aqueles previstos no art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas, dentre eles o de "*participar dos lucros sociais*" (inciso I).

Assim, da mesma forma que não é acionista aquele cujo nome não conste no livro de "Registro de Ações Nominativas" (ou do extrato fornecido pela instituição custodiante), também não o é em relação a determinado número de ações, aquele em cujo nome conste apenas o registro de quantia inferior de ações (...) (grifo nosso).

Rejeitam-se, pois, as alegações de carência da ação e prescrição do direito aos dividendos e demais remunerações.

Ainda em sede preliminar, a recorrente suscita sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Ao sustentar a ilegitimidade, discorre sobre a cisão da Telebrás, em decorrência da qual surgiu a Telesp Participações S/A (sucedida pela Telefonica S/A), que, em virtude do Edital MC/BNDES n. 01/98 - Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações, não assumiu, nem solidária nem subsidiariamente, as obrigações daquela companhia, tendo havido expressa exclusão da responsabilidade acerca das ações emitidas pela Telebrás.

Sem razão a apelante, na alegação.

É patente a legitimidade passiva da Telesp S/A (Telecomunicações de São Paulo), porque, malgrado as ações tenham sido adquiridas da Telebrás, a ré foi constituída a partir da cisão desta, ou seja, sua constituição se deu por meio das ações originárias da Telebrás. Nesse sentido, nesta Corte:

"CONTRATO - PROGRAMA DE EXPANSÃO DE TELEFONIA COM AQUISIÇÃO DE LINHA E PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA (PLANO DE EXPANSÃO) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA .

1. Ainda que os autores tenham adquirido ações da Telebrás, a Telesp é parte legítima a figurar no feito que visa indenização relativa às compras de ações no Plano de Expansão. Isso porque a Telesp foi constituída por meio de ações originarias da holding Telebrás. (...)" ***(Ap. 0145483-72.2011.8.26.0100; Des. Rel. Melo Colombi; 14ª Câmara de Direito Privado; j. 29.02.2012)***

Rejeita-se, pois, a ilegitimidade passiva ad causam.

A recorrente também agita preliminar de mérito, alegando a prescrição da pretensão de direito material, brandindo os artigos 287, alínea 'g' da Lei 6.404/76, que prevê prazo de três anos para o exercício de qualquer ação pelo

acionista contra a sociedade.

Também suscita o artigo 177 do Código Civil anterior para defender a prescrição vintenária, que, se aplicada, fulmina o direito da autora Vita dos Santos Pontes, eis que o contrato data de 31/12/1996.

Clama, outrossim, pela prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor.

A preliminar de mérito é de ser parcialmente acolhida, em face de um dos autores.

Já se encontra pacificado o entendimento quanto ao prazo prescricional para a ação em tela, que é regido pela regra geral, tratando-se a demanda de direito pessoal.

Desta feita, inaplicável o prazo trienal previsto no artigo 287 da Lei 6.404/76 ou o prazo quinquenal do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido já se pronunciou o **Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n.º 1.037.208, 2ª Seção, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 25.06.08:**

> **"(...) O direito à complementação de ações subscritas decorrentes de contrato firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal e, consequentemente, a respectiva pretensão prescreve no prazo previsto no artigo 177 do CC revogado (art. 205 do novo CC) (...)".**

Este é o posicionamento perfilhado também por esta Corte:

> **"RECURSO - APELAÇÃO - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO DA REDE DE TELEFONIA. Prescrição. Inocorrência. As demandas que discutem o direito à complementação de ações em face do descumprimento do contrato de participação financeira possuem natureza pessoal. Assim, aplicam-se à hipótese os prazos previstos no artigo 177 do Código de Processo Civil revogado (vintenário), e 205 do vigente Diploma Civil (decenal), observado o disposto no artigo 2028 do mesmo diploma legal. Precedentes. Sentença anulada para afastar o decreto prescricional e determinar o prosseguimento na vara de origem. Recurso provido para esse fim."**
>
> ***(Apelação com revisão nº 0014987-37.2012.8.26.0320. Rel. Des. Marcondes D'Angelo. J. em 27.02.2013.).***
>
> **"PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - TELEFONIA - Contrato de participação financeira - Pretendida complementação de ações - Prescrição - Consumação afastada - Admissibilidade. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento do contrato de participação financeira firmado com**

Acesso ao Sumário

a sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil, certo que a contagem do prazo prescricional inicia-se com o descumprimento do avençado. Recurso provido".

(Apelação nº 0004170-22.2012.8.26.0575. Rel. Des. Orlando Pistoresi. J. em 19.12.2012).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - REVISÃO E RESTITUIÇÃO DE VALORES - Preliminares rejeitadas - Contratos de participação financeira para inscrição em plano comunitário de telefonia - Participação societária conferida ao autor ao aderir ao plano - Prescrição vintenária (CC-1916) e decenal (CC-2002) - Relação de consumo configurada - Emissão das ações a serem feitas na data de integralização do capital - Ação procedente - Recurso provido.".

(Apelação nº 0189759-91.2011.8.26.0100. Rel. Des. Melo Bueno. J. em 28.01.2013).

"Prestação de serviços. Telefonia. Ação ordinária de adimplemento contratual c.c. pedido de exibição de documentos. Plano de expansão. Cessão de direitos de alguns contratos de participação financeira ao autor. Regularidade das cessões. Legitimidade ativa do autor. Prescrição inocorrente. Autor que pleiteia o recebimento de quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial da data da sua integralização. Complementação da subscrição de ações ocorrida quando da integralização do capital. Inocorrência do lapso de 10 anos a partir do novo Código Civil. Prestadora de serviços que reconheceu a demora da emissão das ações subscritas. Aplicação da Súmula 371 do STJ. Apelo improvido."

(Apelação nº 0019532-45.2011.8.26.0625. Rel. Des. Ruy Coppola. J. em 04.10.2012).

Num ponto merece prosperar a alegação de prescrição da ré apelante, e refere-se à pretensão deduzida por *Vita dos Santos Pontes*, pois, de acordo com os extratos juntados pela ré apelante (fls. 144/147), não impugnados pelos autores, a emissão/capitalização das ações desta demandante ocorreu em **31/12/1988** (vide fls. 147).

Não vinga a tese dos autores apelados quando defendem a data da ciência do pagamento a menor como marco inicial da prescrição, pois, a uma, é inequívoco que com o recebimento das ações já tinham conhecimento do valor a elas atribuído; e, a duas, não há sequer menção à data em que tiveram essa ciência inequívoca.

Nesta Câmara já se pronunciou acerca do termo "a quo" do prazo prescricional para as ações referentes à complementação de ações em planos de expansão de telefonia:

> **"Assim, a pronúncia de prescrição da pretensão de parte dos autores foi corretamente efetuada pela sentença, ante as respectivas datas de capitalização das ações (...)"** ***(Apelação com revisão nº 0001745-23.2011.8.26.0101, RELATOR EDGAR ROSA, J. 06/02/2013)*****.**

Assim, referente a essa autora, tendo se iniciado o prazo prescricional vintenário com a capitalização das ações, ocorrida em 31/12/1988, é inafastável que a propositura da ação, em 03/12/2010, ocorreu a destempo, quando já fulminada pela prescrição.

Portanto, impõe-se reconhecer a prescrição e julgar extinta a ação, com julgamento de mérito, em relação a autora Vita dos Santos Pontes, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, cabe assentar que se trata de **ação pessoal** que sob a égide no Código Civil de 1916 prescrevia em 20 anos, prazo que, na vigência do atual Código de Civil, foi reduzido pela metade (artigo 205).

Deve, no entanto, ser observada a regra de transição de que trata o artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

> **"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."**

Considerando-se a data da capitalização das ações como termo inicial do curso prazo de prescrição, não há se falar em prescrição em relação ao autor *Ubiratan Sauro Fernandes*.

Isso porque, é certo que na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda não havia transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos (em relação ao autor *Ubiratan Fernandes*), o que remete para aplicação do novo prazo (artigo 205, do Código Civil), de 10 anos.

O termo inicial de contagem do prazo decenal, no entanto, não remonta àquela data de integralização das ações, mas observa a data da entrada em vigor do Novo Código Civil, 11 de janeiro de 2003. Esse o marco inicial de deflagração do prazo prescricional quando ainda não transcorrido mais da metade do prazo de prescrição vigente na lei revogada e que na atual foi reduzido, como é o caso.

Superadas, portanto, as questões preliminares suscitadas no recurso, passo à análise da questão de fundo.

Conforme é dos autos, os autores alegam que, ao participarem do plano de expansão de telefonia promovido pela então Telesp, receberam número de ações menor do que o devido quando da subscrição, pois a empresa emitente (Telesp

Acesso ao Sumário

S/A) considerou o valor patrimonial da ação vigente à época da capitalização, e não à época da integralização das ações, quando possuíam valor maior.

Em razão dessa emissão irregular, os demandantes arguem que sofreram perda patrimonial, seja no número de ações a que faziam jus, seja nas remunerações, dividendos e bonificações oriundas do direito acionário.

A ré não nega; ao contrário, debate-se pela regularidade na emissão das ações pelo valor vigente à época da capitalização, realizada nos limites do quanto determinavam as Portarias Ministeriais vigentes à época, e argui que os autores tinham conhecimento dessa forma de cálculo.

Porém, já é matéria pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito dos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, de que "***a complementação buscada... deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização***" **(REsp. nº 975.834-RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, v.u., DJU de 26/11/2007).**

A Lei 6.404/76, artigo 170, dispõe acerca do aumento de capital social, mediante a subscrição pública ou particular de ações, cujos valores devem observar aqueles vigentes ao tempo da integralização do capital e não o valor da ação definido em balanço posterior, sob pena de implicar subscrição de número inferior ao devido, dado o fenômeno da inflação e a consequente desvalorização da moeda.

No caso em análise, comprovada a existência do contrato, admitida pela ré, e apurado que entregou aos autores quantidade menor de ações a que faziam direito, era mesmo de rigor o decreto condenatório de completar a diferença, ainda que em caráter indenizatório.

E os julgados desta Corte estão em consonância com este entendimento:

> **"Prestação de serviço - Contrato de participação financeira - Pretendida complementação de ações - Prescrição - Consumação afastada - Admissibilidade. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento do contrato de participação financeira firmado com a sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil. Contrato - Telefonia - Plano de expansão - Quantidade de ações na forma contratada - Direito do contratante. - Cuidando-se de contrato de participação financeira "o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de atividade normativa de natureza administrativa o critério para tal em detrimento do**

Acesso ao Sumário

valor efetivamente integralizado. Recurso improvido. (Apelação n. 0139741.71.23008.8.26.0100, Relator Desembargador ORLANDO PISTORESI, j. 2.3.2011, v.u.).

No mesmo sentido:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA E EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Contratos de participação financeira para inscrição em plano comunitário de telefonia - Participação societária conferida aos autores ao aderirem ao plano - Prescrição vintenária (CC-1916) e decenal (CC-2002) - Relação de consumo configurada - Emissão das ações a serem feitas na data da integralização do capital - Legitimidade da ré em responder pelas alterações e transformações societárias - Ação procedente - Recurso desprovido. (Apelação n. 0029902-54.2009.8.26.0625, Relator Desembargador MELLO BUENO, 35ª. Câmara de Direito Privado, j. 7.11.2011, v.u.).

"Prestação de serviços. Telefonia. Ação ordinária de adimplemento contratual c.c. pedido de exibição de documentos. Plano de expansão. Cessão de direitos de alguns contratos de participação financeira ao autor. Regularidade das cessões. Legitimidade ativa do autor. Prescrição inocorrente. Autor que pleiteia o recebimento de quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial da data da sua integralização. Complementação da subscrição de ações ocorrida quando da integralização do capital. Inocorrência do lapso de 10 anos a partir do novo código civil. Prestadora de serviços que reconheceu a demora da emissão das ações subscritas. Aplicação da Súmula 371 do STJ. Apelo improvido." (Apelação 0019532-45.2011.8.26.0625, Relator o E. Desembargador RUY COPPOLA, j. 4.10.2012).

A questão já é, inclusive, objeto de Súmula, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 371, que dirimiu a controvérsia: **"*Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização*" (destaque nosso).**

Assim, diante desses fundamentos, a sentença deu correto desfecho à lide ao condenar a ré ao pagamento da quantia referente à diferença entre a quantidade de ações devidas e aquela efetivamente entregue a cada um dos autores, tomando-se como base o valor pago por cada autor e o valor patrimonial de cada ação na data da integralização.

Tampouco vinga o pleito de calcular o valor da indenização com base no valor da cotação, em bolsa, das ações da Telesp apurada na data do trânsito em julgado deste feito, devendo prevalecer o valor patrimonial das ações à data da

Acesso ao Sumário

integralização, conforme constou da sentença.

Descabida a pretensão de exclusão dos juros moratórios, uma vez que os demandantes se viram privados do capital ao longo de todo este período, sendo adequada sua inclusão a despeito da alegação ou demonstração de qualquer prejuízo (art. 407 do Código Civil).

Por todos estes fundamentos, o recurso da ré vinga apenas no que tange às pretensões de *Vita dos Santos Pontes*, fulminadas pela prescrição, impondo-se a extinção da ação com julgamento do mérito em relação a esta autora, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

E diante da extinção da lide em face da indigitada autora, condeno-a aos encargos da lide, fixando honorária de R$ 800,00 (oitocentos reais) à parte contrária.

3. "Ex positis", pelo meu voto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso, para os fins constantes do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0107339-92.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADRIANO CORREIA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

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 22.590)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

Mario A. Silveira RELATOR

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação indenizatória por dano moral. Preliminar. Cerceamento de defesa não ocorrido. Inseto dentro de garrafa de vodka lacrada. Prova por Núcleo de Química do Instituto de Criminalística. Fato incontroverso, quando menos por ausência de impugnação específica, quanto à disponibilização

Acesso ao Sumário

pela vendedora de troca do produto ou devolução do dinheiro, nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral não configurado. A existência de inseto na bebida contida em interior de uma garrafa lacrada cujo conteúdo não se chegou a ingerir não é hábil, no caso e por si só, a configurar dano moral. Sentença mantida.

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 210/216) interposta por Adriano Correia dos Santos contra a sentença (fls. 202/206) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 35ª Vara Cível do Foro Central, na Comarca da Capital que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação indenizatória por dano moral, ajuizada por ele contra Pernod Ricard Brasil Indústria e Comércio Ltda. Inconformado o autor suscita preliminar de cerceamento de ampla defesa e do contraditório, sob o argumento de não ter sido juntada aos autos a contestação da parte contrária e por ter requerido a oitiva de testemunhas, contudo, sendo o feito julgado antecipadamente. No mérito, aduz a existência de prova nos autos, mais especificamente a pericial, no sentido de que o lacre plástico da tampa do vasilhame se encontrava íntegra, sem sinais aparentes de violação, a confirmar a presença do corpo estranho (inseto) no fundo do frasco. Objetiva a procedência do pedido condenatório de danos morais formulado na exordial. Requer seja reconhecida a nulidade da sentença, nos termos da preliminar suscitada e, caso não acolhida esta, seja reformada a sentença. Postula o provimento do apelo.

As contrarrazões foram apresentadas pela ré Pernod Ricard Brasil Indústria e Comércio Ltda. (fls. 227/237). Postula a manutenção da sentença e pugna pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

A objetiva sentença combatida, devidamente motivada bem como fundamentada, depois de acurada análise do feito, deu correto deslinde à controvérsia e assim apresenta-se escorreita, comportando seja mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, por primeiro, cumpre observar que a preliminar de *cerceamento da ampla defesa* e do *contraditório* suscitada pelo autor não encontra guarida, nem sequer sob o argumento de que não foram ouvidas as testemunhas arroladas tampouco diante da alegação de julgamento antecipado, sem a dita falta de juntada de contestação.

Nesse passo, não se pode olvidar, ainda que tenha o autor requerido ampla produção probatória em sua exordial (fls. 31 - item "e") e atravessado

Acesso ao Sumário

petição requerendo prova testemunhal às fls. 185/186, certo é que à ocasião em que o Juízo oportunizou as partes especificassem as provas que efetivamente pretendiam produzir, *justificando a pertinência, no prazo de cinco dias* (fls. 195/196), somente a ré Pernod Ricard Brasil Indústria e Comércio Ltda. dignou-se a atender a decisão judicial (fls. 197/198), quedando-se inerte o autor. Assim, em outras palavras, não demonstrou o autor a necessidade tampouco a utilidade da prova pretendida.

A pretendida nulidade do feito objetivando a retomada do processo com instrução probatória e provas orais, nesta demanda, só se prestaria à implicação de morosidade.

Ocorre que, o processo não pode ficar ao bel prazer das partes, menos ainda de uma só delas, sob pena de afrontar o princípio da efetividade e celeridade processual positivado no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, situação esta a qual este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não se pode coadunar.

De todo modo, o julgamento antecipado da lide, sem a oitiva das testemunhas arroladas, em nada prejudicou o autor, porquanto, certamente o cerne da questão foi e é a existência do inseto na garrafa de vodka, situação esta que restou comprovada pela prova realizada pelo Centro de Exames Análises e Pesquisas - C.E.A.P., Núcleo de Química, do Instituto de Criminalística da Superintendência da Polícia Técnico-Científica, junto a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (fls. 54/61), conforme Laudo Pericial n.º 02/110/8.528/2011, o qual teve em conclusão - dos exames e dos resultados - que *o lacre plástico da tampa encontrava-se íntegro, sem sinais aparentes de violação (fotografia 6). Ainda, neste exame preliminar, foi possível observar a presença de um corpo estranho (inseto) no fundo do frasco. Tal constatação pode ser observada na fotografia 07. Em seguida, procedeu-se à abertura da garrafa, verificando-se que a tampa apresentou resistência semelhante àquela apresentada por tampa contendo lacre íntegro* (fls. 57/60).

Com isso, absolutamente desnecessária a prova testemunhal a respeito.

Necessário registrar que o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, autoriza o julgamento antecipado da lide nos casos em que a questão não necessita de produção de provas em audiência. No presente caso, os documentos trazidos aos autos mostraram-se suficientes para o seguro julgamento da controvérsia, tornando dispensável a dilação probatória.

Bom frisar que de acordo com o disposto no artigo 130, do Código de Processo Civil, cabe ao Juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do processo, o que ele entendeu prescindível.

A alegação de cerceamento à ampla defesa e do contraditório, sob o outro argumento, ou seja, de *julgamento antecipado sem a contestação* (fls. 211/212),

Acesso ao Sumário

com a devida vênia, apresenta-se confusa e dissociada do quanto consta dos autos.

Isso porque, diferentemente do que alega o autor, a resposta da ré (contestação) - (fls. 76/102) e também a réplica (fls. 188/194) constavam dos autos quando do ulterior sentenciamento do feito (fls. 202/206) e foram pela sentença consideradas, tanto que mencionadas expressamente nesta (fls. 203), ou seja, ambas foram levadas em conta pelo d. Magistrado sentenciante quando da extinção do feito pelo mérito.

No mais, nem há falar que a prova testemunhal, no caso, se prestaria a provar o dano moral.

Neste ponto, como bem inferiu o d. Magistrado sentenciante, Dr. Edward Albert Lancelot D. C. Caterham Wickfield, conforme segue: *Nada informa o autor sobre as circunstâncias concretas dos danos morais alegados. Limitou-se a discorrer apenas que tal fato ocorreu perante a presença de seus parentes e amigos,* complementando, *Contudo, mesmo se admitindo a veracidade dos fatos narrados pelo autor, com a demonstração da impropriedade do produto para o consumo, estaria configurado um mero aborrecimento ou dissabor, incapaz de ocasionar dano moral.*

De fato, se a bebida estava mesmo imprópria para o consumo, dano moral não houve, pois nem o autor nem qualquer outra pessoa ingeriu o líquido contendo o citado corpo estranho, conforme relatado na inicial (fls. 204). Irretocável!

Rejeita-se, portanto, o alegado cerceamento à ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal, eis que não afrontados nenhum destes princípios constitucionais ou disposições legais a respeito.

Aliás, no mérito propriamente dito, o que está atrelado à pretensão de condenação por dano moral, melhor sorte não encontra o autor insurgente.

Não se apresenta consistente a alegação do autor no sentido de que teria sofrido *constrangimento*, tendo sido *alvo de sátiras, piadas* por parte de *convidados, amigos e parentes* quando da comemoração em sua residência e pelo fato de ter um inseto na garrafa que nem sequer chegou a ser aberta.

A uma, porquanto resultou em fato incontroverso nos autos, quando menos por ausência de impugnação específica, nos termos do artigo 334, II e III, do Código de Processo Civil, conjugado com o artigo 302 do mesmo diploma processual, quanto à disponibilização pela vendedora de troca do produto ou devolução do dinheiro, nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, assim afirmou a ré na contestação (fls. 96, último parágrafo), inclusive com base no inquérito policial - sem impugnação específica do autor à primeira oportunidade, ou seja, à ocasião da réplica (fls. 188/194), o

Acesso ao Sumário

que não desautoriza concluir que já à ocasião da compra do produto teve o autor conhecimento da existência do inseto na bebida e, em vez de se utilizar das alternativas dispostas nos incisos do artigo 18 da legislação consumerista, preferiu, quiçá, apresentar a garrafa de vodka com inseto em seu interior aos presentes na comemoração que mencionou e assim tentar algum ulterior ganho, como se tivesse conseguido encontrar um produto premiado, o que culminaria na tênue linha divisória ao locupletamento com base na própria torpeza, situação esta a qual não pode dar guarida este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, até para que se evite estimular a indústria do dano moral e banalizar tal importante instituto.

Não é só. Não é razoável imaginar que pessoas próximas, do convívio do *autor, como convidados, amigos e parentes* - justamente na comemoração do autor - se prestem a causar algum dano, abalo psicossocial ou psicológico deste, resultando quando muito a uma ocorrência dentro daquelas inerentes à vida.

Situação outra é a possibilidade, em tese, conforme o caso, de medidas de ordem administrativa ou até judicializada para obstar que produtos impróprios ao consumo sejam postos em circulação, o que não é o objeto da ação presente.

Por certo que não deve o fornecedor, o fabricante, tampouco o vendedor ou distribuidor colocar produto de igual jaez à venda, ou seja, ao consumo. Todavia, ainda que tal situação ocorra, não é todo e qualquer caso que implicará em dano moral, tanto mais, no caso, há de se destacar e relembrar, em que o conteúdo da bebida não chegou a ser consumido, não tendo causado dano por conta disto.

Para que não se alegue omissão, ainda que se cuide de *responsabilidade objetiva*, não restou demonstrado a contento tenha o evento nexo causal com o dano moral reclamado, até porque este é de ordem subjetiva, porquanto de ordem pessoal.

Outrossim, diferentemente do que ventilou o autor, não se trata de caso em que o dano moral se afigura *in re ipsa*.

Ainda sobre o tema, cumpre esclarecer que meros aborrecimentos em relações de consumo não bastam para condenação a este título, sob pena de se tornar um precedente para acobertar enriquecimento ilícito nas mais diversas aflições vividas no dia-a-dia.

Destarte, a sentença não comporta modificação.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0052720-32.2009.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é apelante MTF CONSULTORIA E ASSESSORIA EM COMÉRCIO EXTERIOR LTDA, é apelado COMPANHIA SUD AMERICANA DE VAPORES S/A.

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. **(Voto nº 30.816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: COBRANÇA - CONTRATAÇÃO DE FRETE MARÍTIMO NA MODALIDADE "PREPAID ABROAD" - RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE PELO PAGAMENTO NO EXTERIOR - TRADUÇÃO NO CURSO DO PROCESSO DE DOCUMENTO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE PROVA - APELAÇÃO IMPROVIDA.

VOTO

A sentença julgou procedente ação de cobrança pela execução de contrato de transporte marítimo, salvo pela taxa denominada "port of loading" (porto de embarque), já paga. Condenou a ré no principal, corrigido e com juros, custas, despesas e verba honorária de 10% do total.

Apelou a ré. Argui inépcia da inicial por não acompanhada de tradução juramentada do verso de conhecimento de embarque redigido em língua estrangeira. Sustenta que a responsabilidade pelo pagamento dos valores reclamados deve ser atribuída exclusivamente à consignatária da carga, que se beneficiou com o serviço de transporte.

Recurso tempestivo, preparado, respondido e redistribuído.

É o Relatório.

Juntou-se tradução juramentada do documento na réplica, tornando superada a questão. Ressalte-se que, em se tratando de documento redigido

Acesso ao Sumário

em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (REsp nº 616103/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.09.2004; REsp nº 924992/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 26.05.2011; AgRg no REsp nº 1316392/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 28.05.2012; AgRg no AREsp nº 153005/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Dje 16.04.2013; RO nº 26/RJ, Rel. Vasco Della Giustina (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Dje 07.06.2010; REsp nº 151079/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29.11.2004).

Assim, desnecessária a tradução, não há falar em inépcia da inicial.

No mérito, a sentença deu solução adequada ao caso e merece subsistir, por estar em harmonia com o conjunto probatório.

Na qualidade de embarcadora de mercadoria exportada, a apelante contratou o transporte e responde pelo pagamento do frete, como constou do próprio conhecimento de embarque.

Alteração do local de pagamento na origem para o exterior não alcançou a responsabilidade do seu pagamento pelo embarcador, seja antes do embarque (**freight prepaid**), ou logo após o embarque (**freight prepaid abroad**), não tendo sido acordado pagamento no destino ou de frete "a pagar" (**freight payable at destination**).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0043040-35.2010.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado SVC JARAGUÁ COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 12 de novembro de 2013.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL - CONTRATO FIRMADO QUE PREVÊ RENÚNCIA AO DIREITO DE REVISÃO DO VALOR DO LOCATIVO - POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE ONDE INTERLIGADAS LOCAÇÃO E AQUISIÇÃO ATRAVÉS DE ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL QUE PERTENCIA À LOCATÁRIA - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 19 E 45 DA LEI DO INQUILINATO NÃO CARACTERIZADA - PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA CORTE - RECURSO PROVIDO - AÇÃO IMPROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 309/312, cujo relatório adoto, que julgou procedente revisional de aluguel, fixando locativo no valor de R$ 56.000,00, vigente a partir de outubro de 2010, respondendo a vencida pelas verbas perdimentais.

Inconformada, apela a locatária em busca de reforma. Aduz, em síntese, que no contrato firmado a locadora renunciou ao direito de propor ação revisional, válida regra estabelecida entre as partes diante das características da relação jurídica.

Recurso regularmente processado e contrariado, pugnando por acolhimento de valor de aluguel indicado em laudo de seu assistente.

É o relatório necessário.

Com o respeito devido aos fundamentos declinados pelo I. Sentenciante, razão assiste à inconformada.

Cerne do debate nesta instância envolve análise de cláusula de renúncia de direito à ação revisional de aluguel, constante em contrato intitulado "Instrumento Particular de Locação, relativo ao imóvel constituído pelo terreno e prédio comercial, denominado AG. Vila Nova Cachoeirinha, situado na Av. Itaberaba, nº 5.315, 5.315-A e 5.317, na cidade de São Paulo, SP" (fls. 31/37).

Havendo expressa disposição no pacto firmado sobre renúncia ao direito de revisão (parágrafo terceiro da cláusula quinta), embora reiterado na r. sentença seu descabimento não vislumbro nulidade ou vício na cláusula em exame, isso porque essencial considerar que imóvel objeto da locação anteriormente pertencia à instituição financeira, que o vendeu em leilão em que estipulou cláusulas especiais, como obrigatoriedade de alugar o bem à vendedora, lapso temporal pré-determinado, valor do aluguel a ser praticado e índice de reajuste.

Acesso ao Sumário

Também não se pode ignorar que a apelada é empresa especializada no ramo imobiliário (cf. contrato social, fls. 15), com plena e apta condição de analisar exatamente implicações e restrições do negócio que assumia.

Ademais, registre-se não figurar como dever do locador alugar imóvel de sua propriedade por valor de mercado, estando a matéria dentro da liberdade contratual que vigora entre os particulares.

A propósito, admitindo renúncia à ação revisional de aluguel, registra Gildo dos Santos:

"*Há, no entanto, certas disposições contratuais que sempre foram consideradas válidas. Assim, o locador podia abrir mão da revisão do aluguel com apoio na Lei de Luvas, o que foi objeto da Súmula 357 do STF, do seguinte teor: 'É lícita a convenção pela qual o locador renuncia durante a vigência do contrato, à ação revisional do art. 31 do Dec. 24.150, de 20.04.1934'.* ***Não há motivos de ordem legal para se considerar que já não vigore esse direito sumulado.***

(...)

A orientação pretoriana cristalizada antes daquela Súmula 357 da Suprema Corte continua prestigiada, como se vê do que foi proferido na Ap. 495.493, pela 11ª Câmara do 2º TACivSP, sendo Relator Clóvis Castelo, em 22.09.1997, cujo acórdão tem a seguinte ementa: 'Locação - Revisional de aluguel - Renúncia do locador. Não infringe o art. 45, nem os objetivos da Lei 8.245/1991, cláusula contratual na qual o locador renuncia à ação revisional durante o prazo do contrato, quando resta nítida que a intenção foi a compensação do locativo com as obras edificadas pela locatária, sem direito à indenização ou retenção' (DOE - Poder Judiciário 20.03.1998, p. 16 - Ementário 4/98 - RT 750/313, na íntegra)" (***In*** Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 273/274 - negritei).

No mesmo sentido, são os julgados dessa Corte:

"*Locação. Ação revisional de aluguel. Validade da cláusula na qual o locador renuncia à revisão durante o prazo do contrato. Honorários advocatícios arbitrados com moderação. Apelação improvida*" (Apelação nº 0014205-11.2012.8.26.003, 36ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Arantes Teodoro, j. 11.04.2013).

"*LOCAÇÃO DE IMÓVEL - REVISIONAL DE ALUGUEL - Aquisição do imóvel locado sob condições essenciais - Prevalência do negócio jurídico - Revisão - Impossibilidade - Sentença mantida - Recurso desprovido*" (Apelação nº 9149453-04.2009.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Melo Bueno, j. 09.05.2011). No mesmo sentido: Apelação nº 0004040-62.2009.8.26.0405, 26ª Câmara de

Acesso ao Sumário

direito Privado, rel. Des. Felipe Ferreira, j. 23.11.2011.

Analisando casos análogos, diverso não é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"*CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. PEDIDO REVISIONAL. CLÁUSULA RENUNCIATIVA. VALIDADE.*

1 - Não viola o art. 19 e nem o art. 45, ambos da Lei nº 8.245/91 e, muito menos conflita com a súmula 357-STF, a disposição contratual, livremente pactuada pelas partes, na qual o locador renuncia ao direito de propor ação revisional de aluguel, considerando-se ratificada se, após renovação da avença, continua a integrar os seus termos sem nenhuma objeção da parte interessada. Precedente desta Corte.

2 - Recurso não conhecido" (REsp nº 243.283/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.03.2000, DJ 10.04.2000, p. 149).

"*LOCAÇÃO - RENÚNCIA - AÇÃO REVISIONAL.*

- CLÁUSULA LIVREMENTE PACTUADA PELAS PARTES, NA QUAL O LOCADOR RENUNCIA AO DIREITO DE INGRESSO COM AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS PELO PRAZO AVENÇADO, NÃO OFENDE AO DISPOSTO NO ART. 45 DA LEI DO INQUILINATO.

- PARA CARACTERIZAÇÃO DO DISSÍDIO, OS PARADIGMAS INVOCADOS DEVEM GUARDAR SIMILITUDE COM A DECISÃO REPROCHADA.

- RECURSO NÃO CONHECIDO" (Resp nº 127.355/SP, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 21.10.1997, DJ 24.11.1997, p. 61.265, RT vol. 750 p. 235).

Da mesma forma, entendimento adotado em decisões monocráticas:

"*Nas razões do especial, alega a parte agravante violação dos artigos 19 da Lei 8.245/91, 421 e 480 do CC e 20, § 4º do CPC.*

(...)

Conforme a sentença de 1º grau ratificada pela Corte estadual, foi considerada válida a cláusula contratual que veta o reajuste do aluguel nos seguintes termos:

Estribada nos documentos dos autos, constata-se que a autora adquiriu a propriedade do imóvel, objeto da locação dos autos, do réu, vez que o requerido ofertou ao público a alienação do imóvel, sob a condição especial de o imóvel adquirido em leilão ser alugado a si, mediante as condições previamente, publicamente e amplamente divulgadas, conforme se observa dos documentos às fls. 91/117.

Portanto, a condição de o imóvel alienado ser alugado ao réu com a estrita observância do prazo estipulado, do valor estabelecido

Acesso ao Sumário

e mediante as condições determinadas na avença revelaram-se como características do contrato e foram aceitas pela autora.

Na Cláusula Primeira do negócio jurídico entabulado entre as partes, há a descrição do imóvel alienado pelo suplicado à autora.

Já a Cláusula Quinta, Parágrafo Terceiro do contrato dispõe que: 'Em decorrência do que ficou avençado nos termos da Cláusula Primeira deste contrato, fica expressamente vedado a LOCADORA, durante o prazo de vigência deste contrato, pleitear sob qualquer forma a revisão do aluguel' (fls. 109).

Por conseguinte, conclui-se que constituiu-se como particularidade da avença a cláusula expressa de renúncia à revisão dos aluguéis, já que a cláusula expressamente integrou o contrato, estabelecendo a vedação de revisão do aluguel sob qualquer forma, no prazo de dez anos.

Com efeito, a aludida cláusula do contrato não viola qualquer princípio de direito contratual e não pode ser considerada abusiva ou iníqua, sendo certo que a relação entre as partes é de natureza estritamente comercial. (e-STJ fls. 307/308)

Anota-se que o acórdão recorrido baseou-se na interpretação de cláusulas contratuais e fatos. Assim, rever a não concessão de reajuste do aluguel implicaria necessariamente a revisão de cláusulas contratuais, bem como o reexame do conjunto fático-probatório, os quais são vedados nesta instância especial, consoante entendimento das Súmulas 5 e 7/ STJ" (Agravo em Recurso Especial nº 260.251-SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 11.12.2012 - destaquei).

"*A matéria tratada nos autos diz respeito à possibilidade, ou não, de rever o valor do aluguel, uma vez que existe cláusula de renúncia a tal direito.*

No meu sentir, inexiste a alegada violação, porquanto o acordo firmado prevê, expressamente, durante o prazo original do contrato, renúncia à revisão do valor da locação, merecendo destaque, a propósito, alguns excertos do acórdão recorrido (fls. 345/348)*:*

A rigidez, na manutenção do contrato, tal qual foi celebrado pelas partes, funda-se na norma moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada e no próprio princípio da autonomia da vontade.

A bem da verdade, a possibilidade de intervenção judicial, no contrato, se admitida de forma irrestrita, atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar e trazendo sérios transtornos para a segurança dos negócios jurídicos. (...)

O contrato de locação, livremente, pactuado pelas empresas-

Acesso ao Sumário

litigantes, independentemente de a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), no seu art. 45, prever a hipótese de nulidade de cláusulas que afrontem seus objetivos, é lei entre as partes (fls. 53/64).

No contrato em tela, as empresas contratantes, fizeram inserir cláusula expressa de renúncia ao direito de revisão - cláusula 12, assim redigida:

'As partes renunciam ao direito de pedir a revisão do valor da locação durante o prazo original do contrato fixado na cláusula 2 acima, estabelecida no art. 19 da Lei nº 8.245/91.'

Quisessem as empresas-litigantes possibilitar a revisão do valor do aluguel, decorrido o prazo de vigência do contrato de locação, como é permitido pelo art. 19, da Lei do Inquilinato (Lei nº 9.245/91), não deveriam ter incluído cláusula expressa de renúncia a este direito.

Relevando observar que as empresas-contratantes, principalmente, a empresa-locatária, a autora, ora agravada, é empresa de grande porte, no ramo de supermercados, que, obviamente, é assessorada por advogados de alto nível, que devem ter esclarecido a seus representantes o alcance e as conseqüências da inclusão da cláusula em discussão. (...)

Ao assim decidir, o Tribunal de origem não destoou da jurisprudência desta Corte, conforme ilustram os precedentes a seguir transcritos:

CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. PEDIDO REVISIONAL. CLÁUSULA RENUNCIATIVA. VALIDADE.

1 - Não viola o art. 19 e nem o art. 45, ambos da Lei nº 8.245/91 e, muito menos conflita com a súmula 357-STF, a disposição contratual, livremente pactuada pelas partes, na qual o locador renuncia ao direito de propor ação revisional de aluguel, considerando-se ratificada se, após renovação da avença, continua a integrar os seus termos sem nenhuma objeção da parte interessada. Precedente desta Corte.

2 - Recurso não conhecido.

(REsp 243283/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 10/04/2000);

LOCAÇÃO - RENÚNCIA - AÇÃO REVISIONAL.

- CLÁUSULA LIVREMENTE PACTUADA PELAS PARTES, NA QUAL O LOCADOR RENUNCIA AO DIREITO DE INGRESSO COM AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS PELO PRAZO AVENÇADO, NÃO OFENDE AO DISPOSTO NO ART. 45 DA LEI DO INQUILINATO.

- PARA CARACTERIZAÇÃO DO DISSÍDIO, OS PARADIGMAS INVOCADOS DEVEM GUARDAR SIMILITUDE COM A DECISÃO

Acesso ao Sumário

REPROCHADA.

- RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 127355/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 24/11/1997).

Outrossim, quanto à validade do Pacta Sunt Servanda, cito, por pertinentes:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA.

LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA. VALIDADE. CLÁUSULA PREVENDO A RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. EXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo, ainda continua plenamente válido em nosso ordenamento jurídico. Assim, têm os contratantes plena liberdade de pactuar normas a gerarem efeitos entre si, desde que estas não venham a ofender interesses sociais previstos na Constituição.

2. O fato de o contrato de locação ter sido celebrado sob a vigência da Lei 6.649/79, por si só, não afasta a responsabilidade da fiadora pelos débitos locatícios posteriores ao vencimento do contrato de locação, tendo em vista a existência de cláusula expressa em que concordou em garantir a locação até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado. Precedente da Terceira Seção.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 951553/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20/10/2008);

CIVIL - RECURSO ESPECIAL - LOCAÇÃO COMERCIAL - SHOPPING CENTER - DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DO IMÓVEL - MULTA - LEI Nº 8.245/91 (ART. 4º) - ARBITRAMENTO JUDICIAL - POSSIBILIDADE.

1 - É remansoso na doutrina que se permite ao inquilino a restituição do prédio locado, antes do termo final estipulado no contrato de locação. Para isso, a título de indenização do prejuízo que teve o locador, bem como pela falta de cumprimento das condições avençadas (pacta sunt servanda), o locatário terá que pagar a multa convencionada ou, se não houver acordo neste aspecto, a fixada em juízo, mediante arbitramento judicial. No caso concreto, tendo a 1ª e 2ª Instâncias afirmado que não há multa pactuada, caberia a uma destas fixá-la por decisão judicial.

Acesso ao Sumário

Inteligência do art. 4º, da Lei nº 8.245/91.

2 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, determinar que seja arbitrada e aplicada aos recorridos, pela Instância Ordinária, a multa estabelecida no artigo legal violado. (REsp 331365/MG, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 20/05/2002)" (RESp nº 692.703-SP, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 13.11.2009 - negritei).

O cerne da pendenga não enfrenta análise da avaliação técnica, impõe resolver, como bem destacado desde o início da controvérsia, viabilidade ou não de aceitar a locadora cláusula proibitória de revisão do locativo.

Na hipótese em exame evidenciado que a relação **ex locato** ostenta especificidade, não se podendo ignorar intrínseca ligação entre o pacto locatício e a aquisição do imóvel que pertencia ao banco locatário mediante arrematação em leilão que estabelecia condições próprias.

Por certo a locadora bem conhecia o conteúdo do edital e suas implicações, que aceitou e ratificou ao adquirir o bem e celebrar a avença, compreendido que o preço considerou condições e exigências estabelecidas, razão pela qual íntegra disposição que veda a revisão do locativo mensal (fls. 33).

Improcedente a ação, impõe-se adequação da sucumbência, respondendo a autora pelo pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) em atenção ao disposto no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, bem como demais disposições pertinentes de modo a não desprestigiar a graduação do zelo profissional e o trabalho realizado pelo advogado da parte vencedora, presentes qualificativos afetos ao lugar da prestação do serviço, ao tempo exigido para tal préstimo e a natureza e importância da causa.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0301577-97.2001.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A (SUCESSOR DO BANCO ECONÔMICO S/A), são apelados ANDRÉ LUIZ RODRIGUES, JOSÉ EDUARDO RODRIGUES, JOSÉ EDUARDO RODRIGUES JÚNIOR, MARIA DA GRAÇA FARIA RODRIGUES, PABLO VINICIUS RODRIGUES e RITA VANESSA RODRIGUES.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: CADERNETA DE POUPANÇA - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO - LEGITIMIDADE PASSIVA - SUCESSÃO BANCÁRIA - Sucessão de direitos e obrigações - Banco sucessor deve responder pelos depósitos antes existentes, bem como pelos atuais - Legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por BANCO BRADESCO S/A - SUCESSOR DO BANCO ECONÔMICO S/A (fls. 1138/1147) contra r. sentença de fls. 1136, proferida pelo MM. Juiz da 26ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, Dr. César Santos Peixoto, que rejeitou a impugnação apresentada pelo apelante, nos autos da execução de título judicial transitado em julgado, movida por ANDRÉ LUIZ RODRIGUES E OUTROS, porque a responsabilidade do Banco proveio da aquisição de ativos financeiros da instituição liquidada, sendo ônus do adquirente também o passivo daí oriundo, coisa cediça no direito positivo, daí a legitimação.

Sustenta o apelante que o Banco Econômico S/A encontra-se em fase de liquidação extrajudicial, sob intervenção do Banco Central, devendo o autor habilitar o seu crédito no quadro geral de credores. Alega não ser o ora apelante, Banco Bradesco S/A, que teve seus ativos penhorados, parte legítima para figurar no polo passivo da ação. Diz ser cabível o recurso de apelação pois a decisão extinguiu a execução nos termos do artigo 794, I do Código de Processo Civil. Alega que o Banco Econômico não foi incorporado pelo Banco Bradesco S/A. Refere que o Banco Excel Econômico S/A, incorporado pelo Banco Bradesco adquiriu alguns ativos e passivos do Banco Econômico S/A, que está em regime de liquidação extrajudicial. Refere que os bancos não se confundem, sendo as personalidades distintas. Postula o provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 1174/1201.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Rejeito a alegada ilegitimidade passiva do apelante, justificada pelo fato de que à época da edição dos Planos Econômicos, o contrato vigia perante o Banco Econômico S/A.

A partir do momento em que o apelante assumiu as operações bancárias do Banco Econômico S/A, tornou-se responsável pelas contas de poupança e seus respectivos depósitos, incluindo-se aí os existentes e os atuais.

Independentemente da espécie de reestruturação organizacional da sociedade em liquidação ou da natureza da transferência de seu patrimônio à apelante, é esta responsável civilmente por danos causados anteriormente ao "contrato de compra e venda de ativos e passivos", ressalvado o direito de regresso previsto contratualmente.

Em caso semelhante, já decidiu esta C. Câmara:

"*ILEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' - Banco-agravante que é parte legítima para responder aos termos da ação - Sucessão empresarial entre o Econômico e o Bradesco reconhecida reiteradamente pela jurisprudência - Recurso improvido.*" (Agravo de Instrumento nº 0055345-97.2013.8.26.0000, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy, j. 19/06/2013).

No mesmo sentido:

"*AÇÃO DECLARATÓRIA - LEGITIMIDADE PASSIVA - AUSÊNCIA DE SUCESSÃO BANCÁRIA - IRRELEVÂNCIA - RESPONSABILIDADE POR REALIZAÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ATIVOS E ASSUNÇÃO DE PASSIVOS DA INSTITUIÇÃO EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO DAS AGÊNCIAS E CONTA CORRENTES DO BANCO LIQUIDANDO. - Deve a instituição financeira responder pelas obrigações oriundas de um contrato celebrado por outra instituição financeira se, em virtude de um 'pacto de compra e venda de ativos e passivos' havido entre elas, há a transferência 'dos contratos necessários à implementação do negócio', sem qualquer restrição ao contrato que deu causa à demanda e, especialmente, quando a cessionária se compromete a 'operar integralmente e sem interrupção' todas as agências e demais unidades de prestação de serviços da cedente. - Apelação provida, sentença cassada e recomendação feita.*" *(extinto TAMG, 2ª Câmara Cível, Apel. 0388509-0, j. 30.9.03, Rel. Des. Pereira da Silva)*

"*PROCESSUAL - Instituição bancária em liquidação extrajudicial que pede sua admissão no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário - Pedido não apreciado - Interposição de apelação -*

Acesso ao Sumário

Inadmissibilidade - Terceiro estranho ao feito - Recurso não conhecido."

"*CADERNETA DE POUPANÇA - Ação de cobrança - Diferença nos índices de correção monetária - Legitimidade passiva - Banco Nacional sucedido pelo Unibanco - Precedentes jurisprudenciais - Prescrição inocorrente - Prazo vintenário - Índice pacificado pelo STJ: Plano Verão (42,72%) - Sentença mantida - Recurso desprovido*". (Apel. c/ Rev. nº 584.342-4/5-00, TJSP, 6ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Percival Nogueira, j. em 28.8.2008)

Até porque, os artigos 1115 e 1116 do Código Civil estabelecem que a transformação ou a incorporação não prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores, uma vez que a nova empresa sucede a outra em todos os direitos e obrigações.

Como se vê, o apelante deve honrar o cumprimento das obrigações decorrentes de contas-poupança assumidas com o advento do contrato assinado com o Banco Econômico S/A. Por conseguinte, a legitimidade passiva, no presente caso, só pode ser atribuída ao Banco Bradesco S/A.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029242-34.2008.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes LÁZARO JOSÉ MENEGHEL, MARA CHRISTINA MENDES MENEGHEL, LUCIANO MENDES MENEGHEL e JOSÉ MENEGHEL NETO, é apelada MALUF ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento aos agravos retidos e deram parcial provimento ao recurso de apelação. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), WALTER CESAR EXNER E EDGARD ROSA.

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

HUGO CREPALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVOS RETIDOS - O conhecimento dos fatos não é suficiente para que o procurador possa prestar depoimento pessoal no lugar de quem outorgou a procuração, sendo necessários

poderes expressos para confessar - Pena de confissão corretamente aplicada - A participação do depoente na negociação, que culminou com a celebração do negócio entre a sua empregadora e os requeridos, compromete sua isenção, caracterizando-se seu interesse no litígio - Contradita bem acolhida - Negado provimento aos recursos - APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - Preliminar de ilegitimidade ativa afastada - Comprovada a relação jurídica havida entre as partes, que, em tese, permite à autora cobrar os réus pelo serviço prestado - Contrato de corretagem caracterizado - A falta de inscrição da autora no CRECI é mera irregularidade perante o Conselho profissional, não impedido o recebimento da remuneração - Mediação como obrigação de resultado - A aproximação das partes foi realizada pela autora, mas a concretização do negócio se deu por outra imobiliária - Ausência de ajuste de exclusividade entre as partes - Ausência de demonstração de que o segundo contrato teria se dado em termos diversos do primeiro - Aplicação do art. 728 do Código Civil - A taxa de administração, todavia, não é devida, tendo em vista que o serviço não foi prestado pela requerente - Procedência parcial da ação, tão somente para o pagamento do correspondente a 50% do valor inicialmente estipulado a título de comissão - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **LÁZARO JOSÉ MENEGHEL, MARA CHRISTINA MENDES MENEGHEL, LUCIANO MENDES MENEGHEL** e **JOSÉ MENEGHEL**, nos autos da ação de cobrança que lhes move **MALUF ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA**., objetivando a reforma da sentença (fls. 147/149) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Mauro Antonini, que julgou parcialmente procedente a ação, condenando os réus a pagarem à autora R$ 10.000,00 (dez mil reais) correspondentes ao primeiro aluguel e 2,5% sobre o valor de cada aluguel do período do prazo determinado, pagando essa quantia de uma vez só, de imediato, aplicando-se correção monetária desde a data do vencimento do primeiro aluguel e juros de mora da citação, condenando-os, ainda, por ser substancialmente maior sua

Acesso ao Sumário

sucumbência, ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Apelam os réus (fls. 152/158), reiterando os termos dos agravos retidos de fls. 114/115 e 121, interpostos, respectivamente, contra a decisão que aplicou à corré Mara Christina a pena de confissão, não admitindo o depoimento pessoal por procuração pela falta de poderes expressos para confessar se fosse preciso e a que deferiu a contradita de testemunha dos requeridos.

Nas razões, preliminarmente, sustenta a ilegitimidade da parte autora que, embora não se qualifica como corretora, não possuía contrato escrito para a prestação do serviço de corretagem nem detinha exclusividade para fazê-lo.

No mérito, diz que os serviços de aproximação para locação do imóvel estava sendo prestado pela apelada e por outras imobiliárias. Desse modo, não houve locupletamento ilícito dos apelantes pelo fato da locação ter sido efetivada pela Ato e não pela apelada, dado o risco assumido pelas partes na contratação descompromissada.

Por fim, alega que a sentença utilizou-se de critérios ambíguos: para as taxas de administração, auferiu critério razoável, qual seja, a metade, porque o negócio não se concretizou pela apelada; em contrapartida, na condenação do valor do contrato, o fez por inteiro, como se o negócio tivesse sido concretizado.

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 162), houve contrarrazões (fls. 163/178).

É o relatório.

Inicialmente, procedo à análise do Agravo Retido de fls. 114/115.

Insurgem-se os réus contra a decisão interlocutória que aplicou à corré Mara Christina a pena de confissão, não admitindo o depoimento pessoal por procuração pela falta de poderes expressos para confessar, caso fosse preciso.

Aduzem os agravantes que o procurador, sendo parte no processo, tem pleno conhecimento dos fatos que envolvem as partes. Assim, teria poderes para representar a corré em seu depoimento pessoal, o que não afrontaria o artigo 344 do Código de Processo Civil.

Contudo, a decisão prolatada não merece reforma.

Sobre o depoimento pessoal realizado através de procuração, ensina Cassio Scarpinella Bueno:

> "*É importante frisar esta última observação. Por força da especial característica do 'depoimento pessoal', é importante que o procurador, além do conhecimento dos fatos sobre o qual se manifestará, tenha poderes expressos para confessar porque é da essência daquele meio de prova a obtenção da confissão*". (*in* "Curso Sistematizado de Direito Processual Civil", vol. 2, tomo I, Editora Saraiva, 6ª Edição, p. 260).

Assim, o conhecimento dos fatos não é suficiente para que o procurador possa conceder depoimento pessoal no lugar de quem outorgou a procuração, sendo necessários poderes expressos para confessar.

Este também é o entendimento da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"*PRODUÇÃO DE PROVA - DEPOIMENTO PESSOAL - RESTRIÇÃO. É o juiz o destinatário da prova, cabendo-lhe deliberar sobre a necessidade ou não de sua realização - DEPOIMENTO POR PROCURAÇÃO. É admissível o depoimento pessoal por procuração, desde que com poderes específicos (artigos 661, § 1º e 38 do Código Civil, cumulados com o artigo 349, parágrafo único do Código de Processo Civil). Agravo improvido*". (Agravo de Instrumento 0000569-26.2008.8.26.0000, Rel. José Malerbi, 35ª Câmara de Direito Privado, d.j. 19.05.2008).

Tendo em vista a ausência de poderes específicos para confissão, correta a decisão do Juízo *a quo*, que indeferiu o depoimento pessoal. E, ausente a parte regularmente intimada para depor, de rigor a aplicação da pena de confesso, nos termos do artigo 343, § 2º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, explica o mesmo autor:

"*O depoimento pessoal é o meio de prova em que se pretende obter da parte que depõe a confissão dos fatos relevantes e pertinentes para a causa, isto é, o reconhecimento de sua veracidade.*

(...)

A confissão judicial será ficta, diferentemente, quando o reconhecimento da veracidade do fato decorrer da recusa da parte em depor ou do seu não comparecimento à audiência, não obstante ter sido regularmente intimada para tanto (art. 343, § 1º)". *(p.257-264)*.

O agravo retido de fls. 121 tampouco merece provimento.

Insurgem-se os réus contra a decisão interlocutória que acolheu a contradita de uma de suas testemunhas, por entender o MM. Magistrado que, pelo fato de ter trabalhado na imobiliária que acabou por celebrar o contrato de locação, teria interesse em alegar a lisura da conduta de sua antiga empregadora.

Alegam os agravantes que não existe interesse particular da testemunha na causa, principalmente porque não mais pertence ao quadro de funcionários da empresa e por entenderem ser seu depoimento importante para o desfecho do processo.

De fato, a participação do depoente na negociação, que culminou com a celebração do negócio entre a empresa na qual trabalhava e os requeridos, compromete sua isenção, caracterizando-se seu interesse no litígio. Assim, a contradita foi bem acolhida.

Ademais, a testemunha foi ouvida, ainda que sem compromisso, de modo

Acesso ao Sumário

que não houve prejuízo a justificar a anulação da r. sentença como querem os apelantes.

Pelo exposto, nego provimento aos agravos retidos.

Tratam os autos de ação de cobrança, movida pela autora visando à condenação dos réus ao pagamento de R$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais), atualizados desde a data da assinatura do contrato até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês.

Alega a autora que, em abril de 2007, foi contratada para intermediar a locação de imóvel dos requeridos, localizado na Rua General Câmara, nº 240/250/260, Jardim Califórnia, Piracicaba - SP. Diz que, neste intuito, captou e apresentou aos réus a empresa Blowair Equipamentos Industriais Ltda., bem como conduziu e concluiu as negociações, confeccionando, inclusive, o contrato de locação.

Referido instrumento, todavia, apesar de assinado pelos réus, não foi firmado pela empresa locatária. Contudo, passados aproximadamente 60 dias do último contato, afirmam que se dirigiram até o imóvel e verificaram que a empresa Blowair Equipamentos Industriais Ltda. estava devidamente instalada no local e em pleno funcionamento.

Desse modo, propuseram a presente demanda objetivando a condenação dos requeridos ao pagamento da comissão devida em virtude da intermediação efetivamente realizada. Requerem assim, o pagamento de R$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) correspondentes ao valor do primeiro aluguel, devidos a título de comissão pela intermediação, e R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) correspondentes a 6% sobre o valor mensal de cada aluguel, durante o prazo de sessenta meses, a título de administração da locação, conforme pacto locatício.

O Juízo *a quo* concluiu pela parcial procedência do pedido, condenando os réus ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), correspondentes ao primeiro aluguel e 2,5% sobre o valor de cada aluguel do período do prazo determinado.

Acesso ao Sumário

Respeitado o posicionamento adotado em Primeiro Grau, entendo que a sentença prolatada merece parcial reforma.

Preliminarmente, sustentam os apelantes a ilegitimidade ativa da requerente, uma vez que o caso seria de administração de bem imóvel, e não de corretagem, motivo pelo qual a autora não seria parte legítima para cobrar o pagamento de comissão.

Cândido Rangel Dinamarco assim define a legitimidade das partes enquanto condição da ação:

"*Legitimidade 'ad causam' é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido*

ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa". (*in* "Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, Malheiros Editores, 6ª Edição, p. 313).

Comprovada a relação jurídica havida entre as partes, que, em tese, permite à autora cobrar os réus pelo serviço prestado, não há que se falar na ausência de legitimidade ativa. A discussão sobre a prestação ou não do serviço bem como a caracterização ou não o contrato de corretagem são questões que afetam o mérito. Nesse sentido:

"*Para o preenchimento da condição da ação 'legitimidade' é o que basta. Faz-se suficiente que, em tese, a situação conflituosa pertença (pareça pertencer) a quem que se afirma que pertence. Se DNDN é mesmo credor de EDS, isto já não é uma questão relativa às condições da ação, mas diferentemente, ao 'mérito' de se reconhecer, ou não, se existe o direito alegado e, consequentemente, conceder, ou não, a DNDN a tutela jurisdicional que ele requereu lhe fosse prestada*". (Cassio Scarpinella Bueno, *in* "Curso Sistematizado de Direito Processual Civil", vol. 1, Editora Saraiva, 7ª Edição, p.339).

Passo, pois, à análise do mérito.

A ausência de contrato escrito estabelecendo a mediação entre as partes não é suficiente para afastá-la, como querem os apelantes. Leciona Orlando Gomes:

"*A relação jurídica entre as partes e o corretor não surge exclusivamente do negócio contratual de mediação, pois direitos e obrigações nascem também do simples fato de que o intermediário haja concorrido de modo eficaz para a aproximação das partes na conclusão do negócio. Trava-se a relação jurídica independentemente, nesse caso, de declaração de vontade emitida para a formação do contrato de corretagem, produzindo, entretanto, efeitos idênticos aos que se originam de contrato formal, pois a atividade do mediador se interpreta como se houvesse sido contratado para executá-la*". (*in* "Contratos", Editora Forense, 26ª Edição, pp. 471-472).

Uma vez demonstrada a aproximação das partes pela apelada com vistas à realização de um negócio, está caracterizada a corretagem, independentemente da inexistência de contrato firmado nesse sentido.

Acesso ao Sumário

O fato de a autora não ter sido contratada para intermediar negócio de compra e venda de imóvel, mas para colocar o imóvel em locação tampouco descaracteriza a mediação.

O contrato de corretagem, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

"*é aquele pelo qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, se obriga, mediante remuneração, a agenciar negócios para outra, ou fornecer-lhe informações para celebração do contrato. É intermediação que o corretor realiza, pondo o outro contratante em contato com pessoas, conhecidas ou desconhecidas, para a celebração de algum contrato, ou obtendo informes, ou conseguindo o de que aquele necessita*" (*in* "Instituições de Direito Civil vol. III", Editora Forense, 12ª Edição, p. 384).

Assinala-se, portanto, a mediação pela assunção por determinada pessoa da obrigação de agenciar negócios para outra. Pouco importa, assim, que o contrato que se pretende celebrar seja de compra e venda ou de locação de imóvel.

Conforme bem observado pelo Juízo *a quo*, "a falta de inscrição da autora no CRECI é mera irregularidade perante o Conselho profissional. Não impede que, tendo efetuado intermediação imobiliária, obtenha a remuneração respectiva, pois, do contrário, a parte contratante obteria locupletamento ilícito".

A jurisprudência dessa corte já se manifestou reiteradamente sobre o assunto:

"*Mediação - ação de cobrança de comissão de corretagem - sentença de extinção sem resolução do mérito - apelação do autor <u>não se faz necessária a inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóveis para o intermediador cobrar comissão de corretagem</u> - recurso provido*". *(Apelação 9122276-02.2008.8.26.0000, Rel. Palma Bisson, 36ª Câmara de Direito privado, d.j. 26.07.2012) (Sublinhou-se).*

"*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 - <u>A falta de inscrição do corretor no CRECI não obsta, por si, o direito de remuneração, conforme entendimento consolidado nas cortes superiores</u> - Remuneração devida, a termo do disposto no artigo 725, do Código Civil - Embargos improcedentes - Cerceamento de defesa não*

reconhecido - Recurso provido". *(Apelação 0000574-06.2011.8.26.0562, Rel. Sá Duarte, 33ª Câmara de Direito Privado, d.j. 15.07.2013) (Sublinhou-se)*.

"*EMBARGOS À EXECUÇÃO. Cheque. Título que constitui prova suficiente do direito subjetivo do apelado. Princípios literalidade, autonomia, independência e abstração (Artigos 13 e 25 da Lei nº 7357/85). Serviços de corretagem. Negócio consumado. Tese de não entrega de certidões e outros documentos. Obrigação de fazer não convencionada e que não desnatura o crédito de comissão. Inexistência de inscrição junto ao CRECI que não descaracteriza o dever de pagar. Contravenção penal. Negativa de pagamento que importa em enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). Recurso desprovido.*" *(Apelação 0007655-31.2003.8.26.0224, Rel. Rômulo Russo, 11ª Câmara de Direito Privado, d.j. 04.04.2013) (Sublinhou-se)*.

Reconhecida a existência de contrato de mediação entre as partes, passa-se à análise da obrigação do pagamento de comissão à apelada.

Tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência tendência em admitir que seja de resultado a obrigação contraída na corretagem, de modo que a percepção da remuneração pelo corretor está subordinada ao que se convencionou chamar de aproximação útil entre as partes do negócio principal.

Nesse sentido, preleciona Maria Helena Diniz:

"*O objeto do contrato de corretagem ou de mediação não é propriamente o serviço prestado pelo corretor, mas o resultado desse serviço. Daí ser uma obrigação de resultado e não de meio. A obrigação do corretor, sendo de resultado, somente produzirá efeitos em relação ao comitente (proprietário do bem ou cliente), no instante em que o acordo para o negócio se efetivar, em razão da mediação realizada. Logo, infere-se daí que pouco importará a dedicação e o trabalho do corretor.*

O corretor vende o resultado útil de seu trabalho, de modo que se seu labor tornar-se inútil não haverá que se falar em qualquer remuneração, pois receberá a comissão não em virtude do serviço prestado, mas em razão do resultado obtido. Daí as certeiras palavras de Bolaffio: 'o mediador é um locador de trabalho, que vende o efeito útil de seu serviço'; e de Franchi: 'o mediador loca a quem se vale dos seus serviços não o trabalho, mas o seu produto útil'." (*in* "Curso de Direito Civil Brasileiro", v. 3º, Saraiva, 20ª ed., p. 420).

Assim, para que a remuneração seja devida, não basta a aproximação das partes pelo corretor, nem mesmo a intermediação da negociação entre elas. É necessário o efetivo fechamento do negócio. No caso dos autos, o efetivo fechamento se daria com a assinatura do contrato de locação.

Acesso ao Sumário

Restou incontroverso que a aproximação dos apelantes com a empresa Blowair Equipamentos Industriais Ltda. foi realizada pela apelada. Restou, também, incontroverso que a concretização do negócio com a efetiva celebração do contrato de locação foi executada por imobiliária diversa da autora.

Não tendo sido ajustada a corretagem com exclusividade, conforme demonstrou a prova testemunhal, a celebração do contrato por outra imobiliária, ainda que as partes tenham sido aproximadas por uma primeira, não constitui ato ilícito, não fazendo esta jus à remuneração de que trata o artigo 726 do Código Civil.

In casu, todavia, não lograram êxito os apelantes em demonstrar que o contrato intermediado pela imobiliária Ato teria termos diversos do instrumento redigido pela apelada.

Desse modo, entendo que incide, na hipótese, o artigo 728 do Código Civil, o qual dispõe que "*se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário*".

Em comentários ao supracitado artigo, explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> "*Se o negócio principal se consuma como fruto do trabalho concorrente de mais de um corretor, então por consequência a ambos se a contrapartida pela aproximação útil a que procederam, pouco importando se o proveito da atividade de corretagem se deu como resultado de um trabalho simultâneo ou sucessivo. Tem-se verdadeira concausa da produção de resultado útil, que faz devida a comissão a mais de um corretor e, como diz a lei, mediante sua divisão em partes iguais, salvo se solução diversa tiver sido ajustada*". (*in* "Código Civil Comentado", Editora Manole, 6ª Edição, p. 743).

Logo, tendo em vista que a autora contribuiu, de alguma forma, para que o negócio se realizasse, já que houve êxito após a aproximação das partes pela apelada, esta tem direito à percepção de parte da comissão de corretagem, apesar da inexistência de contrato de exclusividade e da obtenção do resultado final através de outra imobiliária.

Sobre o tema, cita-se decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. INTERMEDIAÇÃO DA IMOBILIÁRIA. VENDA REALIZADA POSTERIORMENTE POR OUTRA CORRETORA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. RESULTADO ÚTIL COMPROVADO. HONORÁRIOS DEVIDOS. AÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA. DESCABIMENTO. INTELECÇÃO DO ART. 728 DO CÓDIGO CIVIL.*

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Mais do que a mera

aproximação, as provas produzidas nos autos comprovaram a atuação da preposta da autora como intermediadora na venda e compra do imóvel. Demais disso, resultou incontroverso o fato de que a autora nada recebeu a título de remuneração de seu trabalho de aproximação útil das partes. A inexistência de contrato de exclusividade e a concretização da venda por outra imobiliária não afastam seu direito aos honorários de corretagem que, porém, devem atender a lógica do razoável". (Apelação 0000296-42.2009.8.26.0152, Rel. Adilson de Araújo, 31 ª Câmara de Direito Privado, d.j. 08.11.2011).

Por fim, improcede o pleito da autora com relação ao recebimento dos R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) correspondentes a 6% sobre o valor mensal de cada aluguel, durante o prazo de sessenta meses, a título de administração da locação, conforme pacto locatício. Isso porque referido contrato não chegou a ser firmado por uma das partes e a locação do imóvel não foi administrada pela apelada no citado período.

Não tendo havido a prestação do serviço, o recebimento da remuneração constituiria enriquecimento sem causa da requerente, o que não se pode admitir.

Em virtude da parcial reforma do julgado, procedo à redistribuição das verbas de sucumbência da seguinte maneira: em razão de ambas as partes terem decaído de parcela do pedido, mas em maior parte ter decaído a autora, estabelece-se a sucumbência recíproca, na proporção de 80% devidos pela requerente e 20% pelo réu, devendo a autora arcar com 80% dos honorários do patrono do requerido, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, nego provimento aos agravos retidos e dou parcial provimento ao recurso de apelação, para julgar parcialmente procedente a ação, condenando os réus, tão somente, ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) aos autores, correspondentes a 50% do valor inicialmente estipulado a título de comissão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0034233-17.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes DANIEL TEIXEIRA DE ALMEIDA, JOÃO MARIA DE AZEVEDO e ROLOFORTE - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., são apelados EDNALDO FERREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA APARECIDA PEREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), CELESTINO ALVES DE QUEIROZ (JUSTIÇA GRATUITA), VALDECI HENRIQUE DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), OTACILIO OSBEL PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e OLERINA LIMEIRA

DA SILVA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 21ª 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 25726)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente) e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Possessória. Reintegração. Arrematação judicial. Posse anterior. Intervenção. Assistência simples. Procedência. Apelo dos réus e da assistente. Preliminar. Pedido contraposto. O simples acolhimento do pedido dos autores gera a rejeição do pedido contraposto, baseado nos mesmos fatos. Necessidade de intimação do assistente simples. Inteligência do art. 46 c.c. art. 49, CPC. Não se faz mister a intimação do assistente simples, que não é parte, para os atos do processo. Precedente do STJ. Mérito. Documentos carreados aos autos e depoimentos colhidos que são aptos a produzir robusto contexto fático probatório a comprovar a posse dos autores. Clandestinidade da posse dos réus que não merece amparo jurídico, caracterizando esbulho. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

VOTO

Os autores ajuizaram ação contra Daniel Teixeira de Almeida e José Maria de Azevedo pleiteando a reintegração na posse do imóvel. Admitiu-se a assistência de Roloforte - Indústria e Comércio Ltda. Saneado e instruído o pleito, a r. sentença julgou-o procedente. Inconformados, apelaram os demandados e a assistente simples. Os primeiros aduzem, preliminarmente, a nulidade da sentença, que não apreciou o pedido contraposto, e, no mérito, que não há posse anterior dos autores demonstrada. A assistente, por sua vez, alega o cerceamento do seu direito de defesa e a ausência de posse anterior dos demandantes. Processados os recursos, em seguida.

É o relatório.

Cuidam os autos de ação possessória, em que buscam os demandantes

Acesso ao Sumário

reaver imóvel sobre o qual afirmam que exerciam posse, e do qual foram esbulhados pelos réus, que passaram a nele exercer atividades não autorizadas.

Narram na vestibular que adquiriram o imóvel por meio de arrematação judicial em 29.04.10, e, posteriormente, contrataram diversas limpezas do terreno, agrimensura e seu respectivo registro. Em seguida, constataram que o imóvel estava sendo utilizado por terceiros.

Realizada a audiência de justificação, e presentes os requisitos legais, o d. Juiz de Primeiro grau concedeu a liminar possessória [cf. art. 928, CPC]. A decisão foi posteriormente confirmada por esta c. 21ª Câmara de Direito Privado [fls. 81 e 215/218].

Verificada a complexidade da discussão, o d. magistrado 'a quo' houve por bem admitir a intervenção da antiga proprietária do imóvel objeto de arrematação judicial, Roloforte - Indústria e Comércio Ltda. como assistente simples [fls. 223].

Saneado o processo, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, com a audiência de testemunhas arroladas por ambas as partes [fls. 247 e 275/285].

Analisando a controvérsia contida nos autos, o d. Juiz de Primeiro grau julgou procedente o pleito, determinando a reintegração dos demandantes na posse do imóvel.

Insatisfeitos, os réus e a assistente apelaram.

Os primeiros aduzem, preliminarmente, a nulidade do r. 'decisum' por não haver análise do pedido contraposto. No mérito, sustentam que, embora comprovada a propriedade, não há nos autos nada que demonstre a posse anterior.

A assistente, por sua vez, sustenta o cerceamento do seu direito de defesa, por não ser intimada da audiência de instrução e julgamento. No mérito, corrobora os argumentos dos demandados.

No entanto, razão não há para se modificar aquilo que se encontra bem sentenciado. Explica-se.

De início, não se sustenta a alegação do réu de que o r. 'decisum' seria nulo por ausência de exame do pedido contraposto. Tal argumento é, em si, contraditório, pois se contraposto é o pedido, o mero acolhimento do pleito gera a sua recusa, pelos mesmos fundamentos, já que não poderiam, ambos, subsistir.

Não é outra a solução da questão preliminar da empresa Roloforte, que alega cerceamento do seu direito de defesa por não ter sido intimada dos atos processuais.

É que os autos não cuidam de litisconsórcio, mas de assistência simples. Diante deste instituto, não há direito de intimação, pois o simples assistente,

Acesso ao Sumário

diferente do litisconsorte, não é considerado parte no processo [cf. art. 46 c.c. art. 49, CPC].

Neste sentido, já decidiu o STJ que "*O art. 49 do CPC faz menção à necessidade de intimação dos litisconsortes. Assistente simples não é parte no processo. Súmula 284/STF. Mesmo que superado o óbice, não houve prejuízo, e este não foi apontado pelo assistente, interessado na alegação*. '*Pas de nullité sans grief*'" [REsp 1.322.852/BA, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07.03.13].

Superadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito dos recursos, em que as apelantes não encontram melhor sorte.

O exercício da posse pelos autores encontra-se comprovado pelos documentos acarreados à vestibular, bem como pelas provas testemunhais produzidas na audiência de justificação e de instrução e julgamento [fls. 63/68, 87/89 e 275/285].

Como bem observou o d. Juiz de Primeiro grau, "*a prova testemunhal produzida sobre o crivo do contraditório, com nada menos do que cinco testemunhas dos autores garantindo que o imóvel estava abandonado, ao tempo em que arrematado pelos autores*" [fls. 481].

A instrução probatória foi apta, portanto, a produzir um contexto fático probatório robusto o bastante para consolidar a convicção que se formou durante o julgamento do agravo de instrumento interposto contra a liminar possessória [fls. 215/218].

Não se olvida que a posse tenha sido exercida, também, pelos demandados. No entanto, trata-se de posse clandestina, não guarida pelo direito e que, por isso mesmo, constitui esbulho, combatido por ação de reintegração de posse.

Assim, ausentes os elementos que poderiam ensejar a reversão do r. "decisum", a rejeição dos recursos é medida que se mostra de rigor.

Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0003153-31.2005.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante JOSÉ CARLOS PIOLI, são apelados BANCO BRADESCO S/A, NARPISOS COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., BENEDITO NARCISO e ISABEL APARECIDA GUERRA NARCISO.

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 32816)**

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

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Apelação - Substituição processual - Execução - Cessão de crédito do valor perseguido na execução - Situação demonstrada nos autos - Possibilidade de ingresso do cessionário nos autos para ocupar o polo ativo da demanda, em substituição ao cedente, exequente original - CPC, art. 567, inciso II - Extinção afastada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de execução de título extrajudicial, fundada em contrato bancário de financiamento - capital de giro, proposta por *Banco Bradesco S/A.* em face de *Narpisos Comércio de Materiais para Construção Ltda.*, *Benedito Narciso* e *Isabel Aparecida Guerra Narciso*.

Pela r. sentença de fls. 154, o magistrado homologara o acordo formulado a fls. 121/124 e, em consequência, julgara extinta a execução.

Os embargos declaratórios opostos a fls. 156/158 foram rejeitados (fls. 160).

Apela José Carlos Pioli (fls. 168/177). Diz que a extinção do feito se dera de forma equivocada, pois com o acordo efetuado com o credor originário se sub-rogara nos direitos deste, podendo exigir o reembolso nos próprios autos da execução. Cita legislação e jurisprudência que entende aplicáveis à hipótese. Pede provimento ao recurso, para o regular prosseguimento do feito.

Apelo tempestivo, preparado, sem contrarrazões (fls. 189vº).

É o relatório.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pelo nobre magistrado, o inconformismo comporta acolhida.

Cuidam os autos de execução de contrato bancário de financiamento inadimplido, proposta por *Banco Bradesco S/A*. em face de *Narpisos Comércio de Materiais para Construção Ltda*., *Benedito Narciso* e *Isabel Aparecida Guerra Narciso*, pelo valor de R$ 38.410,32, para junho de 2005 (fls. 16).

Acesso ao Sumário

José Carlos Pioli, adquirente do bem penhorado nos presentes autos, houve por bem firmar acordo com o banco exequente, conforme se vê a fls. 121/124, por meio do qual quitou a dívida dos executados, e, consequentemente, se sub-rogou nos direitos do credor originário.

Ora, restou devidamente demonstrado no processo a cessão do crédito exequendo, de Banco Bradesco S/A. para José Carlos Pioli, terceiro juridicamente interessado, circunstância que dá a esse último legitimidade para substituir o primeiro, exequente original, passando a integrar a execução.

O artigo 567 do Código de Processo Civil diz que podem promover a execução ou nela prosseguir, entre outros, **"o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos"**. Estando essa norma prevista no Livro II, intitulado "Do Processo de Execução", é ela que tem aplicação na hipótese em análise, por se tratar de norma especial quando confrontada com aquela trazida pelo artigo 42 do mesmo diploma legal, de ordem genérica e aplicável ao processo de conhecimento.

Confira-se, nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. ART. 567, II, DO CPC. INTERPRETAÇÃO.

1. O art. 567, II, do CPC, merece ser aplicado sem seguimento da regra posta no art. 42, § 1º, do CPC.

2. A aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento ao processo de execução só ocorre quando não há norma específica regulando o assunto.

3. O art. 598, do CPC exige que as regras do processo de conhecimento só sejam aplicadas quando não existir incompatibilidade com o rito do processo de execução.

4. Recurso provido" (STJ, REsp nº 284.190/SP, Rel. Min. José Augusto Delgado, 1ª Turma, j. 24.04.2001, DJU 20.08.2001, p. 354)

E o referido artigo 567, inciso II, da Lei Processual Civil, ademais, não exige a concordância dos devedores, réus na execução, mas apenas a sua ciência de que se operou a cessão do direito creditório a que eles se obrigaram.

A propósito:

"Direito processual civil. Recurso especial. Ação de execução. Cessão de crédito. Substituição de partes. Ausência de notificação. Conhecimento pelo devedor. Anuência desnecessária.

- A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma.

Acesso ao Sumário

- Em consonância com o disposto no art. 567, II, do CPC, pode ser dispensada a anuência do devedor quando formulado pedido de substituição do pólo ativo do processo de execução, pois este ato processual não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação.

Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp nº 588.321/MS, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.08.2005, DJ 05.09.2005, p. 399).

"O prosseguimento da execução pelo cessionário, mesmo que tenha havido citação anterior, é perfeitamente cabível, bastando que o devedor tome conhecimento da cessão, que se opera independentemente de seu consentimento, antes do pagamento do débito" (TAMG, Apelação nº 31.054, Rel. Juiz Hugo Bengtsson, 3ª Câmara, Ac. Unân., j. 05.08.86, *RJTAMG* 28/139).

Entende-se, outrossim, que a cessão restou satisfatoriamente demonstrada, permitindo o ingresso nos autos do apelante José Carlos Pioli em substituição ao exequente original, Banco Bradesco S/A, o que torna aquele parte legítima para os termos da presente execução.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para se reconhecer e homologar a substituição processual e determinar-se o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033486-30.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTIANE APARECIDA ALVES DA COSTA MIRANDA, é apelado UNIVERSO ONLINE 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15743)**

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

São Paulo, 1 de outubro de 2013.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Indenização - Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, rejeitando o pedido de condenação da empresa apelada ao pagamento de indenização por danos morais à apelante - Alegação da apelante de que teve sua honra maculada pela divulgação não autorizada de informações pessoais de contato dela por terceiro que se passava por mulher casada em busca de aventuras sexuais através de sala de bate-papo hospedada no site da apelada - Dano moral que, conquanto bem delineado, não pode ser atribuído à conduta da apelada - Nexo causal não configurado - Responsabilidade por atos exclusivos de terceiros não pode ser atribuída à apelada, cuja atividade comercial se limita ao oferecimento de acesso a internet e conteúdo a seus assinantes - Impossibilidade de obrigação à apelada para que monitore e fiscalize previamente o conteúdo que venha a ser criado por seus usuários para evitar que sejam praticados atos desabonadores em face de terceiros, porquanto seu cumprimento se apresenta impossível - Inviabilidade da aplicação da teoria do risco - Atividade que consiste propiciar meios para a criação de sala de bate-papo a seus usuários, não se revestindo de qualquer ilicitude, enquanto que a efetiva prática delituosa somente pode ser imputada a terceiro - Inexistência de risco criado pela própria prestadora do serviço - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória com pedido de indenização movida por Cristiane Aparecida Alves da Costa Miranda em face de Universo Online S/A julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 249/251, cujo relatório se adota.

Inconformada, apela a autora, a fls. 262/276, buscando a reforma do julgado. Inicialmente, sustenta que se aplicam à autora as regras protetivas do direito do consumidor, ainda que não se apresente como consumidora direta dos serviços oferecidos pela ré. Afirma que, tendo sofrido impacto de ordem moral causado por usuário que utilizou indevidamente os serviços da ré, aplicável o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo-se a autora como "consumidora por equiparação" ("bystander"). Alega que a ré é responsável

Acesso ao Sumário

pelos danos causados à sua honra, na medida em que não conseguiu detectar e suprimir o uso de sua estrutura por terceiro e evitar que a autora tivesse seu nome, telefones e endereços eletrônicos divulgados sem sua autorização por pessoa que se passou por mulher casada em busca de aventuras sexuais, para tanto, buscando parceiros na internet. Entende que a responsabilidade da ré é objetiva em razão da natureza do serviço por ela fornecido, na medida em que assume o risco potencial de causar dano a terceiro. Alega que a causa da ofensa à dignidade da autora é a falta de cuidado adequado por parte da ré e que evidente o nexo causal entre a conduta omissiva desta e os danos morais causado àquela. Afirma que somente exigível a conduta voluntária para a configuração da culpa da ré se a discussão tratasse de responsabilidade civil subjetiva, o que não é o caso dos autos. Aduz que, seja sob a óptica da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, ou sob o enfoque da legislação consumerista, deve a ré responder pelos prejuízos sofrido pela autora, que possuem natureza de dano moral "in re ipsa".

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 284/300).

É o relatório.

Dirige-se o reclamo da apelante contra a parte da r sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que teve sua honra maculada pela divulgação não autorizada de informações pessoais de contato da apelante por terceiro que se passava por mulher casada em busca de aventuras sexuais através de sala de bate-papo hospedada no site da apelada.

Todavia, em que pese a irresignação da apelante, o recurso não está em vias de ser provido.

De fato, conquanto tenha restado bem delineado o dano moral sofrido pela apelante, resultante da veiculação de seus telefones e endereços de e-mail em sala de bate-papo de acesso público mantido pela apelada, não se verifica o nexo causal entre a conduta desta e o dano sofrido por aquela.

De fato, restou incontroverso que a aludida sala de bate-papo em site mantido pela apelada foi criada por terceiro estranho à lide, no caso, usuário identificado somente pelo endereço de e-mail fernando-oliveira1963@uol.com.br.

Nesses termos, não pode ser atribuída a responsabilidade de atos exclusivos de terceiros à apelada, cuja atividade comercial se limita ao oferecimento de acesso a internet e conteúdo a seus assinantes. Descabida, por tal motivo, a imposição de obrigação à apelada para que monitore e fiscalize previamente o conteúdo que venha a ser criado por seus usuários para evitar que sejam praticados atos desabonadores em face de terceiros, porquanto seu cumprimento se apresenta impossível.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, aliás, o entendimento desta egrégia Corte:

"Não bastasse, ao contrário do que sustentou o juízo, doutrina e jurisprudência vêm, com acerto, entendendo pela inexistência de qualquer dever de fiscalização ou controle por parte dos provedores de serviços de Internet, sobre o conteúdo veiculado por usuários de seus sistemas, máxime quando o prestador de serviços se limita, como na hipótese, a franquear aos usuários, livre e gratuitamente, a criação de perfis eletrônicos em comunidade virtual. Admitir-se que o provedor tenha um poder-dever de supervisão sobre o conteúdo das páginas pessoais do sítio eletrônico de relacionamento, implica, a contrário senso, na atribuição de uma função censora ao provedor de acesso, de todo incompatível com a natureza dos serviços prestados. A responsabilização, ainda que por omissão, do provedor dos meios para a criação de uma página pelo conteúdo nela inserido por ato ilícito de terceiro, só seria possível caso existente o aludido dever legal ou contratual de monitoramento" (Apelação Cível nº. 629.576-4/9-00, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 02.04.2009).

Também por este motivo, inviável a aplicação da teoria do risco prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, tendo em vista que não se trata de caso especificado em lei e nem de atividade que implique risco para direitos de outrem.

Com efeito, descabida a aplicação da pretendida responsabilização objetiva derivada da teoria do risco na hipótese dos autos, cumprindo destacar que a conduta da requerida, consistente em propiciar meios para a criação de sala de bate-papo a seus usuários, não se reveste de qualquer ilicitude, enquanto que a efetiva prática delituosa somente pode ser imputada a terceiro. Anote-se que, no caso em tela, não se vislumbra a ocorrência de risco criado pela própria prestadora do serviço, quando a responsabilização objetiva, portanto, seria de rigor.

Sobre o tema, leciona Rui Stocco:

"O provedor da Internet, agindo como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens produzidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros" (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Ed , São Paulo, 2004, p. 901).

Ressalte-se que a improcedência do pedido condenatório em face da apelada não impede o ajuizamento de ação pela apelante perante o verdadeiro responsável pela veiculação de seus dados pessoais, cuja identidade poderia, em teoria, ser revelada a partir de levantamento sobre o número de IP ("Internet Protocol") e horário de acesso, ambos fornecidos pela apelada a fl. 90 dos autos.

Acesso ao Sumário

Irretocável, pois a r. sentença da lavra do digno juiz José Aparecido Rabelo, ao consignar que *"(...) os serviços são lícitos e a responsabilidade pelo uso adequado é de cada usuário e, no caso vertente, mercê das providências reclamadas pela Autora e, a princípio, resistidas pela Ré, houve possibilidade de identificação do usuário irresponsável, de forma a possibilitar a autora o endereçamento de pretensão tendente à reparação da lesão jurídica que entende ter sofrido"* (fls. 249/251).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9177395-11.2009.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é apelante LAVIZOO LABORATORIOS VITAMINICOS E ZOOTECNICOS LTDA, são apelados BAYER S A e BAYER HEALTHCARE A G.

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 12447)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 1 de outubro de 2013.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: "APELAÇÃO - PATENTE DE INVENÇÃO – INSETICIDA - Ação ordinária com preceito cominatório - Alegação de infração à patente de invenção de titularidade das autoras - Composto IMIDACLOPRID - Alegação de que o produto HECTOPAR SPOT, comercializado pela ré, infringe a patente das autoras - Procedência, carreando à demandada os ônus da sucumbência - Apelo da ré - Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa - Acolhimento - Julgamento antecipado com lastro em reconhecimento extrajudicial, por parte da ré, dos ilícitos relatados na inicial, bem como em prova técnica elaborada por solicitação das autoras - Reconhecimento extrajudicial que, a despeito de

Acesso ao Sumário

significativo, não equivale à confissão, no âmbito judicial - Parecer técnico realizado por solicitação das autoras insuficiente para embasar o decreto de procedência, posto que realizado unilateralmente, sem observância do contraditório - Prova pericial cuja realização, outrossim, foi requerida por ambas as partes - Preliminar acolhida para anular a sentença com vistas à realização de perícia, prejudicada a análise do mérito recursal - Manutenção dos efeitos da decisão antecipatória de tutela, prolatada em primeira instância - Recurso provido."

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de não fazer c.c pedido de indenização por perdas e danos ajuizada pela **BAYER S/A** e **BAYER HEALTHCARE AG** em face da **LAVIZOO LABORATÓRIOS VITAMÍNICOS E ZOOTÉCNICOS LTDA**, julgada procedente nos termos da r. sentença de fls. 581/587, condenando a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ainda dos honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atribuído à causa (R$ 50.000,00 - fls. 17), monetariamente corrigido desde a data do ajuizamento da ação.

Acolhidos os embargos de declaração que se seguiram (fls. 629/631 e 664)), apelou a ré aduzindo nula a sentença por cerceio de defesa, ante o julgamento antecipado. Defende que o "Imidacloprid", composto que se alegou estar protegido pela patente, já se encontrava em domínio público e que a denominação da patente das autoras é "Composições para o controle dérmico de insetos parasitas em animais" (PI 9509873-9) que faz uso de diversos compostos que levaram a outro objeto, não sendo de fato, patente do "IMIDACLOPRID", o que certamente seria provado em sede de perícia. Assevera, ainda, que o "The Merck Index" traz formulação do composto "Imidacloprid" sem fazer qualquer referência à patente apresentada pelas autoras, garantindo a nítida certeza de que não é a patente PI9509873-9 que surgiu para proteger o composto sub judice. Acrescenta que a patente PI18600428-0, igualmente das autoras e concedida em 27/10/98, também apresenta o 'Imidacloprid' a evidenciar que ele já se encontra em domínio público. No mérito, bate-se pela inversão do julgado enfatizando que a lei confere proteção explícita para a 'composição criada', o que importa reconhecer que a patente PI 9509873-9 não foi desenvolvida para proteger o 'Imidacloprid', que já havia sido desenvolvido anteriormente em outra patente estrangeira. Em síntese, alega que as autoras afirmam a existência de uma proteção além daquilo que foi protegido e concedido pelo INPI em 2001 e que, nessa medida, descabe falar em contrafação de patente alheia (fls. 633/644).

Acesso ao Sumário

Tempestivo e preparado (fls. 645/647), o recurso foi recebido (fls. 664) e respondido (fls. 668/682).

É O RELATÓRIO.

BAYER S/A e **BAYER HEALTHCARE AG** ajuizaram a presente ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por perdas e danos em face da **LAVIZOO LABORATÓRIOS VITAMÍNICOS E ZOOTÉCNICOS LTDA** alegando, a teor da sentença, que: *"... a primeira autora é uma empresa pertencente ao mesmo grupo empresarial da segunda co-requerente, que, por sua vez, é detentora da patente de invenção PI 9509873-9, relativa a 'composições para o controle dérmico de insetos parasitas em animais', com validade até 27 de novembro de 2.015"*; que *"... referida patente protege um composto químico de nome 'Imidacloprid' que apresenta efeitos inseticidas poderosos e pode ser utilizado no controle e erradicação de uma ampla faixa de pestes, dente as quais as pulgas em cães. Ocorre que, em meados do ano de 2.006, as autoras lograram descobrir que a ré estava importando e comercializando o produto denominado 'Hectopar Spot', cuja fórmula contém o mencionado composto 'Imidacloprid', sem que para tanto lhe tivesse sido concedida qualquer autorização. As autoras notificaram a ré por diversas vezes, cientificando-a da irregularidade praticada, sendo que esta acabou por reconhecer expressamente que sua conduta era ilegal, pois, além da contrafação de marca, incidia ela ainda na prática de violação de patente, concorrência desleal e desvio de clientela. Não obstante essa autêntica 'mea culpa', a ré persistiu em suas ilicitudes, razão pela qual as autoras se viram na contingência de vir bater às portas do Poder Judiciário com o intuito de salvaguardar os seus interesses."* (fls. 581).

Dando ensejo ao presente recurso, sobreveio o decreto de procedência para compelir a ré: **a)** - a cessar imediatamente a violação aos direitos das autoras, relativos à patente 'PI 9509873-9', abstendo-se, por conseguinte, de fabricar, importar, usar, exibir, vender e ou colocar à venda o produto 'Hectoparr Spot', ou ainda qualquer outro que contenha em sua fórmula o composto 'Imidacloprid', sob pena do pagamento de uma multa diária no valor de R$ 50.000,00, imponível no caso de descumprimento do preceito; **b)** - promover a busca e apreensão do referido produto tanto na sede da ré quanto em qualquer outro lugar onde ele possa ou venha a ser encontrado, ficando a requerida desde logo nomeada sua fiel depositária; **c)** - condenar a ré no pagamento de uma indenização pelas perdas e danos que causou às autoras, conforme valor que vier a ser apurado em liquidação de sentença, com os devidos acréscimos legais; **d)** - condenar a ré, a título de sucumbência, no pagamento das custas e despesas processuais, com acréscimo da correção monetária computada desde a data do efetivo desembolso pelas autoras, bem como ainda em honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atribuído à causa, monetariamente corrigido desde

Acesso ao Sumário

a data do ajuizamento da ação.

Com o devido respeito, prematuro se afigurou o decreto de procedência, que não pode prevalecer, pena de cerceamento de defesa para a apelante.

As apeladas, em suas contrarrazões, argumentam que: *"39. Mais uma vez, tentando desvirtuar o cerne da presente demanda, a apelante alega que o ponto central da ação seria a violação da patente da SUBSTÂNCIA IMIDACLOPRID, que, na verdade, estaria protegida por outras patentes, que não seriam de titularidade das apeladas. 40. Não, Exa., não é esse o objeto da ação! 41. Conforme exaustivamente narrado, a celeuma da presente demanda está calcada na infração à patente de invenção PI 9509873-9, de titularidade das apeladas, denominada "COMPOSIÇÃO PARA O CONTROLE DÉRMICO DE INSETOS E PARASITAS ANIMAIS", válida até 27/11/2015, que protege o COMPOSTO QUÍMICO A BASE DO PRINCÍPIO ATIVO IMIDACLOPRID (COMPOSTO IMIDACLOPRID). 42. Importante salientar que, em momento algum, as apeladas trouxeram à discussão a violação da patente da SUBSTÂNCIA IMIDACLOPRID, como quer fazer crer a apelante. 43. A confusão perpetrada pela apelante é evidente, já que, na realidade, a presente demanda visa compeli-la a deixar de importar e comercializar o produto cuja composição reproduz o COMPOSTO À BASE DE SUBSTÂNCIA IMIDACLOPRID, objeto da patente de invenção PI 9509873-9, desenvolvida e patenteada pelas apeladas. 44. Como dito, o COMPOSTO IMIDACLOPRID é um aperfeiçoamento tecnológico da substância química "IMIDACLOPRID" que, repita-se, não faz parte da presente demanda. O que ora se discute é a violação ao COMPOSTO À BASE DE IMIDACLOPRID, das apeladas. 45. Ressalte-se que o produto "HECTOPAR SPOT" comercializado pela apelante, infringe a patente das apeladas, uma vez que utiliza indevidamente a COMPOSIÇÃO QUÍMICA, o COMPOSTO IMIDACLOPRID, patenteado pelas apeladas."*(fls. 676/677).

Essa exposição da controvérsia mostra que a questão não é apenas de direito.

O Juiz principiou o julgamento fazendo consignar que: "*A lide comporta julgamento antecipado, uma vez que a questão de mérito posta nos autos se revela unicamente de direito, prescindindo de produção de prova oral em audiência, razão pela qual conheço diretamente do pedido, sentenciando desde logo, com fulcro no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil." (fls. 585, 1º §)*.

Assim procedeu enfatizando que *"... a ré, ao contra-notificar as autoras (fls. 57/59), foi a primeira a reconhecer a ilicitude de sua conduta, pois, patente a contrafação de marca em que incorreu, acompanhada da prática de violação de patente, concorrência desleal e desvio de clientela" (fls. 585, último parágrafo)*.

Acesso ao Sumário

E destacou ainda que *"... o parecer técnico elaborado pela Universidade de Campinas - UNICAMP foi taxativo ao dispor que o produto 'HectorSpot', produzido e comercializado pela ré, tem em sua composição química o mesmíssimo 'Imidacloprid' protegido pela patente de que as autoras são titulares, evidenciando-se, por conseguinte, a conduta até mesmo delituosa por ela adotada (fls. 92/152)"*.

A questão posta em julgamento, data vênia do entendimento de origem, não é apenas de direito e a realização de prova pericial é medida que se impõe, até porque requerida justificadamente e em tempo hábil por ambas as partes, quando instadas a especificar provas (fls. 569, 571/572, item "4" e 577/579, item "8").

Embora a sentença tenha invocado o reconhecimento extrajudicial, por parte da ré, das práticas ilícitas referidas pelas autoras (fls. 57/58), tal fato, não obstante significativo, não equivale à confissão, no âmbito judicial.

De fato, em sua resposta a uma notificação extrajudicial, a ora apelante afirmou que: *"5 - Inegável que para a mesma, a NOTIFICAÇÃO recebida, causou um grande mal estar, além da surpresa, pois como dito acima, a Notificada não tem intenção de prejudicar ninguém e por ter sido provado que o composto químico pertence a "BAYER", não nos resta outra alternativa a não ser, acatar com vosso pedido, evitando assim maiores desgastes futuramente. 6. Em respeito ao que rezam os artigos 42 e 43 da lei de propriedade industrial, nº 9.279 de 14.05.1996, sabemos que depende de autorização a continuidade da venda dos produtos que contenham a patente protegida, e não apenas a compra pelos tramites normais e de boa-fé com Notas Fiscais como esta Notificada fez."*(FLS. 57/59).

Posteriormente, em Juízo, a ré alegou que após responder àquela notificação extrajudicial buscou maiores esclarecimentos, concluindo que as autoras não tinham razão em sua pretensão (fls. 480/481).

Ressalta-se, outrossim, que nem mesmo o parecer técnico da UNICAMP dispensava a realização de prova pericial, posto se tratar de trabalho realizado por solicitação das próprias autoras, sem assegurar à demandada a observância do princípio do contraditório.

Do exame dos elementos de convicção presentes nos autos constata-se, portanto, que as provas documentais juntadas pelas partes não se mostravam suficientes para embasar o julgamento da lide com a necessária segurança, afigurando-se imprescindível a realização da prova pericial, notadamente diante do requerimento expresso de ambas as partes, como já enfatizado.

Concluindo, imperioso acolher a preliminar aventada pela ré para o fim de anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância com vistas ao regular prosseguimento do feito, com a produção da prova pericial

Acesso ao Sumário

requerida pelas partes, prejudicada a análise do mérito recursal.

Consigne-se, no mais, que prevalece a decisão interlocutória que, *initio litis*, concedeu a antecipação de tutela (fls. 153/154). Pese aludida decisão tenha sido objeto de agravo de Instrumento interposto pela ré (fls. 612), esta Câmara, por decisão monocrática prolatada pelo Ilustre Desembargador ADILSON DE ANDRADE, converteu o agravo de instrumento em agravo retido (fls. 614/615). Inconformada com a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, a demandada interpôs o Agravo regimental 574.654-4/2-01 que não foi conhecido (fls. 616/621 e 623/625). A apelante não reiterou, em preliminar de seu apelo, as razões do agravo retido.

Concluindo, a r. sentença é anulada a fim de que seja produzida a prova pericial requerida pelas partes. São mantidos os efeitos da decisão antecipatória de tutela (fls. 153/154).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0600150-27.2008.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são ao mesmo tempo apelantes e apelados AFLJ e EAPFL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu e deram provimento em parte ao recurso adesivo da autora, convertida a separação em divórcio. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17915)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 9 de outubro de 2013.

GRAVA BRAZIL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de separação - Partilha de bens - Inconformismo de ambas as partes - Desacolhimento - Provas de aquisição de imóvel pelo casal e não pelos pais do réu - Inviável a partilha de veículos cujo registro em nome das partes não se comprovou - Possível a partilha de móveis que guarnecem a residência do casal em fase de liquidação - Ausência de provas de que a barraca de feira onde o réu trabalha é um ponto

comercial de sua propriedade, passível de partilha - Alimentos pedidos pela virago - Sentença que não os concede - Inconformismo - Acolhimento - Casamento que durou mais de 20 anos - Autora que atualmente sofre de doença mental e responde processo de interdição, com laudo concluindo pela incapacidade total - Dever de mútua assistência - Fixação de pensão mensal no valor de um salário mínimo - Sentença reformada apenas nessa parte - Recurso do réu desprovido e provido em parte o adesivo da autora - Convertida a separação em divórcio em razão da edição da EC 66/2010.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de separação, homologou acordo parcial, decretando a separação judicial do casal, partilhou bens, confirmou liminar concedida em separação de corpos e revogou parcialmente liminar deferida em cautelar inominada.

Inconformadas, apelam as partes.

O réu (fls. 221/234) aduzindo, em resumo, que o imóvel partilhado pertence aos seus pais, sendo a prova oral insuficiente a demonstrar que foi o casal quem o adquiriu. Diz que o caminhão de placas (...) não existe, até porque, pela atual regulamentação de trânsito, as placas dos veículos possuem 3 letras. Insurge-se contra a partilha dos bens móveis que guarnecem a residência, dizendo que a ex-mulher levou seus pertences ao deixar o lar, além de não ter apresentado o rol dos pretendidos bens na inicial, o que impede a partilha, até mesmo pela existência de bens que foram adquiridos posteriormente à separação.

A autora também apela, por meio de recurso adesivo (fls. 224/251), insistindo na partilha de um veículo VW/Fusca e de um Ford Fiesta, bem como de uma barraca de feira que vende bananas, asseverando que a propriedade está demonstrada pela prova testemunhal. Argumenta, ainda, que necessita de pensão alimentícia, ressaltando estar provado nos autos que sofre de doença mental.

Os preparos não foram recolhidos, em razão da concessão da gratuidade a ambas as partes (fls. 63 da ação de separação e 16 da cautelar de separação de corpos), sendo os recursos recebidos (fls. 235 e 252) e contra- arrazoados (fls. 239/242 e 256/266).

Quando os autos já se encontravam neste Tribunal, sobreveio manifestação das partes, em resposta a despacho do DD. Desembargador Caetano Lagrasta que, na ocasião, oficiava como Relator, pedindo a conversão da separação em divórcio, diante do disposto no art. 226, § 6º, da CF (fls. 287 e 289).

Acesso ao Sumário

Foi noticiado, ainda, o ajuizamento de ação de interdição contra a autora, com nomeação de curador provisório (fls. 313/314 e 331), que regularizou a representação processual da interditanda (fls. 334).

O Ministério Público opinou pela conversão da separação em divórcio, bem como pelo provimento parcial do recurso da autora, a fim de se determinar a partilha da barraca de feira, bem como condenar o réu na prestação de pensão alimentícia, no valor mensal de um salário mínimo, ou 20% da renda líquida, na hipótese de trabalho com vínculo empregatício, e ainda, pelo desprovimento do recurso do réu (fls. 334/344). É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - De início, consigne-se que, conforme manifestação favorável das partes, fica a presente separação convertida em divórcio, por conta da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, após a prolação da sentença.

III - Sem razão o inconformismo do réu.

A autora trouxe aos autos proposta de compra do imóvel, cujos direitos foram adquiridos pelo casal durante o casamento (fls. 82).

O depoimento do vendedor do imóvel (fls.186) só veio a corroborar a aquisição pelas partes, mediante a informação de que foi o casal quem negociou a compra, bem como de que foi o réu quem resgatou as notas promissórias referentes às prestações do preço.

O fato de a entrada ter sido paga com cheque do pai do réu em nada altera a partilha, posto que o regime do casamento é o da comunhão universal de bens.

Quanto ao caminhão partilhado na sentença, a afirmação de que o bem não existe, em tese, afasta o interesse recursal manifestado no sentido de excluí-lo da partilha, tanto é que, no desfecho do recurso, o bem não constou do pedido de reforma.

De todo modo, inviável a partilha de veículos que não se encontram registrados em nome das partes, o que vale, também, para os veículos cujo pedido de partilha foi reiterado no recurso da autora, como se verá adiante.

Desnecessária, contudo, a reforma da sentença quanto ao caminhão, posto que a determinação de partilha contou com a ressalva "se existente".

No que tange aos móveis que guarnecem a residência do casal, é certo que seria recomendável sua especificação, para fins de determiná-los por ocasião da partilha.

Contudo, as circunstâncias específicas que envolveram a saída da virago do lar conjugal - surto psicótico, conforme restou incontroverso - permitem a flexibilização, relegando a individuação dos móveis partilháveis à fase de liquidação, como determinado na sentença.

A insistência da autora quanto à partilha de veículos e da barraca que

comercializa bananas também não merece agasalho.

Inviável a partilha de veículos cujo registro em nome das partes - ainda que na constância do casamento - não se comprovou.

Ressalte-se que o veículo Ford Fiesta está em nome da genitora do réu (fls. 114). Quanto ao Fusca, a propriedade poderia ter sido comprovada por meio de ofício ao Detran, que não foi requerido.

Quanto à barraca de bananas, a prova oral informa que o réu trabalha na feira vendendo bananas juntamente com sua mãe, acrescentando que os pais dele sempre foram feirantes.

Os depoimentos, contudo, não são suficientes para se demonstrar a existência de ponto comercial partilhável, assistindo razão à i. prolatora da sentença quando afirma que tal prova era ônus da autora, assinalando que não foi requerida a expedição de ofício à Prefeitura Municipal com vistas a se obter informações a respeito da licença, não tendo sido, também, fornecido, sequer o próprio endereço onde a feira se estabelece.

Já no que toca aos alimentos pleiteados pela autora, a sentença deve ser reformada.

Há prova suficiente nos autos acerca da enfermidade mental que acometeu a divorcianda, que remonta ao tempo em que as partes estavam casadas (fls. 42/59).

O fato impede que a autora trabalhe, tendo sido, inclusive, providenciada, por sua família, a propositura da ação de interdição, com nomeação de curador provisório (fls. 313/314 e 331).

O documento mais recente juntado aos autos, perícia judicial realizada naqueles autos em 26/10/2012, conclui que ela é portadora de transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco com sintomas psicóticos (F 31.2 - CID 10), doença que a impede de maneira total e irreversível de exercer os atos da vida civil (fls. 428/430).

Patente a necessidade, bem como o dever de mútua assistência, decorrente do casamento que durou mais de 20 anos, contando com a criação de 2 filhos, ainda que durante tal período a divorcianda tenha trabalhado.

A possibilidade do réu também restou configurada, tendo restado incontroverso, além de demonstrado, que ele trabalha como feirante.

Possível, dessa forma, a pretendida fixação, devendo a sentença, nessa parte, ser reformada, a fim de se condenar o réu no pagamento de pensão mensal à ex-esposa, no valor de um salário mínimo, que passará a vigorar a partir da data da intimação deste acórdão.

Concluindo, fica a sentença reformada em parte, apenas no que tange à obrigação alimentar acima estipulada.

Acesso ao Sumário

IV - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se provimento em parte ao recurso adesivo da autora, convertida a separação em divórcio. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029905-27.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MILTON BIGUCCI, é apelado DANIEL JOSE DE LIMA.

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 19435)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS E ENIO ZULIANI.

São Paulo, 31 de outubro de 2013.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO. Danos morais. Artigos jornalísticos veiculados no site "Capital Social" em que empregadas expressões injuriosas envolvendo o apelante. Embora inexista prova do abalo à honra objetiva, é certo que pela carga conotativa dos adjetivos utilizados, e pelo número de artigos veiculados, a honra subjetiva do apelante foi atingida. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00. Sentença reformada, invertendo-se a sucumbência. Recurso provido em parte.

VOTO

A r. sentença (fls. 845/851), entendendo pela ausência de ofensas nos artigos publicado nos *site* "Capital Social", julgou improcedente ação de indenização por danos morais ajuizada por Milton Bigucci contra Daniel José de Lima.

O apelante, em suas razões (fls. 856/880), reitera que os artigos em questão não veiculam informações de interesse público, se consubstanciando agressões de ordem pessoal, abalando sua honra subjetiva e objetiva. Asseverou

que a improcedência da ação contraria o acervo probatório dos autos. Impugnou, outrossim, os honorários advocatícios de sucumbência. Requereu o provimento integral do recurso.

Contrarrazões às fls. 890/896.

Este é o relatório.

Em breve suma, alega o apelante que atua no mercado imobiliário do ABC paulista há mais de cinquenta anos, sendo fundador de renomada empresa do setor, além de atualmente ocupar o cargo de presidente da associação dos construtores do grande ABC.

Sustenta que foi surpreendido com a veiculação de diversos artigos jornalísticos de autoria do apelado, no *site* denominado "Capital Social", em que propaladas frases ofensivas à sua honra e reputação, em clara afronta à ética profissional dos jornalistas, configurando, desta forma, dano moral passível de reparação.

O apelado, por seu turno, afirma que conquanto adote forma contundente de escrita, em momento algum faltou com a ética que permeia a sua atividade, restringindo-se a agir nos estritos limites da liberdade de informação.

Pois bem.

Respeitada a convicção do d. Magistrado, analisando as provas coligidas aos autos e, tendo em vista as regras inerentes à indenização por dano moral, entendo que o recurso merece prosperar, ao menos em parte.

Com efeito, o dano moral, segundo a doutrina consolidada sobre o tema, embora sempre acarrete a violação aos direitos da personalidade, pode ser analisado sob dois ângulos distintos: o subjetivo (honra interna) e o objetivo (honra externa).

Nesse sentido, elucida **Yussef Said Cahali:**

> "Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)." - destacamos - (**Dano Moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3a edição, p. 22**)

Quanto ao aspecto objetivo, deve-se avaliar os reflexos da conduta do agressor no meio em que o ofendido se insere, com relação ao seu reconhecimento

Acesso ao Sumário

ou consideração. Consiste, portanto, em apurar se a vítima é hostilizada no convívio familiar, profissional e social, com base nas assertivas lançadas pelo ofensor.

Sob o ponto de vista subjetivo, a possibilidade de reparação moral fundamenta-se no sentimento decorrente da dignidade própria de cada indivíduo, na sua autoimagem. Ou, mais uma vez nas palavras de **Yussef Said Cahali**:

> "(..) 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." (**Dano Moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3a edição, p. 308**)

Em concreto, analisando os artigos objeto da controvérsia (fls. 23/51), verifico que o apelado, ao veicular frases como: *"Definitivamente, o vitorioso empresário e patético agente institucional, do grande ABC, Milton Bigucci, presidente da mais que suspeitíssima Acigabc (Associação dos Construtores, Imobiliárias e Administradoras do Grande ABC) não dá sorte quando vai além dos sapatos sujos com que frequenta as obras da sua empresa"* (fls. 29); *"Bigucci é o pior tipo de crítico, porque além de lhe faltarem fundamentos, falta-lhe originalidade"*(fls. 29); *"Por conta de gente institucionalmente inútil como Milton Bigucci"* (fls. 31); *"O dissimulado comandante do mercado imobiliário do Grande ABC, o empresário Milton Bigucci, vai ter de explicar ao Ministério Público as denúncias de utilização irregular de crianças e adolescentes menores de 16 anos na divulgação de empreendimentos do setor nas ruas da região."* (fls. 33); *"Juntar-se a Milton Bigucci, duas décadas de inutilidade naquela instituição, não é algo que se coloque no currículo."* (fls. 37), evidentemente atinge a honra subjetiva do apelante. Senão vejamos.

Como bem pontuado pelo MM Juízo *a quo*, *"Homem público e vitorioso, deve o autor estar preparado para a crítica severa. Sua exposição é maior que a do cidadão anônimo e comum do ABC. Assim como a imprensa o promove e com isso se contenta, também deve conviver com sofismas e questionamentos. Logo, face à conduta do réu, aceita-se seu aborrecimento, seu tormento transitório, mas não se acara a tese de sofrimento demasiado, capaz de gerar danos morais."*

Todavia, salvo melhor juízo, tais considerações têm o condão somente afastar a violação da honra objetiva do apelante, o mesmo não ocorrendo em seu viés subjetivo.

Com efeito, inexiste nos autos qualquer comprovação sobre a repercussão negativa das afirmações no meio social, familiar e profissional do apelante. O mesmo se diga, com relação à alegada perda de clientela.

Pelo contrário, as testemunhas ouvidas em Juízo, sob compromisso, foram

Acesso ao Sumário

uníssonas ao ressaltar o bom caráter e prestígio do apelante no setor imobiliário da região do ABC paulista (fls. 729/731 e 751).

É o que se infere de fls. 724, em que a testemunha Felipe Correa Cincea esclareceu que *"Seus colegas não têm queixas contra a atuação do autor. A testemunha não conhece ações contra o autor sob fundamento de uso pessoa; ou político da Associação pelo autor"*.

No mesmo sentido, às fls. 730, a testemunha Milton Casari pontuou que *"desconhece fatos que possam denegrir a imagem do autor. A testemunha classifica como excelente a atuação profissional do autor na direção da Associação e no Sindicato"*.

No entanto, com relação à honra subjetiva acredito que as colocações tecidas pelo apelado extrapolaram aos limites da liberdade de informação e de expressão, configurando verdadeiro abalo moral a ser indenizado.

E tal se deve a duas razões essenciais: primeiramente, pela carga conotativa das expressões (adjetivos) empregadas. Segundo, pela reiteração de afirmações, sem que se revelassem essenciais à exposição do ponto de vista defendido, ainda que se considere tratar-se de jornalismo crítico.

De fato, a denúncia sobre eventuais irregularidades dos negócios mantidos pelo apelante, ou mesmo na gestão do sindicato e da associação de que é presidente, ainda que verdadeiras - o que não se discute nos autos -, dispensariam a qualificação pejorativa empregada, nos termos acima transcritos, e mesmo a reiterada menção expressa ao seu nome, que foi, inclusive, título de um dos artigos (fls. 29).

O que se constata, é que diante de desavenças pessoais entre as partes - as quais, ao que parece, possuíam um bom relacionamento no passado -, o apelante passou a ser criticado em seus atributos pessoais, e não pelas atitudes tomadas nos cargos em que ocupa. Quem se criticou foi Milton Bigucci, e não o dono de empresa renomada no ramo imobiliário, ou o presidente da associação de construtores do Grande ABC.

A meu ver, as qualificações de ordem pessoal se apresentam muito dissociadas de um contexto que orienta o permissivo do interesse público bem como da origem dos conceitos de liberdade de manifestação e crítica.

Desse modo, ainda que respeitada a diferença de estilos na imprensa escrita, bem como um estoque de argumentos que, por certo, ainda não se esgotou, é necessário separar aqueles que podem ser considerados válidos no exercício desse direito do apelado, exclusivamente no que se referem ao apelante.

Ou seja, impõe-se proteger a honra, definida por Adriano de Cupis como *"a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa"*. (cf. **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios**

Acesso ao Sumário

de comunicação, Edição Saraiva, Série GVLAW , 2007, coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva e outro, págs, 366 e 21).

E é nessa medida que, a um só tempo, se constata, de um lado, a configuração do dano moral do apelante e, de outro, o excesso do apelado no uso da liberdade de informação e de expressão.

Isso é ainda mais agravado se considerado que, em sete meses, houve publicação de sete artigos distintos em que feitas referências agressivas ao apelante, o que igualmente contribui para a conformação do dano e do excesso acima indicados.

Portanto, analisado o caso com razoabilidade, infere-se que a honra interna do apelante foi evidentemente atingida, ainda que não com a gravidade alegada nos autos, de modo que o dever de indenizar, é inconteste.

É dizer, superado um primeiro julgamento que é exclusivo do leitor e, eventualmente, aguardando-se os outros, técnicos porque dos fatos sugeridos pelo apelado e seus protagonistas, cuida-se, aqui, de objetiva, concreta, e, isoladamente, não se aceitar com demasiada tolerância determinadas opções e escolhas de linguagem. **Isabel Lustosa**, na obra **Insultos Impressos**, é quem afirma que *"injúrias não são razões"*.

No caso, essa foi uma das conclusões ao retratar um triste período da imprensa (1821-1823), isto porque, com acentuada participação na busca de uma definição do formato político que a nação brasileira deveria tomar após a partida do rei D. João VI, mas, dividindo tão radicalmente as opiniões, relata que, frente ao objetivo de ganhar para sua causa o público leitor, era usual escrever com o pensamento voltado apenas *"na reação de quem iria ler as linhas que se lançaria sobre o papel"* (**edição Companhia das Letras, págs.16,421,422**).

No que diz respeito ao valor da indenização, sabe-se que esta é uma questão controvertida, complexa e, pela sua própria essência, abstrata.

Em concreto, isso deve atender o escopo de sua dupla função: reparar o prejuízo, buscando minimizar a dor da vítima e, punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

Por outro lado, é necessário assegurar uma justa compensação, sem, entretanto, incorrer em enriquecimento ilícito por parte de quem a recebe e, paralelamente, determinar a ruína daquele responsável pelo seu pagamento.

Logo, objetivando remunerar apenas o que decorreu deste episódio, observada a repercussão dos fatos, e os fundamentos acima expostos, verifica-se que o valor de R$ 20.000,00 mostra-se razoável, considerando a capacidade socioeconômica das partes, o que representará para o ofensor uma punição pelo abuso no direito de informar, sem, contudo, ensejar enriquecimento sem causa ao ofendido.

Por fim, no que se refere ao pleito de condenação do apelado a retirar as

publicações indicadas na petição inicial do ar, bem como para que se abstenha de mencionar o nome do apelante em publicações futuras, este não merece acolhida.

Isso porque, a imposição dessa vedação, tanto com relação às matérias já divulgadas, como com relação aos artigos futuros, implicaria em supressão à liberdade de expressão e informação, tuteladas no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal, já que os excessos anteriormente apontados, se apresentam apenas em algumas passagens dos textos, e não na sua integralidade.

Ademais, tendo em vista que a última publicação ocorreu em julho de 2011 (fls. 46), a eficácia reparadora da medida perdeu a razão de ser.

Portanto, é caso de reforma da r. sentença, para o fim de condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00, com incidência de correção monetária a contar da publicação desta decisão - Súmula nº 362 do STJ -, bem como de juros de mora de 1% ao mês a partir do último ato ilícito (04/07/2011 - fls. 46) - Súmula nº 54 do STJ.

Condeno o apelado ao pagamento das custas processuais bem como dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º do CPC).

Ante o exposto, voto pelo ***provimento em parte do recurso.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042414-64.2010.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes D.R. e E.R.I., é apelado A.N..

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 11.259)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), VANDERCI ÁLVARES E MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - GRATUIDADE - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA

Acesso ao Sumário

AFASTADA PELAS DECLARAÇÕES DE BENS E RENDIMENTO PRESTADAS À RECEITA FEDERAL - DECLARAÇÕES DO IMPOSTO DE RENDA REVELADORA DE PATRIMÔNIO INCOMPATÍVEL COM A ALEGADA POBREZA (3 IMÓVEIS) - POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE DEFERIR O DIFERIMENTO - SOLUÇÃO ADOTADA EM PRECEDENTES DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se tempestiva e preparada apelação (fls. 33/40), interposta contra a r. sentença de fls. 17/20, que desacolheu impugnação à assistência judiciária e confirmou a benesse concedida ao apelado.

Sustentam os recorrentes que a situação econômica trazida à lume pelas informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal denotam que o impugnado possui rendimentos e patrimônio que lhe permitem custear a demanda, de modo que não pode ser tido como hipossuficiente. Aguardam o provimento do recurso e a revogação da gratuidade.

Recurso sem resposta.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIV, prevê a concessão do benefício da assistência gratuita aos litigantes que comprovarem a insuficiência de recursos, cabendo ao juiz aquilatar, mediante critérios objetivos, as circunstâncias do caso concreto para aferir a possibilidade da parte de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo de sua subsistência ou de sua família.

Por seu turno, a Lei n. 1.060/50, que regulamenta a concessão da assistência judiciária aos necessitados em âmbito infraconstitucional, estatui, no art. 4º, *caput* e § 1º, a presunção de veracidade da declaração de pobreza firmada pelo requerente na petição inicial, tal como no caso em testilha:

"Art. 4.º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1.° Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais."

Acesso ao Sumário

É cediço que a presunção de veracidade emanada da declaração, contudo, não é absoluta, mas sim relativa, franqueando-se ao juiz, em qualquer fase da lide, *ex officio* ou mediante impugnação da parte contrária, como é o caso dos autos, revogar o benefício da assistência judiciária gratuita, desde que subsista prova da inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão da benesse.

Já se decidiu que: *"Não é ilegal condicionar o juiz a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade jurídica, se a atividade ou o cargo exercido pelo interessado fazem em princípio presumir não se tratar de pessoa pobre."* (STJ-RT 686/185).

No caso dos autos, cuidou a zelosa Magistrada de requisitar junto à Receita Federal informações patrimoniais e financeiras do impugnado.

Os **rendimentos anuais** (R$ 42.382,76; 36.042,28; 28.390,00; R$ 34.024,51; R$ 30.184,89), realmente não são inexpressivos ao ponto de autorizar a concessão da benesse. Além disso, foi declarada a propriedade de três imóveis, um automóvel Meriva, ano 2008 (R$ 30.000,00), e saldo em caderneta de poupança (R$ 12.000,00).

Em suma, as informações trazidas e os documentos acostados aos autos do incidente demonstram que o impugnado não possui, no momento, condições financeiras de custear a demanda sem prejuízo do próprio sustento ou da família, porque o seu maior patrimônio é constituído por imóveis, não sendo lícito exigir a venda para o pagamento das custas e despesas do processo, conforme ponderado pela culta Magistrada; por outro lado, não é o caso - diante da renda anual e do patrimônio declarados à Receita Federal -, de deferir a gratuidade, reservada para as pessoas de menor renda e desprovidas de patrimônio.

A peculiaridade do caso está a exigir a adoção da mesma solução imposta por esta Colenda 25ª Câmara de Direito Privado, em precedente da Relatoria do Des. **VANDERCI ÁLVARES**, a seguir transcrito:

Agravo de Instrumento Nº 990.09.309964-0.

VOTO Nº 13.572/10

EMENTA: Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Justiça gratuita.

1. Apresentando o autor apenas momentânea dificuldade financeira, possível o diferimento do recolhimento das custas e despesas processuais para final julgamento, sem que essa concessão represente afronta ao disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

2. Recurso provido, em parte.

No mesmo sentido decidiu a Colenda 33ª Câmara de Direito Privado desta Corte, Relatoria do Des. **EROS PICELI**, em julgamento unânime na Sessão do dia 29/6/2005:

Acesso ao Sumário

"TAXA JUDICIÁRIA (LEI Nº 11.608, DE 29/12/2003). DIFERIMENTO PARA O FINAL - PESSOA JURÍDICA E PESSOA FÍSICA - MEDIDA ALTERNATIVA - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA MOMENTÂNEA - EXISTÊNCIA - ADMISSIBILIDADE. É certo que, se a atual lei de custas do Estado de São Paulo, Lei n° 11.608, de 29 de dezembro de 2003, não mais contempla o diferimento, isto é, a possibilidade de a parte recolher custa ao final, não se percebe também nenhum impedimento expresso. Se a lei permite a isenção total de custas, é possível entender-se o diferimento como parte mínima em relação ao todo. Ou, em outras palavras, se o juiz pode deferir o mais, também pode fazê-lo em relação ao menos. E não constitui óbice o art. 5º da lei de custas, que permite o diferimento para algumas ações. A questão é que ela também não veda para outras. E o argumento acima exposto é irrebatível: se a lei concede isenção total, porque não aceitar-se o diferimento em casos de impossibilidade financeira momentânea?" (Agravo de Instrumento nº 904.263.00/9).

Conforme ficou decidido naqueles casos - e aqui se adotará a mesmo solução -, pela excepcionalidade do instituto, não é de se reconhecer ao apelado o direito à gratuidade da justiça, nesta quadra, mas tão somente o diferimento, por não ter ele comprovado a condição de penúria exigida para a benesse, mas demonstrado a impossibilidade de pagamento das custas, neste momento.

Assim, não é o caso de se lhe conceder a gratuidade, tão somente oportunizando o recolhimento das custas e despesas processuais para final julgamento, se ficar vencido, porque, em caso contrário, arcará a parte adversa com os encargos de sucumbência, nos termos da lei processual.

Dá-se parcial provimento ao recurso, para revogar a gratuidade, mas deferir o diferimento.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0171287-80.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA VIGÉSIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA TRIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA DE

DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito de competência para fixá-la junto à c. 20ª Câmara de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24723)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), GOMES VARJÃO, RUY COPPOLA, CORREIA LIMA, ENIO ZULIANI, ELLIOT AKEL, JOÃO CARLOS SALETTI E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÕES POSSESSÓRIAS - ÁREAS CONTÍGUAS OCUPADAS POR COMUNIDADE DE BAIXA RENDA - DEMANDAS INTENTADAS POR PESSOAS JURÍDICAS CRIADAS PARA CONSTRUÇÃO DE MORADIAS POPULARES - ÁREA INVADIDA QUE CORRESPONDERIA À JUNÇÃO DOS REMANESCENTES DE OBRAS - JULGAMENTO CONJUNTO - NECESSIDADE - COMPETÊNCIA FIXADA PELA PREVENÇÃO.

1. Verifica-se, pois, ser de pouca relevância para fins de fixação da competência a perfeita identidade entre as partes integrantes da relação jurídica ou mesmo a correlação exata do imóvel objeto da ação possessória, mostrando-se irremediável a necessidade de contrastar as pretensões deduzidas nas demandas semelhantes, modo de aquilatar a necessidade de reunião dos julgamentos em um só colegiado e, com isso, evitar decisões contraditórias.

2. A proximidade das duas áreas, ocupadas indistintamente por comunidade de baixa renda, pode ser constatada no aparente equívoco de inclusão de uma mesma parte no polo passivo das duas demandas. Outro ponto relevante é a identidade da posse defendida, posto que cada uma das pessoas jurídicas constituídas para edificação de moradias populares alega corresponder a remanescente de obra.

Acesso ao Sumário

3. Enfim, ainda exista alguma peculiaridade que possa ser utilizada para distinguir as pretensões, o certo é que as similitudes preponderam a ponto de justificar a reunião dos julgamentos em uma única Câmara deste e. Tribunal de Justiça, no caso, a c. Câmara suscitante.

4. Conflito de competência julgado procedente para fixá-la junto à c. 20ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela **C. 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO** em face de v. acórdão declinatória da **C. 37ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

A C. 37ª Câmara de Direito Privado sustenta que a competência recursal pertence à C. 20ª Câmara de Direito Privado em razão de prevenção. Assevera que a área em litígio na ação possessória "***é objeto de demanda similar, julgada improcedente pelo Juízo de Direito da 1ª V. Cível do Foro Regional de Itaquera (Processo 0125035-42.2006.8.26.0007***". Destarte, a prevenção teria ocorrido com o julgamento do apelo manejado pela CDHU na Apelação nº 0125035-42.2006.8.26.0007, distribuída em 29.03.2012. Citam-se precedentes.

A C. 20ª Câmara de Direito Privado, por sua vez, suscitou o presente conflito ao fundamento de, ainda exista parcial coincidência no polo subjetivo, as demandas mencionadas diferem em relação ao polo ativo e o objeto da área esbulhada. Ou seja, não é caso de prevenção porque "***a mera identidade de alguns réus, imputados como esbulhadores de áreas distintas, em ações possessórias promovidas por autores diferentes, no caso, a CDHU ou a COHAB/SP, não basta para caracterizar a prevenção prevista no art. 102, do RITJ***".

É o relatório.

2. Não há dissenso entre as c. Câmaras de Direito Privado quanto à existência de relevantes razões jurídicas a justificar a reunião de demandas possessórias fundadas no mesmo objeto material litigioso.

Com efeito, em precedente parelho deste c. Órgão Especial, decidiu-se pela necessidade de "***solucionar o grave problema decorrente da multiplicidade de recursos que deram entrada no Tribunal e que foram ou estão espalhados por Câmaras distintas, criando uma competência estendida e perigosa como causa provável da ruptura do fator segurança jurídica (e previsibilidade). A competência representa a ramificação de um princípio maior (juiz natural), estabelecido na Constituição Federal (art. 5º, LIII). As regras processuais e***

Acesso ao Sumário

os regimentos internos dos tribunais constroem estratégias para assegurar que essa cláusula seja cumprida e, nesse projeto, usam principalmente a prevenção para dar exclusividade do julgamento, por um Juízo ou uma Câmara, a todos os recursos que guardam identidade com as partes, com o objeto litigioso ou com a relação jurídica subjacente. Essa vontade surgiu da experiência bem sucedida do melhor preparo técnico do juiz togado ou da Turma que conhecem, com prioridade, da matéria litigiosa, para julgarem os demais pedidos sucessivos ou contemporâneos, advindo daí a vantagem final da coerência. Os juízes e desembargadores seguem uma linha e, na maioria das vezes, julgam de igual modo os recursos das ações conexas, idênticas ou que tenham algum ponto comum e isso contribuiu para a estabilidade que se deseja alcançar pelo serviço judiciário".[1]

Destarte, a partir do comando disposto no art. 102, do Regimento Interno deste e. Tribunal de Justiça, firmou-se entendimento no sentido de estar "***evidenciado que o critério de prevenção adotado pelo estatuto do maior tribunal do País supera o conceito da conexão prevista no art. 103, do CPC e da própria continência do art. 104, do CPC, o que não ocorreu por acaso ou descuido, mas, sim, fruto do amadurecimento judiciário secular. Não se justifica pulverizar os recursos entre as unidades e subseções, como está ocorrendo nos inúmeros agravos que estão sendo extraídos das ações que envolvem disputa possessória de quatro imóveis distintos, desejados por sujeitos diferentes de pessoas jurídicas diversas, embora todos decorram de uma mesma relação jurídica relacionada com a exploração, por empresas integrantes de grupos societários, de restaurantes de estradas. Enxergou o Tribunal ao ampliar o campo da conexão os demais princípios da sistemática processual, o que é uma necessidade para eliminar o surgimento de decisões contraditórias e cumprir o sentido da economia processual***".

Verifica-se, pois, ser de pouca relevância para fins de fixação da competência a perfeita identidade entre as partes integrantes da relação jurídica ou mesmo a correlação exata do imóvel objeto da ação possessória, mostrando-se irremediável a necessidade de contrastar as pretensões deduzidas nas demandas semelhantes, modo de aquilatar a necessidade de reunião dos julgamentos em um só colegiado e, com isso, evitar decisões contraditórias.

Segundo se infere da petição inicial e documentos que a instruem, a COHAB pretende, na presente demanda, ser reintegrada na posse de parte remanescente do imóvel objeto da matrícula nº 6266, do 7º Cartório de Registro de Imóveis, composto por "***um terreno com área de 4867 m², constituído pelo lote nº 127, da quadra nº 9, da Fazenda Santa Etelvina, no distrito de Guaianazes, com frente para a Estrada de Santa Thereza, confinando de um lado com o lote nº 121, de outro lado com o lote nº 128 e, nos fundos, com o***

Acesso ao Sumário

1 Conflito de Competência nº 0198708-79.2012.8.26.0000. rel. Des. ÊNIO ZULIANI.

lote nº 126" (fls. 67). A aquisição do bem foi levada a efeito por escritura datada de 22.12.1982 (fls. 70).

A demanda intentada pela CDHU, por sua vez, corresponderia ao contíguo lote nº 126 (fls. 292), objeto da matrícula nº 63690 (fls. 296), adquirido em razão de sentença de desapropriação fundada em interesse social reconhecido pelo Poder Executivo Estadual (fls. 295).

A proximidade das duas áreas, ocupadas indistintamente por comunidade de baixa renda, pode ser constatada no aparente equívoco de inclusão de uma mesma parte no polo passivo das duas demandas, sendo certo que o magistrado de primeiro grau diferiu a apreciação de preliminar de ilegitimidade passiva em razão, justamente, da impossibilidade de distinguir as duas áreas (fls. 354/355).

Outro ponto relevante é a identidade da posse defendida, posto que cada uma das pessoas jurídicas constituídas para edificação de moradias populares alega corresponder a remanescente de obra.

Enfim, ainda exista alguma peculiaridade que possa ser utilizada para distinguir as pretensões, o certo é que as similitudes preponderam a ponto de justificar a reunião dos julgamentos em uma única Câmara deste e. Tribunal de Justiça, no caso, a c. Câmara suscitante.

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito de competência para fixá-la junto à c. 20ª Câmara de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência nº 0142253-60.2013.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram o conflito procedente para declarar a competência da 12ª Câmara de Direito Privado (suscitante). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26905)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ELLIOT AKEL, JOÃO CARLOS SALETTI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, GOMES VARJÃO,

Acesso ao Sumário

RUY COPPOLA E CORREIA LIMA.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

ÊNIO ZULIANI, Relator

Ementa: Conflito negativo instaurado pela recusa do julgamento de recurso tirado de sentença que julga procedente ação de paciente contra clínica odontológica (1ª Câmara x 12ª Câmara). Proposta de rescisão do contrato de prestação de serviços por falha profissional ou má-conduta dos dentistas encarregados do trabalho. O aspecto fundamental da causa petendi e que informa a competência (art. 100, do Regimento) envolve rescisão de contrato de prestação de serviços e responsabilidade contratual, atraindo a competência da Subseção de Direito Privado II e III. Conflito procedente para declarar a competência da 12ª Câmara de Direito Privado (suscitada).

VOTO

Vistos.

O conflito negativo (1ª Câmara e 12ª Câmara) surgiu em decorrência de recurso tirado contra sentença que julgou procedente ação promovida por paciente de clínica odontológica, desconstituindo o contrato de prestação de serviços, com condenação em indenização por danos materiais e compensação por danos morais (fls. 295). A ilustrada 12ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso por entender que o caso é de responsabilidade civil por erro de profissional da área de saúde (art. 951, do CC, de 2002), sendo que a egrégia 1ª Câmara declarou, ao suscitar o conflito que o caso envolve relação contratual da competência das Subseções II e III, do Direito Privado.

É o relatório.

O presente conflito suscitou debates entre os integrantes do Grupo e, no final, prevaleceu o entendimento de a competência ser da ilustrada Câmara suscitada (12ª Câmara de Direito Privado), por envolver contrato de prestação de serviços (Provimento 63/2004).

O ponto controvertido reside exatamente no aspecto falha profissional ou da má-conduta dos dentistas, porque é sabido que erro odontológico é da competência das Câmaras de Direito Privado I (responsabilidade civil em geral). No entanto, a causa petendi foi elaborada a partir da proposta de rescisão

Acesso ao Sumário

do contrato de prestação de serviços odontológicos (fls. 240), o que permite afirmar que a essência da causa está no desejo da autora de obter decisões sobre as consequências da rescisão, como a desobrigação de continuidade e exclusão da exigibilidade de cheques. A indenização por má serviço é uma das consequências e não poderia ser eleita como situação decisiva para solucionar o conflito entre as Câmaras.

Assim e atento aos termos da inicial (art. 100, do Regimento Interno), tem-se que a questão traduz lide sobre rescisão de contrato de prestação de serviços, sendo, pois, da competência da Câmara suscitada. A rescisão do contrato que o CC permite (art. 475, do CC) pode resultar de execução defeituosa ou não cumprimento, sem qualquer interferência da atividade profissional do agente bucal, o que encaminharia a discussão para os limites do contrato, revelando dissídio tipicamente contratual. Os prejuízos, nessas hipóteses, restringem-se aos reflexos negativos da frustração do escopo do contrato, atraindo a competência das Câmaras que julgam lides dos contratos de prestação de serviços (Subseções do Direito Privado II e III).

Isso posto, julgam procedente o conflito e declaram a competência da 12ª Câmara de Direito Privado (suscitada).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0178085-57.2013.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante a 13º CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, suscitada a 2º CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.254)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, J. B. FRANCO DE GODOI, GOMES VARJÃO, FERRAZ FELISARDO E ENIO ZULIANI.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

ELLIOT AKEL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CAUSA DE PEDIR

FUNDADA NA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A AUTORA E O BANCO QUE A INCLUIU EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - MATÉRIA RESERVADA PREFERENCIALMENTE ÀS CÂMARAS COMPREENDIDAS ENTRE A 1ª E A 10ª DE DIREITO PRIVADO - PRECEDENTES DO GRUPO ESPECIAL - COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO RECONHECIDA - CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 13ª Câmara de Direito Privado nos autos da Apelação Cível nº 0012931-27.2010.8.26.0344, interposta contra sentença que julgara procedente ação de indenização por dano moral.

Distribuído o feito inicialmente à 2ª Câmara de Direito Privado, esta deixou de conhecer da apelação, à consideração de que a hipótese é de contrato com entidade financeira e se há um defeito na formação do contrato, por conta de ação de falsários, nem por isso deixar de ser contrato financeiro.

Redistribuído o processo à 13ª Câmara de Direito Privado, esta também não conheceu do recurso, por maioria, suscitando o presente conflito, consoante o v. acórdão de fls. 244/251.

É o relatório.

VOTO

Procede o conflito.

Nos termos do 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".

No caso em exame, a demandante afirma que seu nome foi incluído em cadastro de proteção ao crédito sem qualquer motivo conhecido. Veio a descobrir que o contrato que originou o pedido de inscrição "apresentava como devedora principal a empresa RESSOMAR RENOVADORA DE PNEUMÁTICOS MARÍLIA LTDA EPP e como avalista seu marido ERICSON VAGETTI FONSECA".

Alega que "jamais figurou como avalista do referido contrato, conforme pode ser verificado por meio de documento anexo", e acrescenta que "o mesmo documento anexo traz a clara informação de que a Requerente, apenas e tão somente, autorizou seu marido a assumir vínculo jurídico obrigacional de

Acesso ao Sumário

avalista conforme exegese do artigo 1.647 do Código Civil Brasileiro" (fls. 03).

O negócio de que teria participado o seu marido apresenta-se na causa apenas como circunstância periférica, irrelevante, diante do fato central trazido à apreciação, qual seja, a ausência de relação jurídica entre a autora e o banco requerido que a incluiu no cadastro de inadimplentes.

Discute-se o ato ilícito, a responsabilidade aquiliana, não se cogitando de especialidade em matéria contratual a justificar o deslocamento da competência.

A propósito do tema, o Grupo Especial da Seção do Direito Privado assim tem decidido:

Conflito de competência entre a 2ª e a 15ª Câmaras de Direito Privado. O julgamento de ações de responsabilidade civil extracontratual compete às Câmaras integrantes da Subseção I de Direito Privado. Exegese do Provimento nº 63/2004 e da Resolução nº 194/2004. Precedentes do C. Órgão Especial e Grupo Especial. Conflito de competência improcedente, para declarar competente a 2ª Câmara de Direito Privado (Conflito de competência nº 0069058-42.2013.8.26.0000, Rel. Gomes Varjão, j. 23/05/2013).

COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO DANO MORAL E MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO

FINANCEIRA. "Conflito de competência - Agravo de instrumento em ação declaratória negativa de inexistência de relação jurídica e indenização por danos morais e materiais - Causa de pedir fundada na inexistência de contrato - Responsabilidade civil extracontratual - Competência da Subseção I de Direito Privado - Procedência do conflito para fixar-se a competência da 2ª Câmara." (CC 01079744820138260000 Osasco Grupo Especial Relator Eros Piceli 20/06/2013 - Votação Unânime - Voto nº 27696)

No mesmo sentido, entre vários outros precedentes, decidi no Conflito de Competência nº 0074264-37.2013.8.26.0000, em 20/06/2013, sob minha relatoria.

Na esteira de tais precedentes, julga-se procedente o conflito, reconhecida a competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos de Declaração nº 0000820-68.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes JOSÉ EDUARDO NEPOMUCENO MARTINS e HELOISA PEREIRA DE ALMEIDA MARTINS, é embargado O JUÍZO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram em parte os embargos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI E COELHO MENDES.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Procedimento de jurisdição voluntária de alteração de regime de bens entre cônjuges, de comunhão parcial para separação total. Diversas condicionantes ao deferimento do pedido impostas pelo acórdão embargado. Alegação de que uma delas - avaliação judicial de todo o patrimônio - é excessiva e desproporcional, sobremodo onerosa e, além do mais, importará em desnecessária e longa dilação processual. Inteligência do § 2º do art. 1.639 do Código Civil. Embargos acolhidos em parte, com efeitos modificativos, suprimindo-se exigência contra a qual se insurgem os embargantes. Determinação, todavia, de publicação de editais para conhecimento de terceiros.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração (fls. 183/186) opostos ao acórdão de fls. 170/179, com alegação de ser desproporcional, extremamente onerosa e ferir o princípio constitucional da razoável duração do processo (Lei Maior,

Acesso ao Sumário

art. 5º, LXXVIII) a determinação de que se realize perícia judicial de todo o patrimônio.

Pede-se a dispensa dessa formalidade.

É o relatório.

Argumentam os embargantes que a derradeira, entre as várias exigências feitas pelo acórdão para deferimento de seu pedido, aquela atinente à realização de avaliação judicial, nos autos de inventário a ser feito na forma do art. 982 e seguintes do CPC, observados os arts. 420 e seguintes do mesmo Código, é exorbitante, sobremodo onerosa e afrontatória ao princípio da razoável duração do processo.

Entendo tenham razão, merecendo, excepcionalmente, por isso, ser recebidos com efeitos infringentes estes declaratórios.

Dispõe o Código Civil:

"**Art. 1.639**. (...)

§ 2º 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."

A expressão que grifei no texto legal, garantidora da intangibilidade de direitos de terceiros pela alteração do regime de bens por ela autorizada, é suficiente para garantir, realmente, como se alega no recurso, que não haverá reflexos nas relações creditícias, da decretação da mudança de regime de bens.

E, como bem o demonstram os embargantes, será, efetivamente, muito oneroso que, no curso do inventário judicial determinado, se tenha que fazer perícia avaliatória de todo o patrimônio do casal para, só então, passar-se à partilha. Eventual desequilíbrio entre a cota de um e outro será problema ***inter partes*** apenas, que não dirá respeito a terceiros credores, que terão sempre, se preciso for, consoante o § 2º do art. 1.629 da Lei Civil, a mesma garantia que titulavam antes da alteração do regime de bens.

Até porque, consoante o art. 1.007 do CPC, dispositivo inserido na disciplina do inventário, "*sendo capazes todas as partes, não se procederá a avaliação*".

Por meu voto, todavia, ao mesmo tempo em que, pelas razões acima, dispenso tal avaliação, determino se observe a recomendação final do Enunciado 113/Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ***verbis***:

"É admissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalvo dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade." (cit. colhida em

Acesso ao Sumário

THEOTONIO NEGRÃO, Código Civil, 32ª ed., pág. 589; grifei).

Deste modo, finalizando, em caráter excepcional, considerando ter o acórdão excedido a sempre necessária razoabilidade e proporcionalidade que se querem ver nas decisões da Justiça, impondo formalidade que, ademais, seria inócua perante terceiros, **recebo em parte** os embargos com **efeitos infringentes**, para dispensar os embargantes de, no curso o inventário e partilha judiciais, proceder a avaliação judicial do patrimônio que titulam.

Determino todavia, como condição do deferimento do pedido, a publicização da pretensão de mudança do regime de bens mediante a publicação de editais, observando-se, por analogia, quanto à forma, o art. 687 e seus §§ do CPC.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0104749-16.2010.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes MARCELO DE PAULA SANTOS e HELOÍSA DE PAULA SANTOS, é embargado BANCO NOSSA CAIXA S/A.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos para dar provimento ao recurso dos autores e negar provimento ao recurso do réu. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18291)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARDOSO NETO E CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição - Ocorrência - Prescrição relativa ao direito de ação fundada em cobrança de expurgos em depósito judicial - Termo inicial da prescrição dos Planos Bresser e Verão - Precedentes do C. STJ que reconhece a violação do direito marcada em função do levantamento dos respectivos valores - Efeito modificativo - Possibilidade - Embargos acolhidos para afastar a prescrição e, por conseguinte, dar

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso dos autores e negar o do réu.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Marcelo de Paula Santos e Heloísa de Paula Santos, com fulcro no art. 535 do CPC, por meio do qual alega contradição no v. acórdão embargado, principalmente porque para se cobrar do depositário não prescreve, conforme os arts. 450, do Código Comercial, e 168, IV, do CC/16. No mais, menciona que o cômputo da prescrição em prol do depositário se iniciaria no ato do levantamento, pois somente nesta ocasião o depositante teria ciência da correção monetária aplicada. Pede o acolhimento do recurso com a atribuição do caráter infringente.

Recurso processado.

Realmente, analisando com mais vagar as circunstâncias que distinguem hipóteses que versam sobre depósito judicial, daquelas relativas à caderneta de poupança, verifica-se que, no caso, não ocorreu a mencionada prescrição da exigibilidade do direito de propor ação de cobrança relativa aos Planos Bresser e Verão.

Nesse sentido, trago entendimento do C. STJ: "CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTIGOS 177 DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, 205 E 2.028 DO DIPLOMA ATUAL. OBSERVÂNCIA À REGRA DE TRANSIÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a correção monetária dos depósitos judiciais ou das cadernetas de poupança integram o próprio crédito, constituindo, pois, o principal, e não mero acessório. 2. Da mesma forma, firmou-se a orientação que, por se tratar de obrigação de natureza pessoal, o prazo prescricional na hipótese é vintenário, na vigência do Código Civil anterior, e decenal, a partir da entrada em vigor do diploma atual. 3. Quanto ao termo inicial do prazo prescricional, há de considerar-se a regra de transição estabelecida expressamente no art. 2.028 do Novo Código. 4. Reduzido o prazo pelo Código atual e transcorrido mais da metade do tempo previsto no diploma anterior, deve ser considerado o prazo prescricional vintenário na hipótese. 5. Com base nessas premissas, afasta-se a prescrição da pretensão à correção monetária dos depósitos judiciais cujo levantamento ocorreu em 05.05.1990, 20.03.1995 e 16.10.1997, respectivamente, considerando que a ação foi ajuizada em 02.03.2004. 6. Recurso especial provido para afastar a prescrição e determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito da demanda como entender de direito (...) *Na hipótese dos autos, o termo inicial da pretensão da recorrente é a data em que ocorreu o levantamento dos depósitos, 05.09.1990, 20.03.1995 e 16.10.1997, respectivamente (f. 604), por ser esse o momento em que se materializou*

Acesso ao Sumário

a violação do direito (CC, art. 198), com a entrega a menor, pela recorrida, dos valores que lhe foram confiados em depósito (....) (REsp 963.150/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 17/11/2009 grifamos).

E também: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DEPÓSITO JUDICIAL REALIZADO NO INTERESSE DE MENORES. CONTA INATIVA DESDE 1944. 1. A falta de prequestionamento em relação ao art. 6º, IV, do CPC, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 2. O depósito judicial não cria entre o depositante e o depositário nenhum tipo de relação jurídica de caráter privado, tratando-se, na realidade, de uma relação essencialmente pública, já que é ato judicial e não contratual. Logo, o depósito judicial não se confunde com os depósitos bancários comuns, não estando submetidos ao mesmo regramento. 3. Não há falar, portanto, em prescrição do direito de devolução da quantia depositada ou em prescrição dos juros, pois, o termo inicial da prescrição, nestes casos, é a extinção da relação jurídica, o que não ocorreu na hipótese ora em análise. 4. O art. 1º da lei 6.205/75 entrou em vigor em 29 de abril de 1975, gerando efeitos apenas para prestações posteriores a esta data, vedada a sua aplicação retroativa, motivo pelo qual a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária para o período de 1944 a 1964, conforme fixado pelo Tribunal de origem, não atenta contra a legislação vigente à época. 5. Na ausência de índices de correção no período anterior a outubro de 1964, a fim de que não se configure o enriquecimento sem causa por parte do Banco, admite-se a utilização do salário-mínimo como instrumento de atualização, tendo em vista o caráter oficial de sua estipulação. 6. É devida a restituição do depósito judicial efetuado em 1944, acrescida de correção monetária, utilizando-se como índice de correção, para o período de 1944 à 1964, o salário mínimo. 7. Recurso especial não conhecido." (Quarta Turma, REsp n. 579.500/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 21/09/2009.)

Desta feita, considera-se o termo inicial do prazo prescricional para todos os planos o dia de 24.09.92 (fls. 41/43), data em que efetuaram o levantamento dos valores depositados em juízo com ciência inequívoca da correção utilizada a partir de então.

No caso, prevalece a aplicação de prazo vintenário por força da regra de transição estabelecida no art. 2.028 do CC/02, em que os prazos serão aqueles previstos no CC/16, se e somente se preenchidos dois requisitos: redução do prazo pelo diploma atual; e transcurso de mais da metade do tempo estabelecido.

Quanto à forma de correção dos valores devidos frente aos respectivos planos (Bresser e Verão), segue-se o mesmo entendimento esposado no v. acórdão, bem como seus consectários, nos parâmetros estabelecidos em julgado submetido ao procedimento previsto para os Recursos Repetitivos

Acesso ao Sumário

no âmbito do STJ, in verbis: "RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE MACRO-LIDE MULTITUDINÁRIA EM AÇÕES INDIVIDUAIS MOVIDAS POR POUPADORES. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO LIMITADO A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, INDEPENDENTEMENTE DE JULGAMENTO DE TEMA CONSTITUCIONAL PELO C. STF. PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO AFASTADA. CONSOLIDAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA EM INÚMEROS PRECEDENTES DESTA CORTE. PLANOS ECONÔMICOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO. ÍNDICES DE CORREÇÃO. I - Preliminar de suspensão do julgamento, para aguardo de julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, afastada, visto tratar-se, no caso, de julgamento de matéria infraconstitucional, preservada a competência do C. STF para tema constitucional. II - No julgamento de Recurso Repetitivo do tipo consolidador de jurisprudência constante de numerosos precedentes estáveis e não de tipo formador de nova jurisprudência, a orientação jurisprudencial já estabilizada assume especial peso na orientação que se firma. III - Seis conclusões, destacadas como julgamentos em Recurso Repetitivo, devem ser proclamadas para definição de controvérsia: 1ª) A instituição financeira depositária é parte legítima para figurar no polo passivo da lide em que se pretende o recebimento das diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, decorrentes de expurgos inflacionários dos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II; com relação ao Plano Collor I, contudo, aludida instituição financeira depositária somente será parte legítima nas ações em que se buscou a correção monetária dos valores depositados em caderneta de poupança não bloqueados ou anteriores ao bloqueio. 2ª) É vintenária a prescrição nas ações individuais em que são questionados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública. 3ª) Quanto ao Plano Bresser (junho/1987), é de 26,06%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária para as cadernetas de poupança iniciadas ou com aniversário na primeira quinzena de junho de 1987, não se aplicando a Resolução BACEN n.º 1.338/87, de 15/06/87, que determinou a atualização dos saldos, no mês de julho de 1987, pelo índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN). 4ª) Quanto ao Plano Verão (janeiro/1989), é de 42,72%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária das cadernetas de poupança com período

Acesso ao Sumário

mensal iniciado até 15 de janeiro de 1989, não se aplicando a Medida Provisória n. 32/89 (Plano Verão), que determinava a atualização pela variação das Letras Financeiras do Tesouro (LFT). 5ª) Quanto ao Plano Collor I (março/1990), é de 84,32% fixado com base no índice de Preços ao Consumidor (IPC), conforme disposto nos arts. 10 e 17, III, da Lei 7.730/89, o índice a ser aplicado no mês de março de 1990 aos ativos financeiros retidos até o momento do respectivo aniversário da conta; ressalva-se, contudo, que devem ser atualizados pelo BTN Fiscal os valores excedentes ao limite estabelecido em NCz$ 50.000,00, que constituíram conta individualizada junto ao BACEN, assim como os valores que não foram transferidos para o BACEN, para as cadernetas de poupança que tiveram os períodos aquisitivos iniciados após a vigência da Medida Provisória 168/90 e nos meses subsequentes ao seu advento (abril, maio e junho de 1990). 6ª) Quanto ao Plano Collor II, é de 21,87% o índice de correção monetária a ser aplicado no mês de março de 1991, nas hipóteses em que já iniciado o período mensal aquisitivo da caderneta de poupança quando do advento do Plano, pois o poupador adquiriu o direito de ter o valor aplicado remunerado de acordo com o disposto na Lei n. 8.088/90, não podendo ser aplicado o novo critério de remuneração previsto na Medida Provisória n. 294, de 31.1.1991, convertida na Lei n. 8.177/91. IV - Inviável o julgamento, no presente processo, como Recurso Repetitivo, da matéria relativa a juros remuneratórios compostos em cadernetas de poupança, decorrentes de correção de expurgos inflacionários determinados por Planos Econômicos, porque matéria não recorrida. V - Recurso Especial da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL provido em parte, para ressalva quanto ao Plano Collor I. VI - Recurso Especial do BANCO ABN AMRO REAL S/A improvido" (STJ, REsp 1147595-RS, Ministro SIDNEI BENETI, j. 08/09/2010 - grifei)" (fls. 298/299).

No mais, mantém-se o v. acórdão tal como lançado.

Pelo exposto, acolho os embargos de declaração opostos, dando provimento ao recurso dos autores e negando o da instituição financeira, para reposição das diferenças nos moldes supramencionados e, em razão da sucumbência, condeno o réu em custas e despesas processuais, além de verba honorária fixada em 15% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0276610-11.2012.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MARIA ALBERTINA CORDEIRO WLIAN, é embargado ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ 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: Rejeitaram os embargos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FLÁVIO CUNHA DA SILVA E MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Inexistência de contradição no acórdão - Insistência na alegação de questão já decidida, pois objeto central do Agravo de Instrumento interposto pela parte contrária - Matéria que restou suficientemente fundamentada - Recurso manifestamente protelatório, eis que oposto com o escopo de postergar a ocorrência do trânsito em julgado - Embargos rejeitados, com imposição de multa do art. 538, parágrafo único do CPC.

VOTO

1.- Trata-se de embargos de declaração opostos ao V. Acórdão de fls. 229/232, que, por votação unânime, rejeitou embargos de declaração.

Sustenta a embargante que a decisão embargada é contraditória. Exara que "a contradição reside no fato de que o título executivo (fls. 187/206) determina que o valor da condenação seja corrigido, monetariamente, mediante a utilização dos índices da Tabela Prática deste Tribunal que, como se sabe, incorporam os expurgos inflacionários atinentes aos demais planos econômicos, exatamente para recompor o valor da moeda, de maneira integral" (original com destaques). Pleiteia "sejam acolhidos os presentes embargos para que a r. decisão embargada seja aclarada, no sentido de se definir se os novos cálculos serão elaborados mediante a utilização da Tabela Prática, nos estritos termos da coisa julgada ou se, diferentemente, devem ser excluídos dos cálculos os expurgos inflacionários atinentes aos demais planos econômicos que não foram objeto do pleito inicial" (original com destaques).

É o relatório.

2.- Os embargos são improcedentes, embora tempestivos, não merecendo o inconformismo qualquer acolhimento, ante a inocorrência dos requisitos previstos no art. 535, incisos I e II, do CPC, que admitem embargos de

Acesso ao Sumário

declaração, visando ao esclarecimento de obscuridade, a solução de contradição e o suprimento de omissão eventualmente existentes em Sentença ou Acórdão.

O ora embargado interpôs Agravo de Instrumento, alegando, conforme restou transcrito no relatório, que "a I Contadoria Judicial apresentou cálculos equivocados apresentando valores superiores aos realmente devidos, vez que incluiu os expurgos dos planos Collor I e II, índices estes que não foram objeto da presente ação" e que "o contador que fez nada mais foi que a substituição dos índices oficiais das cadernetas de poupança (determinados pela sentença) por outros, nos períodos de abril/90, maio/90, junho/90, julho/90 e fevereiro/91), períodos estes que sequer fizeram parte do pedido inicial" (fls. 213).

O dispositivo do Acórdão embargado restou da seguinte forma redigido:

> Merece, portanto, a decisão ser reformada para se acolher a impugnação ao cumprimento de sentença, determinando-se nova elaboração de cálculos, nos estritos termos firmados na sentença e no acórdão, em especial, para excluir dos cálculos os expurgos inflacionários atinentes aos demais planos econômicos que não foram objeto do pleito inicial e para afastar os valores a título de multa diária. Condena-se a exequente ao pagamento de custas atinentes a este incidente e a honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observado o disposto na Lei 1.060/50.[1]

À luz do questionado e decidido neste Agravo e do ocorrido no trâmite da ação e do cumprimento de sentença, não se vislumbra qualquer contradição a ser aclarada.

Comprovada a insistência injustificada das alegações contidas neste recurso, conclui-se que os presentes embargos são manifestamente protelatórios.

Assim, nos termos do parágrafo único do artigo 538[2], do CPC, condena-se a embargante a pagar ao embargado multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa atualizado.

3.- Pelo exposto, por este voto, rejeitam-se os embargos de declaração, com imposição da pena de multa.

1 Fls. 215.

2 Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)
Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Acesso ao Sumário

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0068095-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é autor ECOWAY III AUTO POSTO LTDA, é réu PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A.

ACORDAM, em Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a inicial e extinguiram o processo, sem resolução de mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, FRANCISCO LOUREIRO, JOSÉ REYNALDO, RICARDO NEGRÃO, MAIA DA CUNHA E TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Rescisória baseada em suposto vício de citação na ação que produziu o acórdão rescindendo. Inocorrência. Sócios que cedem as quotas em contrato com suposto vício de fraude (assinaturas falsas dos cessionários), o que permitiu que, em certo período (no qual ocorreu a citação) a administração ficasse confiada ao marido da cessionária, quando se cometeu infração aos direitos de propriedade industrial. Acórdão que foi produzido diante das provas e da construção de relação processual pela situação aparente e estruturada da sociedade. Questões internas do contrato não afetam os terceiros que desconheciam tais vícios e que obtiveram sentença formalmente justa, vítimas de violações e danos. Indeferimento da inicial. Extinção sem resolução de mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ação rescisória manejada por ECOWAY III AUTO POSTO LTDA. contra v. Acórdão da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (Ap. 0002563-36.2012.8.26.0037, relator Desembargador Maia da Cunha, com participação dos Desembargadores Teixeira Leite e Francisco Loureiro), com base no art. 485, VIII e IX, do CPC.

A autora narra que Evandro Ricardo Preiss e Reginaldo Leslie Preiss, antigos sócios (e, agora, atuais em virtude de terem readquirido o status de sócios) cederam suas quotas para José Soares Ferreira e Marina Amaral Pelaes Villani, o que se verifica pelo contrato de 6.5.2011 (fls. 194/200).

A citação na ação que produziu o Acórdão se fez na pessoa de Denis Alexandre Jotesso Villani, marido de Marina Amaral Pelaes Villani. Nos autos consta que a sociedade autora apresentou contestação à ação da Petrobrás (fls. 128), com mandato outorgado por Denis, que se passou por representante legal (fls. 130). Essa contestação foi considerada intempestiva (fls. 135). Segundo relatado e confirmado nos autos, teria ocorrido fraude na confecção do contrato de cessão de quotas por parte de Denis, que teria falsificado a assinatura da esposa Marina. Realmente e segundo *print* atualizado do proc. 1237/2011, da 1ª Vara Cível de Araraquara, foi acolhida ação de Marina contra Denis, anulado o contrato em relação a ela, Marina. Também é verdadeira a afirmação de terem os ex-sócios, cedentes das quotas, obtido a reintegração de posse do estabelecimento.

É o relatório.

A autora da ação, Petrobrás, ajuizou ação contra a sociedade que praticava atos de concorrência desleal e obteve acertada decisão que obrigou a ECOWAY III a abster-se de empregar as expressões "Petrobrás e BR", além do pagamento de danos morais de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). A citação se fez na pessoa de Denis, que, à época, exercia atos de administração da empresa.

Ao que tudo indica ou de acordo com o que os documentos evidenciam, os cedentes das quotas da sociedade (Evandro Ricardo e Reginaldo) foram vítimas de engodo contratual ou fraude cometida por Denis, que, de forma ardilosa, teria falsificado assinaturas ou de alguma maneira enganado os cessionários (José Soares Ferreira e Marina Amaral Pelaes Villani), tanto que Marina conseguiu, na Justiça, anular o contrato e excluir sua pessoa do aludido vínculo (proc. 1237/2011, da 1ª Vara de Araraquara), verificando que a sentença está fundamentada na falsificação da assinatura de Marina (*print* atualizado que foi consultado pelo relator).

Embora se cogite de verdadeiro tal fato, não há como rescindir o Acórdão pela inusitada situação de irregularidade na constituição e personalização da

Acesso ao Sumário

sociedade empresária ao tempo da citação. Essa questão escapa dos limites de atuação e do conhecimento da autora da ação (Petrobrás), que não poderá ter seu direito processual adquirido, comprometido ou esvaziado com uma incidência *ex tunc* da aludida fraude cometida por Denis. O que se passou entre os ex-sócios e o referido Denis constitui um vínculo interno de efeitos próprios entre os envolvidos, merecendo tutela específica em ações adequadas, sendo que essa repercussão nociva não alcança os terceiros que desconheciam os fatos e ajuizaram suas ações e pretensões com base na legítima aparência dos atos constitutivos do comércio.

Eventual irregularidade na representação da sociedade que comete infração à propriedade industrial ocorreu em função de prática ilícita do aludido Denis e que, de certa maneira, contou com a participação dos cedentes, porque, afinal, foram eles que celebraram o negócio em documento fraudulento, o que permitiu que expandisse os efeitos para terceiros, no caso, a Petrobrás, vítima que acionou o Judiciário em busca de salvaguarda de seus direitos. Portanto e para encerrar esse ciclo de argumentação, é de ser afirmado que o processo foi construído a partir de pressupostos legítimos e sustentáveis pela aparência conferida por documentos que, embora fraudulentos, afetaram terceiros e autorizaram a provocação judicial. Não há ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

A autora fundamenta sua pretensão em dois incisos do art. 485 (VIII e IV), do CPC e não incidem. O primeiro diz que a rescisão da sentença é oportuna quando houver fundamento para invalidar confissão desistência ou transação, em que se baseou a sentença e, não ocorreram tais fenômenos, pois a sentença foi emitida diante das provas dos autos e da contestação intempestiva deduzida. O outro inciso diz que deve ser rescindida a sentença emitida com erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa e, lastimavelmente, nada há nos autos que denunciasse a irregularidade da representação assumida por Denis, tanto que os cedentes somente o acionaram tempos depois ou após ter a administração do posto de gasolina feito utilização das placas de publicidade da Petrobrás e da bandeira "BR".

Não há fundamento para rescindir o Acórdão e convém preservar o que se decidiu em prol da segurança do comércio e do direito de marcas, remetendo os interessados para a ação de reembolso contra o citado Denis, após cumprimento do Acórdão.

Isto posto, indefere-se a inicial e extingue-se o processo, sem resolução de mérito, por absoluta inadequação da ação rescisória.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0119722-14.2012.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é autor BANCO BRADESCO S/A, são réus MASAO FUKUNAGA (ESPÓLIO) e ROSA IASSUKO UMINO.

ACORDAM, em 19º Grupo de Câmaras Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, POR CARÊNCIA DE AÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA, CARLOS ABRÃO, DIMAS CARNEIRO, JOSÉ TARCISO BERALDO, PEDRO KODAMA E MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: Ação Rescisória. Pretensão de desconstituição da decisão de segundo grau, que confirmou a sentença proferida em ação de cobrança de expurgos inflacionários. Pedido de suspensão do julgamento da apelação, conforme determinado em recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 485 do Código de Processo Civil. Violação de literal disposição de lei inexistente. Ação que não pode ser utilizada como via recursal. Inadequação da via eleita. Carência da ação reconhecida. Extinção do processo.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória, pretendendo o autor a desconstituição da decisão de fls. 466/470, da 37ª Câmara de Direito Privado desta Corte, que confirmou a sentença de procedência de ação de cobrança de expurgos inflacionários dos planos Bresser, Verão e Collor I e II.

Alega o autor, em síntese, que: a) há violação literal a dispositivos constitucionais (artigo 5º, inciso XXXVI; artigo 21, incisos VII e VIII; artigo 22, incisos VI e XIX, artigo 48, XIII e XIV e artigo 97, todos da Constituição Federal), pois tendo a decisão mencionado que as leis monetárias que instituem

Acesso ao Sumário

Planos Econômicos (Bresser, Verão, Collor I e Collor II) não podem ter aplicação imediata, não deu correta interpretação às garantias do ato jurídico perfeito e direito adquirido e negou eficácia à cláusula de reserva do plenário e ao pacto federativo, tendo em vista a competência atribuída à União Federal e ao Congresso Nacional para alterar o padrão monetário e adotar novo critério de correção monetária; e b) o recurso deveria ser suspenso como determinou o Supremo Tribunal Federal e seu julgamento contrariou o inciso V, do artigo 485 do CPC, pois a discussão acerca da violação à garantia do ato jurídico perfeito e direito adquirido foi submetida ao exame do STF pela ADPF 165 e assim, pretende a suspensão do processo em atenção à segurança jurídica e à eficácia do atual sistema processual.

Foi deferido o pedido de tutela antecipada apenas para impedir o levantamento, pelos credores, de eventual quantia a ser depositada no cumprimento do julgado.

Os réus contestaram alegando, em síntese, que: a) a inicial há de ser indeferida porquanto não preenchidos os requisitos da ação rescisória, pois a matéria é controvertida, tendo, inclusive, sido objeto de recurso repetitivo e, assim, não há falar-se em violação a literal dispositivo de lei; b) o banco por seu inconformismo pretende transmudar a presente rescisória em nítido recurso contra o acórdão; c) incabível o sobrestamento do feito até pronunciamento do STJ e STF, vez que a decisão rescindenda se baseou em recurso repetitivo acerca do tema. No mérito, defendem a manutenção da decisão rescindenda quanto às questões de legitimidade, prescrição e aplicações dos índices de expurgos inflacionários nos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II; ausência de violação aos artigos 5º, inciso XXXVI; 97, da Constituição Federal; impossibilidade de sua condenação às verbas da sucumbência desta ação.

Apresentada réplica a fls. 640/644.

VOTO

Há de ser proclamada a carência da ação.

O artigo 485 do Código de Processo Civil traz o rol taxativo das hipóteses que autorizam a ação rescisória.

O autor traz, como fundamento do seu pedido, hipótese de violação literal de disposição de lei, prevista no inciso V da referida norma. Alega, para tanto, que não foram observadas: a) normas constitucionais ao se interpretar que as leis monetárias não têm aplicação direta; e b) a decisão proferida em recurso extraordinário do Supremo Tribunal Federal, que determinou a suspensão dos julgamentos dos recursos, pois a matéria *sub judice* foi submetida ao exame da referida Corte em sede de controle de constitucionalidade, por meio da ADPF 165.

Não se verifica, no caso dos autos, ofensa à literal disposição de lei.

Acesso ao Sumário

Com efeito, Humberto Theodoro Junior, citando Moacir Amaral Santos ensina que "*sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal: 'é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quanto a decisão é repulsiva à lei (error in judicando), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para sua prolação (error in procedendo)*".[1]

Leciona também sobre o tema Cassio Scarpinella Bueno que o termo *literal* tem sentido de "*flagrante, inequívoco, palmar, evidente*", acrescentando que "*qualquer um que analisar o julgamento terá condições objetivas de verificar que o julgador errou na interpretação e na consequente aplicação da lei*".[2]

Assim, é requisito para o ajuizamento da rescisória, que a ofensa à lei tenha sido flagrante, repulsiva, resultante de erro crasso do julgador, o que não se verifica na hipótese.

O entendimento do autor de que a aplicação imediata das leis monetárias que instituíram os Planos Econômicos Governamentais configuraria violação ao direito adquirido e ato jurídico perfeito, sequer é controverso, porque está em consonância com os posicionamentos jurisprudenciais dominantes nesta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, este último exarado, inclusive, em recurso repetitivo, conforme mencionado na decisão rescindenda.

Verifica-se que houve, portanto, interpretação dos comandos legais citados pelo banco diversa da por ele pretendida e não violação à literal disposição de lei.

E, transitada em julgado a decisão, não pode o requerente fazer uso da rescisória como sucedâneo recursal, pois eventual inconformismo sobre o que foi decidido deveria ter sido manifestado por recurso especial.

Já se decidiu nesta Corte que é "*inconcebível pretensão do autor, que objetiva em sede de ação rescisória, a reforma do julgado simplesmente por ser contrário a seus interesses, mas sem qualquer respaldo nas hipóteses taxativas do artigo 485 do Código de Processo Civil*".[3]

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 485, INCISO V, DO CPC. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA.
>
> 1. Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação rescisória fundada no

1 Curso de Direito Processual Civil, 50ª Edição, 2009, Editora Forense, pgs. 701/702.

2 Código de Processo Civil Interpretado, 3ª Edição, 2008, Editora Atlas, pg. 1668.

3 Ação Rescisória n. 0576157.11.2010.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Rocha, v.u., j. 24.8.2011

Acesso ao Sumário

art. 485, inciso V, do CPC só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei.

2. O fato de o julgado haver porventura adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.

3. É incabível ação rescisória calcada no art. 485, inciso V, do CPC quando o aresto rescindendo decide a lide no mesmo sentido de jurisprudência pacificada em Tribunal Superior. Precedentes.

4. Processo extinto sem resolução do mérito."

(STJ, AR 2.261/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 183).

"AÇÃO RESCISÓRIA - Alegação de julgamento com violação literal de disposição de lei (artigo 485, V, do Código de Processo Civil). Inocorrência. Indeferimento. Quando o acórdão elege uma interpretação dentre outras cabíveis e esta eleita não destoa da literalidade do texto legal, nem conduz ao absurdo ou à teratologia, não pode ser considerado rescindível nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil, pois não resta afrontado o conceito de literalidade insculpido no próprio artigo, o qual, diga-se, encampa a ideia de afronta com dispensa de maior exame." (TJSP, Ação Rescisória nº. 540.114-5/7-00, Rel. Des. Pedro Luiz Aguirre Menin, 17ª Câmara Direito Público, j. 20.6.2006).

"Ação Rescisória - Violação a literal disposição de lei - Art. 485, V, do CPC - Pretensão calcada em interpretação de texto legal desfavorável ao autor - Inviabilidade da ação reconhecida pela falta de interesse processual de agir - Inicial indeferida - Processo extinto sem julgamento do mérito." (AC.RESC.nº.: 0002650-40.2011.8.26.000, Rel. Des. Irineu Fava, 7º Grupo de Direito Privado, v.u., j. 30.3.2011).

"AÇÃO RESCISÓRIA. INTERESSE DE AGIR. ADEQUAÇÃO. INTUITO RECURSAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL.

- Ação rescisória que tem natureza desconstitutiva de ação autônoma, afastada a hipótese de sucedâneo recursal - falta de adequação processual;

- Falta de interesse de agir que enseja o indeferimento da inicial, não constatada a existência do binômio necessidade-adequação, já que o autor pretende a rediscussão de matéria transitada em julgado, reiteradamente decidida, sob a alegação de violação constitucional - art. 490 do CPC;

- Art. 485, V, do Código de Processo Civil, que exige a violação 'aberrante' e o absoluto desprezo ao texto legal, incabível propor ação rescisória por interpretação legal - precedentes do STF e do STJ;

Acesso ao Sumário

INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL - EXTINTO O PROCESSO." (Ação Rescisória n. 0151639-85.2011.8.26.0000, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, 10º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça, v.u., j. 18.6.2012).

Flagrante, ainda, a inadequação da rescisória para suspensão de processo já em fase de execução, devendo ser ressaltado que as decisões proferidas em sede de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal não se enquadram no conceito de *literal disposição de lei*, ou seja, não possuem força vinculativa capaz de justificar a obtenção do provimento almejado.

Cumpre destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao indeferir o pedido de tutela antecipada para suspender a execução de sentença, formulado em ação rescisória que aborda temas de expurgos inflacionários, mencionou que "*o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal não traz em si, ínsito, qualquer juízo acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tema analisado. O escopo do sobrestamento é, tão somente, evitar-se a prolação de decisões conflitantes com o entendimento jurisprudencial a ser consolidado pelo STF, no julgamento do tema sobre o qual se reconheceu a repercussão geral.* ***In casu, já houve a prolação de decisão, ou seja, já foi proferido o acórdão nos autos da ação civil pública, inclusive, com trânsito em julgado e de acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não há falar-se em possível prolação de decisão conflitante, pois não se está diante da possibilidade de se decidir sobre o mérito dos expurgos, mas tão somente, encontra-se frente à execução, ou liquidação, daquele julgado***", acrescendo que "***não há uma decisão do STF ou, ao menos, qualquer indício acerca de eventual julgamento a favor da inconstitucionalidade da questão dos expurgos em caderneta de poupança, quando ao contrário, o acórdão liquidando, ora rescindendo, está amparado em consolidada jurisprudência do STJ***."[4] (destaquei).

Pondere-se, em acréscimo, que o autor não se valeu da reclamação perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, com a qual poderia sustentar o alegado descumprimento das decisões da referida Corte, sendo tal remédio, o único que poderia ser utilizado como instrumento destinado a garantir a autoridade de suas deliberações (CF, artigo 102, I, l).

Assim, patente a falta de interesse de agir dos autores por inadequação da via eleita, vez que pretendem é a reforma da sentença e aplicação de decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão para o qual poderiam ter feito a reclamação diretamente.

Ante o exposto, declaro o autor carecedor da ação e julgo extinto o processo nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil. Condeno-o ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária,

4 AR 004734, Min. Luis Felipe Salomão, j. em 23.9.2011, DJE 28.9.2011.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0123490-11.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante POLIPEX REPRESENTAÇÕES E COMERCIO 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: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5733)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) E JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - GARANTIA INSUFICIENTE - POSSIBILIDADE.

A insuficiência da penhora não obsta a apreciação dos embargos do devedor, o que importaria em ofensa ao direito de defesa. Inexistência de prejuízo à Fazenda, que poderá buscar reforço da penhora.

Agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos de execução fiscal, que determinou à agravante que oferecesse bens suficientes para garantia do débito, em 10 (dez) dias, sob pena de rejeição dos embargos. Aduz a agravante que já houve penhora de ativos financeiros e que independentemente da garantia integral da execução fiscal, merecem ser processados e julgados os embargos, em homenagem aos princípios da inafastabilidade da jurisdição,

do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros, conforme orientação pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça. Processado com liminar (fls. 97/99), foi devidamente cumprido o art. 526 do Código de Processo Civil (fls. 104/105) e oferecida a resposta (fls. 107/111).

É o relatório.

O presente recurso comporta provimento.

Assim porque, uma vez realizada a penhora, ainda que parcial, o direito do executado interpor embargos é de rigor, sem o qual ficaria ele privado da livre disponibilidade do patrimônio constrito e, ademais, do direito de defesa, aguardando incerto reforço, o que, há evidência, viola os princípios constitucionais consagrados nos incisos XXXV e LV do art. 5.º da CF /88.

Consoante anotou o saudoso Theotonio Negrão, no art. 16, §1º, da Lei de Execução Fiscal que, "*embora desejável, não é essencial para a admissibilidade dos embargos do devedor que o bem penhorado satisfaça integralmente o débito exequendo. A insuficiência da penhora não obsta a apreciação dos embargos do devedor, mormente se não restou provada, mediante prévia avaliação, que o valor dos bens constritos não atende à cobertura total da cobrança. A possibilidade de reforço da penhora contemplada por aplicação subsidiária do CPC à LEF impede que se retire do devedor a faculdade de embargar a execução, violando o princípio do contraditório. Realizada a penhora, considera-se seguro o juízo, impondo-se o recebimento e o processamento dos embargos do devedor e não sua liminar extinção, por não se encontrar seguro o juízo*" (RSTJ 135/229: 2ª T., REsp 80.723).

Cumpre lembrar que à própria Fazenda interessa o processamento dos embargos, ainda que não plenamente garantida a instância, porquanto se fará possível a solução de todas as matérias em razão das quais o devedor resiste à pretensão executiva, sem embaraço de futuro reforço da penhora, caso rejeitados os embargos.

Nesse sentido, confira-se jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - EMBARGOS DO DEVEDOR - ADMISSIBILIDADE. I - Embora desejável, não é essencial para a admissibilidade dos embargos do devedor que o bem penhorado satisfaça integralmente o débito exequendo. II - A insuficiência da penhora não obsta a apreciação dos embargos do devedor, mormente se não restou provada, mediante prévia avaliação, que o valor dos bens constritos não atende à cobertura total da cobrança. III - A possibilidade de reforço da penhora contemplada por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Execução Fiscal impede que se retire do devedor a faculdade de embargar a execução, violando o

Acesso ao Sumário

princípio do contraditório. IV - Realizada a penhora, considera-se seguro o juízo, impondo-se o recebimento e o processamento dos embargos do devedor e não sua liminar extinção, por não se encontrar seguro o juízo. V - Recurso improvido." (RESP 80723/PR, 2.ª T do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi - DJU 01/08/2000, p. 218.).

"PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - EMBARGOS A EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE. - Circunstância de o bem penhorado ser insuficiente para garantir a satisfação integral do crédito, não retira do devedor a faculdade de embargar a execução. Aproveitar a penhora, apenas para dar curso à execução, sem abrir ao devedor o direito de embargar é praticar odiosa restrição ao direito de defesa. É transformar a execução em confisco." (RESP 79097/SP, 1.ª T, Rel. Min. Gomes de Barros - - DJU 06/05/1996, p. 14386.)

Nestes termos, dou provimento ao presente agravo para determinar o recebimento e regular processamento dos embargos à execução opostos pela agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006452-41.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante FRANCISCA CAROLINA PILLILINI (POR CURADOR), 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: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

REINALDO MILUZZI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de obrigação de fazer pelo rito ordinário - Aluna com Síndrome de Down - Insurgência contra despacho que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar inclusão de professor auxiliar em sala de

aula - Não obstante seja dever do Estado a inclusão educativa de pessoa deficiente, preferencialmente na rede regular de ensino, nos termos dos artigos 6º, 205, 208, I e III, da Constituição Federal, já estão sendo ministradas aulas de reforço à agravante em outros período e escola, com trabalhos desenvolvidos relacionados com o mesmo conteúdo da sala regular - Ausência de requisitos legais para a antecipação da tutela - Recurso não provido

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão a fl.44 que, nos autos da ação de obrigação de fazer, pelo rito ordinário, indeferiu o pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar a imediata inclusão de professor auxiliar em sala de aula da Escola Estadual Suetônio Bitencourt, no período da manhã, à agravante, portadora de Síndrome de Down, para se dar efetividade às ordens constitucionais de oferta de regular ensino básico para todos.

Alega a recorrente que há prova inequívoca para concessão da tutela antecipada, uma vez que a abertura de sala especializada na Escola Estadual Luiza Macuco, no período da tarde, foi insuficiente e pretende fazer o ENEM para cursar Universidade de Educação Física, pelo que também necessita na escola regular que frequenta no período da manhã, de um professor auxiliar para acompanhá-la em todas as aulas (que também funcionaria como ledor durante o ENEM) e de um notebook para que alcance plenamente seu desenvolvimento educacional e mental. Discorre sobre o direito de todos à educação inclusiva fundado em dispositivos constitucionais que menciona (art.1º, III; 5º; 6º, "caput"; 205 a 213; 227, todos da CF) e Tratado da ONU, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado pelo Brasil em Nova Iorque em 30/3/07 e ratificado na EC 45/2004, que deve ser observada como paradigma social (indicando os artigos 24.1 e 24.2, letras "a". "b", "c", "d" e "e", além dos §§ 3º e 4º do mesmo artigo). Invoca ainda a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4º, IV, da Lei nº 9.394/96) para assegurar seu direito de inclusão e salienta que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadores de Deficiência, ratificando esta pelo Decreto nº 3.956/2001. Transcreve ensinamentos doutrinários neste sentido para concluir que a oferta de profissional auxiliar concretizará seu processo de integração do desenvolvimento da integridade física e mental, cumprindo o Poder Público seu dever de cumprir função social de inclusão.

Recurso tempestivo, ao qual foi indeferida a antecipação da tutela recursal (fl.63).

Acesso ao Sumário

Intimada, a Fazenda do Estado apresentou contraminuta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

FUNDAMENTOS

A agravante é portadora de Síndrome de Down e pretende a inclusão de professor auxiliar em sala de aula, no período da manhã, na Escola Estadual Suetônio Biteconcourt, além de um notebook para que alcance o desenvolvimento educacional e mental.

Insurge-se contra o indeferimento do pedido de antecipação da tutela para tanto, cuja decisão agravada está assim redigida:

"1 - Defiro a gratuidade de justiça. Anote-se.

2 - A inicial revela que à autora já estão sendo ministradas aulas, todas as tardes com o acompanhamento de educador especial, na Escola Luiza Macuco, o que, segundo as alegações iniciais, não está sendo suficiente ao alcance do pleno desenvolvimento educacional e mental.

3 - Assim, em juízo de cognição sumária, ausente prova inequívoca que induza à verossimilhança das alegações iniciais, indefiro a tutela liminar, reputando recomendável o prévio contraditório. Calha observar, ademais, que o pedido liminar almejado confunde-se com a antecipação da própria tutela final.

4 - Cite-se com as advertências legais.

5 - Anote-se a intervenção do Ministério Público.

Ciência ao MP.

Int".

Escorreita a decisão atacada.

Não obstante seja dever do Estado prestar serviços de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, assim como de criar programas de atendimento para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental (artigos 205, 208, II e 227, § 1º, II, da Constituição Federal), já estão sendo ministradas aulas de reforço à agravante, no período da tarde, na Escola Estadual Luíza Macuco.

A inclusão de professor auxiliar também no período da manhã, numa análise perfunctória, não seria imprescindível, conforme se constata dos documentos acostados à contraminuta.

Nas informações prestadas pela Diretora de Ensino da Região de Santos ao MM. Juízo "a quo" (fls.78/85), além de dar vários esclarecimentos, informou que os professores da E.E. Suetônio Bittencourt Jr. conseguiram realizar um trabalho pedagógico descobrindo quais os obstáculos que a agravante enfrentaria, traçando estratégias para maior concentração, rotina, regras, revertendo os

Acesso ao Sumário

entraves na comunicação e na interação dela com o grupo e com a representação escrita, criando artifícios para um aprendizado diferenciado e eficiente. Aduz ainda que a recorrente não deveria ter uma pessoa para digitar notebook, uma vez que os aspectos da construção do processo de letramento precisam ser contínuos e gradativos, além de impor a condição ao estudante de que o estudo depende dele, mesmo dentro de suas limitações.

De outro lado, os boletins da agravante (fls.93, 96 e 98) demonstram notas que variam de 5 a 10, mas que sua frequência é baixa, pois revela que nos primeiros bimestres deste ano ela teve 32 faltas em Língua Portuguesa e 46 em matemática (fl.92), situação semelhante no ano de 2012, pois teve 36 faltas em Língua Portuguesa e 53 faltas em matemática (fl.95), durante todo o ano letivo. Já no ano de 2011 teve 50 faltas em Língua Portuguesa e 45 faltas em matemática (fl.98), durante aquele ano letivo, o que denota que não é imprescindível mais um professor auxiliar se o comparecimento é falho, ou seja, não é assíduo.

Por fim, no relatório da Diretora da Escola Estadual Dona Luiza Macuco, consta que a agravante tem atendimento pedagógico individual pela professora especialista em Educação Especial, no período da tarde, em que são empregados diversos recursos como notebook, jogos pedagógicos, material concreto e outros contidos na sala de recursos e é desenvolvido trabalho relacionado com os mesmos conteúdos da sala regular com a E.E. Suetonio Bittencourt Jr.. Acrescenta que a aluna tem frequência prejudicada e que se percebe que o número elevado de atividade extraclasse realizada pela aluna torna-se exaustivo, não proporcionando um melhor rendimento na sala de recursos (fl.106). Outro motivo que reforça a desnecessidade de mais um professor auxiliar e de um notebook, pelo menos por ora.

Por conseguinte, analisando os documentos que formam este instrumento, não se vislumbra o acentuado juízo de probabilidade do direito alegado pela autora, de sorte que só com o aprofundamento da cognição será possível elucidar os fatos controvertidos.

Neste sentido é o parecer do Douto Procurador de Justiça, Dr. Pedro Eugênio Frederico (fls.111/112), que bem anotou:

"Acolher de plano a pretensão da autora implica em ignorar questões de ordem técnica, pedagógica e orçamentárias que envolvem o caso. É preciso, antes, avaliar o que, de fato, é importante para o bom desenvolvimento da agravante, e se para isso há viabilidade técnica e orçamentária. No momento, estas questões estão indefinidas, mesmo porque não se trata de procedimento padrão da Administração Pública, cujo cumprimento poderia ser exigido sem delongas pela Justiça".

Assim, não é possível concluir antecipadamente pela plausibilidade do direito invocado.

Acesso ao Sumário

Conforme ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 2ª ed., pág. 143/145), a antecipação da tutela, entre outros requisitos, deve estar fundada em um juízo de probabilidade do direito alegado pelo autor. Pondera, também, quanto às duas situações previstas nos incisos do art. 273, I, do Código de Processo Civil, o seguinte: *"A primeira delas sugere o requisito do periculum in mora, ordinariamente posto em relação à tutela cautelar. Reside no "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (art. 273, inc. I). As realidades angustiosas que o processo revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado de bem a que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo. A necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não deve reverter a dano de quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo (Chiovenda). No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito despir um santo para vestir outro. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo certamente."* (pág. 145).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0082505-97.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ NILDO LIMA DOS SANTOS, 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: "Deram provimento parcial ao agravo, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12915)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) E LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO.

EXECUÇÃO. PRESENÇA DO AUTOR OU PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO PARA EXPEDIÇÃO DE GUIAS DE LEVANTAMENTO. INADIMISSIBILIDADE. PROCURAÇÃO PARTICULAR OUTORGADA COM PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. VIABILIDADE. O advogado legalmente constituído, com poderes na procuração para receber e dar quitação tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome, a fim de levantar depósitos judiciais e extrajudiciais.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento erigido contra a r. decisão do MM. Juiz "a quo" Dr. Paulo Barcellos Gatti, que, em ação acidentária na fase executiva, teria determinado, para suprir a presença física do obreiro, a juntada de procuração por instrumento público com referência específica para o ato de liberação do numerário, dele constando o valor exato que cada qual dos beneficiários haverá de levantar por guia própria, servindo o saque como quitação do respectivo valor.

Acenou o agravante, de forma concisa, que tal exigência fere o já consagrado direito no exercício da advocacia inviolável; argumentou que o nobre Juízo é explicitamente contrário a determinação da Corregedoria do Egrégio Tribunal de Justiça, porquanto elaborou formulário sobre a forma de se fazer o levantamento judicial; por fim, requereu **seja deferida a expedição das guias de levantamento, bem como seja proibida, nos casos futuros, a exigência da presença física para levantamento das guias e a apresentação de mandato de instrumento público.**

Agravo tempestivo, devidamente processado, sem pedido de efeito suspensivo e sem contraminuta - apenas tomou ciência, v. fl. 51 -.

É o sucinto relatório.

Cinge-se a controvérsia sobre a determinação, para suprir a presença física do obreiro, da juntada de procuração por instrumento público com referência específica para o ato de liberação do numerário, dele constando o valor exato que cada qual dos beneficiários haverá de levantar por guia própria, servindo o saque como quitação do respectivo valor.

Ora, razão assiste, em parte, ao agravante, pois de acordo com a

Acesso ao Sumário

procuração xerocopiada a fl. 11, verifica-se que se outorgou, por instrumento particular, amplos poderes ao patrono do agravante, inclusive os de "*receber e dar quitação*", razão pela qual não há motivo que o impeça de receber mediante a expedição de mandado de levantamento em seu nome os valores depositados.

Nesse sentido, inclusive, a orientação do prof. Theotonio Negrão, no seu Código de Processo Civil, 41ª edição, Editora Saraiva, nota 11b, ao art. 38, pág. 182, textualmente:

> "O advogado legalmente constituído, com poderes na procuração para receber e dar quitação, tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome, a fim de levantar depósitos judiciais e extrajudiciais" (RSTJ 53/413 e STJ-RJ 195/55, Bol. AASP 1.942/81j).

Vale destacar, ainda, o acórdão proferido na Apelação sem Revisão nº 554.405-5/2, da lavra do ilustre Desembargador Miguel Cucinelli, "*poderá o juiz determinar que seja dada ciência ao autor da lide acidentária sobre o depósito efetuado pela autarquia*".

Ressalte-se, outrossim, que eventual irregularidade no exercício do mandato implica em responsabilidade do patrono nas esferas administrativas, cível e criminal.

Derradeiramente, porém, **observo que as questões referentes à proibição de, nos casos futuros**, exigir-se a presença física para levantamento das guias e a apresentação de mandato de instrumento público, deverão ser analisadas, no momento oportuno, **de acordo com as novas condições da época;** sem prejuízo, porém, em inexistindo qualquer fato novo, da preclusão do tema solucionado neste v. Acórdão.

Desta forma, acolho, em parte, as alegações do agravante para determinar a expedição das guias de levantamento em nome de seu patrono.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial ao agravo, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0138990-20.2013.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é agravante GILBERTO BRAZ-S S. GRAMA - ME, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 12928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), CRISTINA COTROFE E JOÃO CARLOS GARCIA.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - Insurgência contra a decisão que acolheu em parte a exceção de pré-executividade - Alegação de decadência e nulidade da CDA - Decadência não configurada - Crédito tributário constituído dentro do prazo legal - Certidão que não apresenta nulidade - Decisão mantida - Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GILBERTO BRAZ-S S. GRAMA ME contra a r. decisão copiada a fls. 105/107 que acolheu em parte a exceção de pré-executividade oposta pela agravante nos autos da execução fiscal que lhe move a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, afastando a ocorrência da decadência e a nulidade da CDA.

Sustenta a agravante, em síntese, que se consumou a decadência do crédito tributário, uma vez que o auto de infração que deu azo à execução fiscal foi lavrado em 27.06.1994, relativo aos exercícios de 1990 a 1992, e o débito foi inscrito em dívida ativa em 07.12.2011. Aduz, ainda, padecer a CDA de nulidade por violação ao art. 97 do CTN, pois a pretensão da agravada se ampara somente na previsão do RIMCS, não havendo qualquer menção à lei que embasa a cobrança. Ressalta que somente lei pode cominar penalidades, razão pela qual a menção ao dispositivo legal era imprescindível. Requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso, com o reconhecimento da nulidade do título executivo (fls. 2/11).

Recurso tempestivo e devidamente instruído.

Dispensadas as informações do Douto Juízo monocrático, bem como intimação da parte agravada.

Intimadas, as partes não apresentaram oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

O inconformismo da agravante não prospera.

Isso porque se extrai da CDA (fls. 14/66) que o crédito tributário se refere à cobrança de multa decorrente de autuação lavrada em 27.06.1994, relativa a

Acesso ao Sumário

diversas infrações praticadas nos exercícios de junho de 1989 a janeiro de 1993.

Com efeito, verifica-se que a lavratura do auto de infração se deu em prazo inferior a cinco anos dos fatos geradores, e que houve trânsito em julgado da decisão que impôs ou manteve a multa em 08.12.2008.

Assim, não há se falar em decadência, não importando que o crédito tenha sido inscrito na dívida ativa em 07.12.2011.

Também não se observa nulidade na CDA, pois a multa é embasada na Lei nº 6.374/89.

Como bem anotou a nobre Magistrada ***a quo*:**

"A presente exceção merece parcial acolhida.

A lavratura do AIIM implica em lançamento e ocorreu antes de escoado o prazo decadencial de 5 anos, pois se trata de exercícios de 1990, 1991 e 1992 e o auto de infração foi lavrado em 27/06/94, não havendo, portanto, decadência a ser reconhecida.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. AUTO DE INFRAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. ART 173, I DO CTN. 1- A fixação do termo inicial de contagem do prazo decadencial depende do tipo de lançamento a que está sujeito o tributo. O art. 173, I, do CTN estabelece a regra geral, determinando que o prazo para a constituição do crédito tributário será de 5 (cinco) anos a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". Cuidando-se, pois, de lançamento de ofício ou por declaração aplica-se essa regra, excluindo- se o lançamento por homologação, que apresenta regramento específico 2. Muito embora o ICM - tributo discutido nos autos - esteja sujeito a homologação, verifico que o lançamento fiscal questionado nos presentes embargos decorre de infração à legislação tributária estadual. O recorrido, na hipótese dos autos, responde à autuação, não como contribuinte do imposto, mas apenas como responsável tributário por ter infringido à legislação fiscal do Estado. 3. Na pendência de impugnação ou recurso do contribuinte, enquanto não encerrado o processo administrativo-fiscal e constituído, de maneira definitiva, o crédito tributário, continua a correr o prazo de decadência 4. A decadência somente seria possível em momento anterior a lavratura do auto de infração, por ter a natureza de lançamento de ofício do crédito tributário. No período compreendido entre a notificação do lançamento e a fluência do prazo para interposição de recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso interposto, não mais corre prazo de decadência, vez que encerrada a atividade administrativa de constituição do crédito, e

Acesso ao Sumário

ainda não se iniciou a fluência do prazo de prescrição". (RE 94 462/SP, Rei. Min Moreira Alves, j 08/03/2005). Não vislumbro, por outro lado, qualquer nulidade no processo de execução, pois o título executivo extrajudicial, que deu ensejo a esta ação apresenta, formalmente, aparência de liquidez, certeza e exigibilidade.

As CDAs revestem-se de todos os requisitos necessários à sua regularidade e permite ao contribuinte o conhecimento de seu teor e exercício de eventual defesa contra a exação. O tributo fora especificado e os valores incidentes desdobrados por item e em conformidade com as disposições do art. 202 do Código Tributário Nacional. Desta forma, atendidos os requisitos de validade da certidão de dívida ativa.

Ao contrário do alegado, houve expressa menção ao fundamento legal da dívida, qual seja, a legislação do ICMS, RICM e Lei n.º 6.374/89 e incidência de multa com base na última Lei citada e não com base no RICM, não havendo qualquer violação ao art. 97 do CTN." (grifo nosso)

Destarte, tem-se que a r. decisão de primeiro grau, não infirmada pelas razões recursais, deu o adequado deslinde à controvérsia, merecendo ser integralmente confirmada.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados.

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 recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0141344-18.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONTROLAR S/A, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.000)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 2 de outubro de 2013.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Processual Civil.

Antecipação de tutela, objetivando suspensão de exigibilidade da multa aplicada, bem como das determinações da Administração Pública Municipal no que toca a inovação da máscara utilizada no sistema "Controlar", bem como de controle biológico específico - Afastamento das determinações voltadas a máscara (EPI) e exame diferenciado de biossegurança, por falta de arrimo concreto, mantida no mais, a decisão *a quo*, inclusive no que toca a suspensão da exigibilidade da multa aplicada.

Dá-se parcial provimento ao recurso interposto.

VOTO

Vistos.

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Controlar S/A, tirado da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação de rito ordinário, objetivando a suspensão da exigibilidade da multa aplicada à agravante, abstendo-se a municipalidade de exigir condutas descritas no Auto de Infração Série F n. 06541, indeferiu o pedido de antecipação de tutela. Postula a reforma do *decisum*.

Provido em parte o pleito de efeito suspensivo (fl. 1677/1682), sobreveio resposta (fl. 1702/1714).

É o relatório.

2. *Ex ante*, a matéria, quanto ao seu arrimo e solução, foi retratada no despacho que concedeu em parte o pedido de efeito suspensivo, que ora se mantém e se incorpora como norte decisório, vez que nada altera a convicção primeira, não havendo argumento que abale o exercício de exegese produzido, agora não mais de perfil provisório, azo pelo qual de rigor a transcrição: "**1.**

Acesso ao Sumário

Provejo, em parte, o pedido de efeito suspensivo, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade, *ex vi legis*. Vale notar que, na espécie, que sem sombra de dúvida a respeitável decisão agravada se encontra mui bem fundamentada, no entanto, por questão de convencimento entendo que a solução é diametralmente oposta aquela lançada pelo nobre magistrado, para efeito de apreciação dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil na espécie. Em primeiro plano de discussão, cumpre observar, que a autora, ora agravante, juntou copia de diversos laudos garantidores da retidão de conduta em relação a postura tomada quanto aos seus empregados no exercício de proteção da atividade de labor, atendendo, o que não se nega, ao regramento positivo. No entanto, a empresa, ora agravante, foi autuada por não fornecer aos seus empregados no exercício da atividade, conhecida pela própria razão social da empresa (metonímia) "Controlar", equipamento de proteção individual EPI adequado para exposição de gases, bem como por não realizar controle biológico referente as substancias químicas especificas (monóxido de carbono, xileno, tolueno e benzeno). Com efeito, não há nenhuma demonstração de descumprimento de *facere* ou de *non facere* especifico determinado por lei, tendo sido o auto de infração e a penalidade aplicada, consoante se observa da decisão administrativa que se reporta ao parecer técnico da Secretaria de Vigilância de Saúde do Munícipio da Capital (Cf., respectivamente, fl. 932 e 928/930), com base nos princípios da prevenção, precaução e biossegurança, na forma dos artigos 4º e 6º, da Lei Municipal n. 13.725/2004. O principio da precaução, com viés de prevenção guarda como arrimo conduta visando prevenir danos sérios ou irreversíveis a vida, a saúde e ao meio ambiente, ainda que não se suceda comprovação cientifica de tal, ou seja, que a conduta positiva ou negativa esteja previamente configurada como danosa ou de razoável possibilidade de ofensa aos bens protegidos, na forma do artigo 4º e seus incisos. Por outro lado a biossegurança voltada é a prevenção minimização ou eliminação de riscos, em proteção, igualmente, a saúde, do homem e dos animais, preservação do meio ambiente e qualidade de resultados (Cf. artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei n. 13.725/2004). Sem sombra de dúvida, a formula inovadora de 2004, tendente a proteção da vida e do meio ambiente merecem encômios, porquanto tende a promover condutas preventivas antes mesmo que exista fundamento cientifico que afaste ou abone determinada ação ou omissão, o que faz imaginar no meio tão tecnológico em que hoje se vive o retorno a eras priscas, em exercício de alquimia, diriam os críticos. Entrementes, o espírito da lei é absolutamente elogiável e exige do hermeneuta e, em especial, do aplicador da lei, absoluto bom senso e arrimo constante no principio da razoabilidade __ Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem assevera que **"a irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correção ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa. O princípio tem grande**

Acesso ao Sumário

aplicação no direito francês, no direito argentino, no direito espanhol, onde, com frequência, o Judiciário anula atos administrativos que contrariem o princípio da razoabilidade, precisamente pela inexistência daqueles dispositivos. A matéria é particularmente relevante quando se trata de sanções disciplinares ou de medidas de polícia, umas e outras excessivas ou sem qualquer correlação com os fins visados pelo ordenamento jurídico" (Cf. *in* Discricionariedade Administrativa, p. 201). A razoabilidade nada mais é do que a verificação de um ato ou fato se conforme com a razão, o que se traduz com mais exatidão pelo conceito expresso no Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas: **"Do uso restrito, que designa a atividade de raciocínio ou dedução lógica de verdade necessária, o termo razão passou a designar mais genericamente o poder do intelecto de formular conceitos e estabelecer relações lógicas de modo a deduzir uma conclusão correta de uma premissa dada ou de fazer um julgamento objetivamente válido a respeito de fenômenos empíricos. Por extensão, passou a significar também uma explicação ou justificação válida e lógica de um acontecimento ou relacionamento; e por outra extensão ainda, qualquer causa ou motivo."** (Cf. p. 1.025). Dessa feita, como se pode observar, razoabilidade guarda sentido extremamente amplo, passando pelo campo ideal da ideia de adequação, idoneidade, logicidade e equidade, revelando tudo que não é absurdo, tendo-se como aceitável apenas o admissível, pelo que compreensível à conceituação pelo prisma do bom senso, da prudência e da moderação. Diante de tais premissas, é possível asseverar que a precaução **"de danos sérios ou irreversíveis a vida, a saúde e ao meio ambiente"** (literalidade do *caput* do artigo 4º da Lei n. 13.725/2004), deve tomar como base fundada suspeita de que a ação ou inação podem causar dano direto ou indireto ante a não verificação a tempo oportuno. Ainda que não haja comprovação cientifica, algo de palpável deve conduzir a atitude do executor da norma, no mínimo, algum reclamo de ofensa a integridade física, aparecimento de alguma doença, ou até mesmo sintomas, mas indicio suficiente de que tal conduta deve ser reprimida ou exigida pela autoridade, a fim de evitar, hipoteticamente, que se suceda o mal maior, a vida, a saúde ou ao meio ambiente. Não basta simplesmente asseverar, tal como consta, no parecer técnico, que a conduta se norteia pelo principio da precaução, da prevenção e biossegurança, em termos genéricos de retorica própria de palanques (Cf. fl. 927, 928 e 929, *caput*), tanto que ao ler cada fundamento, qualquer morador da capital bandeirante se sentiria com a mínima necessidade de usar uma mascara EPI e fazer exame de biossegurança, em especial quando a qualidade do ar guarda notas baixíssimas. Nessa esteira, a razoabilidade determina a concessão de antecipação de tutela (*rebus sic stantibus*), a fim de que a Administração Pública não autue sob o fundamento de existência de mascara própria para gases (EPI), bem como da realização do controle biológico especifico de monóxido de

Acesso ao Sumário

carbono, xileno, tolueno e benzeno, permanecendo, em tudo mais, intocável o auto, pois não contrariado no momento, observando-se que o Auto de Infração não é aquele de n. 06541 lançado na minuta, mas sim Série F/06451 (Cf. fl. 158), que deu origem ao Auto de Penalidade Série E/05349. Ainda, não há falar, para o momento, no afastamento do deposito judicial para efeito de suspensão de exigibilidade da multa imposta, porquanto a conduta que deu ensejo a multa, não diz respeito apenas e tão só a questão da ausência de mascara e do exame de biossegurança, mas também, a outras duas, que dizem respeito a armários e deposito de equipamentos de limpeza, par e passo da higienização do uniforme dos empregados, o que não é alvo de discussão, móvel pelo qual permanece integra a decisão no que toca ao deposito, até final julgamento." (fl. 1677/1682).

Com efeito, de antemão observo que os argumentos trazidos em contraminuta não alteram o convencimento suso revelado, em especial pelo fato de que todo debate guarda como pressuposto os princípios da prevenção, precaução e biossegurança, na forma da Lei Municipal n. 13.725/04, princípios estes de suma importância, sem dúvida, mas que não podem ser utilizados como mola de impulsão de excesso de zelo, no mínimo, diga-se *en passant*, porquanto não há nada que justifique a precaução, tanto que os instrumentos utilizados são os mesmos desde o inicio do controle de emissão de gases pela municipalidade, que, até então, não só concordou com as precauções utilizadas (instrumentos), como validou toda a ação, sendo difícil compreender o azo pelo qual, de repente, não mais que de repente, com o perdão da expressão, mudou de opinião.

Nesse quadro, as perícias apresentadas não merecem criticas, até porque, repita-se, não há nenhum motivo concreto para as exigências formuladas, que assim se sucederam, repita-se, de repente.

Noutro giro, a agravante foi, de fato, avaliada pela COVISA e nada atestado foi como fora da normalidade, ao revés, a agravante atende a legislação em vigor, estando sempre dentro dos parâmetros e limites exigidos ao exercício de sua atividade, permitidos à higidez humana.

Desta feita, outra não é a solução, senão o provimento parcial do recurso, mantendo-se a determinação de depósito para suspensão da exigibilidade da multa.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0093569-07.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

CITIBANK LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), CRISTINA COTROFE E JOÃO CARLOS GARCIA.

São Paulo, 9 de outubro de 2013.

RUBENS RIHL, Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - Débito relativo a multas de trânsito - Veículo objeto de arrendamento mercantil - Tutela antecipada indeferida pelo Juízo *a quo* - Decisório que não merece subsistir - O arrendante é proprietário para efeitos exclusivamente financeiros, não tendo qualquer responsabilidade por infrações praticadas pelo arrendatário ao utilizar o veículo arrendado, uma vez que nenhum poder exerce sobre esta utilização, nem retira desta qualquer proveito - Presentes os requisitos da antecipação da tutela pleiteada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida à fl. 34 que, nos autos da ação promovida por CITIBANK LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, indeferiu o pedido de antecipação da tutela formulado pela requerente, que visava a declaração de nulidade das multas de trânsito indevidamente impostas.

Sustenta a agravante, em resumo, que após formular pedido de reconsideração da decisão objeto do Agravo de Instrumento nº 0027930-42.2013.8.26.0000, a douta Juíza indeferiu a tutela. Alega estar sofrendo cobranças de débitos referentes a multas de trânsito provenientes do veículo de placas CLM1592, o qual não lhe pertence, pois embora registrado em seu nome, referido veículo foi objeto de contrato de arrendamento mercantil firmado entre si e Marco Antônio de Souza Santinho, que vigorou entre 15.10.98 a 15.10.2000, com baixa do gravame em 09.01.2003. Aduz que o veículo foi objeto de novo contrato de financiamento firmado com o Banco do Estado de São Paulo, com gravame incluído em 09.02.2003, baixado em 01.11.2004. Ressalta que

Acesso ao Sumário

o arrendatário não providenciou a transferência do bem para o seu nome, e que, com a baixa do gravame, informou que o veículo foi transferido para o nome do arrendatário, não podendo o órgão de trânsito alegar ignorância em relação à titularidade do bem. Argumenta que, nos contratos desta natureza, a responsabilidade pelo pagamento de multas de trânsito é do cliente que financiou o veículo. Invoca a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consistente na manutenção da inscrição de seu nome no CADIN municipal, o que lhe impede de participar de licitações. Por fim, ressalta não ser necessário o depósito judicial para suspender a exigibilidade dos créditos tributários, ante o teor do art. 151, inciso V, do CTN. Pugna pela antecipação da tutela recursal, com a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em discussão, independentemente da realização de depósito judicial (fls. 02/27).

A petição de agravo foi instruída com os documentos obrigatórios exigidos por lei e com cópia de outras peças úteis ao entendimento da lide.

Recurso tempestivo, regularmente processado, dispensáveis as informações do Douto Juízo monocrático.

As partes foram devidamente intimadas, tendo a agravada manifestado oposição ao julgamento virtual, apresentando ainda contraminuta (fls. 171/181).

É o breve relatório.

Examinadas as questões trazidas pela agravante, bem como os fundamentos adotados pela nobre Magistrada *a quo*, tem-se que a r. decisão de primeiro grau merece reforma.

Busca a agravante, com o presente recurso, antecipação da tutela para suspender a exigibilidade dos créditos tributários, consistentes em multas de trânsito lançadas contra o veículo de placas CLM1592 (fls. 78/114).

De fato, os documentos carreados aos autos indicam que o veículo Corsa Super, placas CLM1592, foi objeto de contrato de leasing entre a agravante e Marco Antônio de Souza Santinho, e teve o gravame baixado em 09.01.2003 (fls. 118/119).

Já o documento de fls. 123 indica ser a agravante a proprietária do veículo.

Pois bem.

Verifico presentes os requisitos autorizadores da antecipação da tutela pleiteada, pois se a demandante é a proprietária do automóvel, mas não deu causa às infrações de trânsito, não deve arcar com as despesas delas decorrentes.

Deveras, iterativos julgados das Cortes Superiores perfilham o entendimento de que o arrendador não é responsável pelas consequências de ato ilícito decorrente da utilização do veículo pelo arrendatário, conforme demonstram os seguintes julgados:

"Arrendamento mercantil. Leasing. Responsabilidade da arrendadora.

Acesso ao Sumário

A arrendadora não é responsável pelos danos causados pelo arrendatário. Não se confundem o contrato de arrendamento mercantil (Lei 6.099/74 e a locação, não se aplicando àquele a Súmula 492 do STF Recurso Extraordinário conhecido e provido" *(STF, RE, Rel. Oscar Corrêa, DJU 6/5/88 - RT 634/213).*

"A arrendadora não é responsável pelos danos provocados pelo arrendatário. Não se confundem o contrato de arrendamento mercantil (Lei 6.099/74) e a locação, não se aplicando àquele à Súmula 492 do STF" *(STF, Rel. Oscar Corrêa, RTJ 125/894-897).*

"A arrendadora não é responsável pelos danos provocados pelo arrendatário. O leasing é operação financeira, na qual o bem em regra objeto de promessa unilateral de venda futura tem a sua posse transferida antecipadamente. A atividade, aliás, própria do mercado financeiro, não oferece potencial de risco capaz de por si acarretar a responsabilidade objetiva, ainda que a coisa arrendada seja automotor" *(STJ, REsp, Rel. Cláudio Santos, RSTJ 20/379).*

No mesmo sentido é o entendimento desta colenda Câmara:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Multas de trânsito. Transporte clandestino de passageiros. Arrendamento mercantil. Empresa arrendadora que não é responsável pelos atos ilícitos praticados pelo arrendatário na posse do bem. Sentença reformada. Execução fiscal extinta. Recurso provido."

(Apelação Cível nº 990.10.487581-1, relator Desembargador Carvalho Viana)

Destarte, tendo a agravante demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consistente na realização de depósito judicial de elevada quantia, bem como a verossimilhança das alegações, conforme se extrai da documentação acostada aos autos, de rigor a reforma da decisão agravada para deferir a antecipação da tutela pleiteada.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao presente resultado. 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).

Acesso ao Sumário

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, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0152029-84.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLUBE PAINEIRAS DO MORUMBY, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

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 24.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INDENIZAÇÃO PELO PERÍODO DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL - PERÍCIA – Necessidade - Valor locatício fixado em 1989 que se tornou defasado em razão da demora no cumprimento da reintegração de posse - Observância do princípio da razoabilidade - Valor da indenização que deve corresponder ao dano efetivo, sob pena de enriquecimento sem causa e violação ao direito de propriedade - Área colocada à disposição em 2004 que foi erroneamente demarcada, tendo a entrega efetiva ocorrido somente em 2011. Recurso improvido.

VOTO

O Clube Paineiras do Morumby deduziu agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de r. decisão que, em ação de reintegração de posse, determinou a realização de perícia para a fixação do valor locativo durante o período em que a área permaneceu invadida (fls. 16).

Alega que é desnecessária a realização de perícia. Diz que o valor já foi

Acesso ao Sumário

fixado, devendo apenas ser atualizado. Esclarece que já efetuou o pagamento parcial do montante indenizatório. Afirma que em 2004 colocou o terreno à disposição da Municipalidade, que não o recebeu por responsabilidade própria. Aduz que a demora da agravada em avaliar a área demarcada não pode lhe trazer prejuízos. Argumenta que a sentença dos embargos de retenção foi baseada em perícia. Daí, pretender a reforma da r. decisão (fls. 02/11).

Inicialmente, indeferiu-se o pedido de efeito suspensivo (fls. 241). O agravante pediu a reconsideração da decisão (fls. 254/257), o que foi acolhido, deferindo-se a suspensão do r. ato decisório atacado até o julgamento do presente recurso (fls. 259).

A agravada apresentou resposta (fls. 265/268).

É o relatório.

Não assiste razão ao agravante.

Desponta dos autos que o Clube Paineiras do Morumby foi condenado a reintegrar ao Município de São Paulo "a área de 685,00 m2, como apurado pelo perito judicial, desfazendo-se eventuais construções existentes", bem como a pagar "perdas e danos pela ocupação indevida da área, a partir da data da citação, que deverão ser apurados em regular liquidação de sentença pelo critério da renda" (fls. 103). A r. sentença, datada de 1987, transitou em julgado.

Em embargos de retenção, alegou o Clube que a área possuía benfeitorias que deveriam ser indenizadas. Em novembro de 1990, os embargos foram julgados procedentes, "para condenar a Municipalidade a indenizar a embargante, pelo valor de 40.021,00 BTN's. Concedo à Municipalidade o direito de compensar desta indenização o valor de NCZ$ 2.055,00 (correspondente a dezembro de 1989), por mês de ocupação, a partir da citação levada a efeito na ação reintegratória" (fls. 133).

Após inúmeras discussões acerca da possibilidade de aquisição da área pelo Clube ou de permuta por outra de maior interesse da Municipalidade, em 2004 juntou-se manifestação do Clube alegando que demarcara a área litigiosa, desejando entregá-la (fls. 157).

Acesso ao Sumário

Em 2007, após análise por seu pessoal técnico, a Municipalidade informou que a demarcação feita pelo Clube estava incorreta (fls. 163/164). Em audiência de conciliação, acordou-se a identificação da área, surgindo, entretanto, novas discussões sobre a possibilidade de permuta (fls. 168).

O andamento do processo foi suspenso mais uma vez. A Prefeitura se manifestou pelo imediato cumprimento da ordem de reintegração em agosto 2009 (fls. 182/183), ao que o Clube informou ainda pender resposta administrativa sobre uma possibilidade de permuta (fls. 503/505).

Novo pedido da Municipalidade em janeiro 2010 (fls. 510/511), quando o Clube informou que restituiria a área, mas questionou as condições de projeto,

especialmente acerca de muros e um portão (fls. 515/517). O Município insistiu no pedido de reintegração (fls. 525), mas foi instado a se manifestar acerca dos questionamentos da parte (fls. 526).

Em outubro de 2011, houve nova tentativa de conciliação, infrutífera porque "o requerimento administrativo relativo à permuta da área está em análise junto à Secretaria de Gestão" (fls. 522).

Por fim, em julho de 2012, houve nova solicitação de expedição do mandado de reintegração de posse (fls. 573), esclarecendo a Municipalidade que todos os pedidos administrativos haviam sido julgados (fls. 574 e ss.), o que foi deferido em janeiro de 2013 (fls. 609).

Em 31 de janeiro de 2013, o Clube fez saber que a área se encontrava desocupada, restando desnecessária a ordem de arrombamento e auxílio de força policial. Requereu "designação de dia e hora para a efetiva entrega da área" (fls. 613). A reintegração deu-se em 22 de abril de 2013 (fls. 634).

Após a reintegração, requereu a agravada a elaboração de perícia para avaliação do montante a ser indenizado pelo uso da área pública.

A perícia é, de fato, devida.

À evidência, o retardo no cumprimento da decisão de reintegração de posse fez com que o valor locatício fixado em 1989 se tornasse defasado.

Verifica-se que a decisão transitada em julgado determinou o pagamento de perdas e danos pela ocupação indevida da área, apurados pelo critério da renda (fls. 103).

Como é cediço, a indenização tem por objetivo repor o patrimônio do lesado, restituindo-o ao estado indene, livre de danos. Visa, no caso, a compensar o legítimo proprietário do imóvel pelo período em que foi privado do bem. Assim, deve corresponder ao valor de mercado, acompanhando-se o valor real do dano a ser ressarcido, sob pena de enriquecimento sem causa da agravante e violação ao direito de propriedade da Municipalidade.

Nesta senda, ressalte-se que a decisão em embargos de retenção que fixou valor nominal mensal para a indenização deve ser lida em conformidade com o princípio da razoabilidade que, no caso concreto, deve prevalecer sobre a segurança jurídica.

Note-se que o teor da decisão que fixou a obrigação de reparar os danos causados à Municipalidade continua a produzir efeitos para além do momento em que foi proferida, suplantando, inclusive, a literalidade da decisão que fixou valor nominal do aluguel em 1989.

Por fim, observa-se que não houve a entrega efetiva da área em 2004, como alega a agravante.

Embora tenha colocado uma área à disposição, a demarcação da mesma

Acesso ao Sumário

estava incorreta. Além disso, o Clube possuía interesse em adiar o cumprimento da ordem de reintegração, tanto assim que procedeu a diversas tratativas com a Municipalidade para que permanecesse com o bem (por meio de aquisição ou permuta). Se quisesse, de fato, entregar a área, já o teria feito, como ocorreu em janeiro de 2011.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, para que subsista a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0136130-46.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante POZELLI ADVANCE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, é agravado 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: "Não conheceram do recurso. V.U., com determinação. RECURSO NÃO CONHECIDO COM REMESSA À EGREGIA CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.536)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Execução de Título Extrajudicial - Indenização por construção de edifício no entorno de imóvel tombado - Meio ambiente cultural - O Órgão Especial dirimiu a Dúvida de Competência nº 170.880-0/1-00 declarando que a matéria se insere na competência da Câmara Especial do Meio Ambiente - Recurso não conhecido com a remessa à Egrégia Câmara Especial do Meio Ambiente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra despacho de fls. 71/72, exarado pelo Juiz Rodrigo Garcia Martinez, que, em ação de execução de título extrajudicial, não reconheceu a prescrição alegada pelo Agravante.

Afirma que o Termo de Ajustamento de Conduta foi celebrado em 2000, estando prescrito o direito de o Ministério Público executar quaisquer valores estipulados no documento.

O efeito suspensivo não foi deferido (fls. 77).

O Ministério Público opinou pelo não provimento do agravo (fls. 83/88).

É o relatório.

Extrai-se dos autos que a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Capital ajuizou execução por quantia certa contra devedor solvente, relativa à indenização pela construção de edifício de apartamentos no entorno de imóvel tombado pelo CONDEPHAAT e CONPRESP, situado na Avenida Regente Feijó, nº 1.295, Capital.

Segundo a Declaração de Caracas, de 1992, *"o Patrimônio Cultural de uma nação, de uma região ou de uma comunidade é composto de todas as expressões materiais e espirituais que lhe constituem, incluindo o meio ambiente natural"*.

O Órgão Especial desta corte, em Dúvida de Competência, determinou a competência da Câmara de Meio Ambiente para questões afetas ao patrimônio histórico e cultural, *verbis*:

> *DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À DECLARAÇÃO DO VALOR CULTURAL DE IMÓVEL IDEALIZADO POR RENOMADO ESCRITÓRIO DE ARQUITETURA, NA DÉCADA DE 1960 - PATRIMÔNIO CULTURAL QUE SE INSERE NO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE - ENTENDIMENTO - MATÉRIA AFETA, ATUALMENTE À EGRÉGIA CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE, EX VI DO ART. 1º DA RESOLUÇÃO Nº 240/05, QUE NÃO TRAZ QUALQUER DISTINÇÃO EM RELAÇÃO A MEIO AMBIENTE NATURAL E CULTURAL - COMPETÊNCIA DA E. CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE.*
>
> *DUVIDA DE COMPETÊNCIA n° 170.880-0/1-00, Comarca de SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator A. C. Mathias Coltro, julgado em 17 de dezembro de 2008.*

Reproduzindo a citação de Toshio Mukai transcrita naquele julgamento, conclui-se que a questão em comento é do âmbito do direito ambiental (Direito Urbanístico e Ambiental, 3ª. ed., Ed. Fórum, 2006, p. 71):

> *"Portanto é do âmbito de preocupação e de abrangência do direito urbanístico o disciplinar, convenientemente, visando um ambiente sadio, todas as ações humanas relacionadas com o uso do solo(...)*
>
> *"Por isso, entendemos o direito urbanístico,(...), como um esgalho do*

Acesso ao Sumário

direito ambiental, do qual não pode ser divorciado, posto que dele é espécie."

Assim, de acordo com a Resolução nº 240/2005, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criou a Câmara Especial do Meio Ambiente, a competência para apreciar matérias relativas a interesses difusos, individuais ou coletivos ligados ao meio ambiente, será da r. Câmara:

***Art. 1º** - É criada a "Câmara Especial do Meio Ambiente", com 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. Essa competência se estende às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostas individualmente, na forma do disposto no Código de Proteção e 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 n. 6.938, artigo 14, "caput" e parágrafos 1º a 3º).*

Também a Resolução nº 512/2010, do Tribunal de Justiça de São Paulo, dispõe:

"Art. 1º - 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 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 a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."

Acesso ao Sumário

Sendo assim, em razão da alteração da competência da matéria, o presente recurso deve ser redistribuído para a Câmara competente para a apreciação da matéria suscitada.

Alguns julgados por esta Corte:

Apelação Cível. Ação civil pública. Pretensão da associação-autora de reconhecimento da ilegalidade das permissões administrativas para a incorporação, construção e venda de edifícios de apartamentos no entorno do "Instituto Biológico", tombado para a proteção do patrimônio histórico, com a paralisação da edificação e a demolição

do quanto concluído, além da reparação dos danos ambientais. Controvérsia inserida na competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Aplicação da Resolução nº 512/2010, a envolver interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes. Recurso não conhecido. Apelação nº 0386869-78.2009.8.26.0000, Comarca de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Osni de Souza, julgado em 6 de junho de 2012.

APELAÇÃO - Ação Civil Pública - Defesa do patrimônio cultural - Competência recursal da Câmara Especial de Meio Ambiente - Remessa dos autos para aquela E. Câmara determinada - Recurso não conhecido. APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 881.905-5/4-00, Comarca de SÃO VICENTE, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Sérgio Gomes, julgado em 09 de dezembro de 2009.

Em face do exposto, não se conhece do recurso e determina-se a remessa dos autos à Egrégia Câmara Especial do Meio Ambiente.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0609771-13.2008.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SORO'S HOTEL LTDA. - ME, VIRGINIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA (SUCESSOR(A)) e JOSÉ MANUEL PINTO (SUCESSOR(A)), é agravado FAZENDA PUBLICA 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 agravo interno, por ser manifestamente infundado. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.474)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA E URBANO RUIZ.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO - Desapropriação -

Fundo de comércio - Locatário - Ponto comercial - Ausência de prova - Encerramento da atividade - Indenização - Impossibilidade - Manifesta improcedência - Art. 557 do Código de Processo Civil - Negado Seguimento - Possibilidade:

Não demonstrada qualquer inconsistência no fundamento da decisão, é manifestamente infundada a irresignação do agravante.

DESAPROPRIAÇÃO - Fundo de comércio - Locatário - Ponto comercial - Ausência de prova - Encerramento da atividade - Indenização - Impossibilidade:

O encerramento da atividade e a falta de escrituração contábil regular inviabilizam a mensuração de lucros cessantes e danos emergentes do locatário despojado do ponto comercial pela imissão na posse.

VOTO

RELATÓRIO

Alegam os agravantes que o recurso não é manifestamente improcedente. Perícia judicial avaliou o fundo de comércio em R$312.794,83. A indenização só pode ser afastada quando não provada a perda do fundo do comércio. No caso, o encerramento compulsório e definitivo das atividades é prova cabal do efetivo prejuízo. A desapropriação foi o único motivo do encerramento das atividades, que há cerca de uma década eram desenvolvidas no local. A não continuidade do negócio não pode obstar a indenização. A instalação de hotel é dispendiosa. A falta de indenização prévia impossibilitou qualquer tipo de investimento bem como a continuidade das atividades em outro local. As declarações de renda permitiram a apuração do fundo de comércio. A regularidade fiscal foi afirmada pela perícia e, embora necessária para regularidade da pessoa jurídica, não afasta a indenização pela perda do fundo de comércio. Em demandas similares o fundo de comércio também foi apurado com base em declarações de renda. O art.5º, inciso XXIV, da Constituição Federal não distingue entre proprietário e locatário nem pessoa física e jurídica. O conceito de "justa e prévia indenização" engloba o fundo do comércio e, não sendo parte na expropriatória, demanda autônoma é a única via judicial adequada para o pedido de indenização (art.26 do Decreto-lei 3.365/41). A Lei Municipal nº 14.918/09 admite a indenização pela perda do fundo de comércio. A antecipação de tutela contra a Fazenda é legítima.

FUNDAMENTOS

O presente agravo interno não refuta os fundamentos da decisão agravada, a seguir repetidos e ora adotados.

Acesso ao Sumário

(...)

2. Os autores buscam indenização pela perda de seu fundo de comércio, decorrente da desapropriação do imóvel onde desenvolviam atividades de hotelaria.

Foi realizada perícia contábil que apurou que o fundo de comércio da pessoa jurídica Soro's Hotel Ltda. atualizado até 31.5.2010 seria de R$312.794,83 (fls.458/519).

O assistente técnico do autor apresentou laudo crítico impugnando a projeção do valor econômico para obtenção do fundo de comércio, entendendo que deveria ser projetado uma sobrevida de no mínimo 8 anos (fls.554/556) O assistente técnico da Fazenda também apresentou várias críticas, que encontrou saldo negativo correspondente ao fundo de comércio. (fls.573/645)

O perito prestou esclarecimentos (fls.782/785), com manifestação dos assistentes técnicos do autor (805/808) e da Fazenda (fls.823/845).

A Fazenda depositou o valor do fundo de comércio apurado pela pericia (fls.751 e 758)

O juiz julgou improcedente a ação, observando que:

"(...)

A perda do fundo criado pelo comerciante será indenizável ao restar devidamente caracterizada, pois, de fato, a desapropriação pode gerar custos ao locatário com a mudança do ponto comercial (danos emergentes) ou diante da perda de clientela (lucros cessantes), a depender do tipo de atividade desenvolvida.

No caso, pelo que consta dos autos, a autora não transferiu, por qualquer razão ou até por desinteresse, o seu estabelecimento para outro local, o que, a meu ver, de plano, impede a apuração efetiva e cabal de eventuais lucros cessantes decorrentes da suposta perda da clientela.

Por outros termos, a ausência de continuidade da atividade por desinteresse do empresário, como parece ser o caso, na prática, impede a constatação da perda da clientela, pois, não se estabelecendo em outro lugar, como bem ressaltou o v. acórdão acima, impossível a apuração contábil de eventual prejuízo econômico decorrente da diminuição da clientela. Aliás, como é possível tal perda, pode-se supor também o seu ganho.

Este entendimento valoriza a atividade econômica que a autora pretende defender na inicial, exatamente como se dá nas hipóteses de venda de estabelecimento ou de apuração de haveres, quando se apura, eventualmente, o valor do "ponto comercial", como um dos elementos do fundo de comércio, na perspectiva da continuidade da atividade

Acesso ao Sumário

empresarial.

Penso que, sem a continuidade da atividade comercial, indenizar a perda de clientela, mesmo que comprovada a sua formação, importa em, no mínimo, supor a aludida perda, ou pior, em premiar indevidamente o comerciante que, por conveniência e oportunidade, decidiu por não continuar com sua atividade. Se, inexistindo a desapropriação, houvesse desistido de continuar sua atividade, por qualquer razão, nada receberia pela clientela construída por ele.

Frise-se que a ausência de continuidade da atividade, afasta o pedido de indenização dos danos emergentes (custos de transferência de equipamentos, móveis, adaptação espacial, etc), também por inexistirem.

E mais, nem se alegue que a mera dificuldade de restabelecimento da atividade, criada pela desapropriação, seria motivo para a indenização, já que, como vimos acima, os danos materiais indenizáveis não podem ser presumidos. Aliás, essa demora poderia, quando muito, aumentar o montante do prejuízo, quando houvesse o reinício da atividade comercial. Sem isso, ouso dizer que o pagamento de qualquer indenização se transforma em capitalização do comerciante que deixou de exercer a mercancia por razões e interesses particulares.

De outro lado, no caso em tela, observa-se também a ausência da documentação pertinente ao funcionamento regular do estabelecimento nos moldes legais exigido pela normatização municipal, como consta da informação juntada às folhas 742/746, fornecida pelo Município de São Paulo. A desnecessidade de apresentação do alvará pela autora, conforme fora obtida em sede do v. acórdão de fls. 734/737 (Ag. nº 0033873-11.2011.8.26.0000), ressalte-se, não impede a valoração probatória do respectivo conteúdo da informação administrativa, pertinente ao deslinde da demanda, à vista do princípio da independência judicial. Ademais, frise-se que o agravo de instrumento acima não tinha - e nem poderia ter naquele momento processual - por objeto a aludida valoração. Assim, é flagrante que o estabelecimento da autora funcionava sem o respectivo auto de licença, ao arrepio da regulamentação municipal, podendo, a qualquer momento, ser interditado e multado pela administração. Com isso, é de se perguntar quem pagaria por ele, sob o risco de, logo depois, ter a sua atividade comercial interditada. Nesse sentido, talvez ilusório o argumento de se vislumbrar eventual valor de mercado em ponto comercial nitidamente irregular, que, segundo a lei vigente, estaria sujeito, no limite, a sua própria interdição. Assim, bem decidiu o desembargador Israel Goes dos Anjos no julgamento da Apelação Cível 780.378-5/1-00, citada na defesa.

Acesso ao Sumário

Além disso, insisto, ficou demonstrado que a autora optou por não prosseguir em sua atividade empresarial, como afirmado a fls. 847/848, o que esvazia eventual e necessário paradigma à aferição da perda efetiva no fundo de comércio. Pensar o contrário seria admitir a possibilidade de indenizar alguém que simplesmente não quis mais prosseguir no ramo empresarial. Aqui, não houve prova apta a demonstrar certeza sobre a impossibilidade, por razões administrativas, da continuidade da atividade empresária como efeito reflexo da desapropriação, se limitando a documentação juntada pelo autor (fls. 689/695) a evidenciar a extinção da empresa no cadastro do CNPJ com baixa para liquidação voluntária.

Outro aspecto a ser destacado é a irregularidade fiscal com que funcionava o estabelecimento, conforme ficou demonstrado na própria perícia, que, por sua vez, parte de premissa equivocada ao tentar quantificar o fundo de comércio quando, na verdade, deveria averiguar se houve impacto àquele gerado, algo que seria da mesma forma inviável ante a já mencionada ausência de paradigma e a falta de escrituração contábil obrigatória prevista pelo art. 1.179 do Código Civil.

Anote-se que há registro de faturamento mensal em torno de R$7.000,00, quando o aluguel mensal era de R$3.000,00.

Nesse contexto, como a autora não logrou em demonstrar qual a perda efetiva gerada ao seu 'fundo de comércio', e se, de fato, esta existiu, é de rigor, a improcedência da ação pela ausência do fundamento à obrigação de indenizar.

(...)." (fls.916/927, especificamente 924/927)

3. Mesmo que a falta de licença para funcionamento não afaste o direito do locatário à indenização pelo fundo do comércio, pois no processo expropriatório somente se alcança a justa indenização por meio do ressarcimento de toda a perda havida para o particular, com o ingresso do Poder Público na área que ocupava, é indispensável a prova cabal do prejuízo efetivo.

No caso presente, contudo, embora provado que o locatário tinha o seu ponto comercial no local expropriado, não houve demonstração segura de quanto perdeu realmente.

A escrituração fiscal regular não foi apresentada e não houve continuação da mesma atividade comercial em outro ponto, a permitir a mensuração das perdas e lucros cessantes.

4. O município tem outros locais que permitem a implantação da atividade de hotelaria, não podendo o locatário atribuir o encerramento do negócio exclusivamente à desapropriação.

A imissão do Poder Público na posse ensejaria, no máximo, a

Acesso ao Sumário

mudança do estabelecimento para outro imóvel.

Não tendo havido transferência para novo ponto comercial, preexistente ou a fazer, inviabilizou-se a constatação da perda, sendo pertinente a ponderação contida na sentença, no sentido de que o negócio poderia ter sido encerrado por outras causas que não gerariam nenhum direito a indenização.

A jurisprudência afirma a indenização do fundo de comércio atingido pela desapropriação, mas somente quando bem comprovados os lucros cessantes e os danos emergentes.

Os fundamentos da sentença deixam evidente que a falta de alvará de funcionamento não foi o obstáculo à indenização e não bastam as declarações de renda para avaliar o fundo de comércio.

Como toda atividade comercial, é a sua escrituração contábil a única prova do movimento, das receitas e despesas geradas no ponto.

Inexistente esta e considerado o encerramento da atividade, nada há a indenizar.

Destarte, com fundamento no art.557 do Cód. de Proc. Civil, nego seguimento ao recurso por sua manifesta improcedência.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno, por ser manifestamente infundado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0108868-24.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSE DOS CAMPOS, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SELECTA COMERCIO E INDUSTRIA S/A (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.412-AI-AIN)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

LUIS GANZERLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO - Decisão monocrática - Entendimento do art. 557, caput, segunda parte e § 1º-A, do CPC - Possibilidade, independentemente de outros pressupostos - *Cabível ao relator negar provimento, de forma monocrática, a recurso que se apresentar em confronto com jurisprudência dominante do mesmo Tribunal ou de Tribunal Superior, ante o disposto no art. 557, caput, segunda parte do Cód. Proc. Civil, independentemente de ser manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, pressupostos distintos, contidos na primeira parte do artigo de lei (art. 557, caput, segunda parte, do CPC).*

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, com intuito de reforma de decisão monocrática de não provimento do agravo de instrumento referente a ação civil pública dirigida a **Prefeitura Municipal de São José dos Campos, Fazenda do Estado de São Paulo e Massa Falida Selecta S/A**, com intuito de prequestionamento da matéria. Alega, ainda não se sujeitar a matéria em exame à decisão monocrática, na forma do art. 557, *caput*, do Cód. Proc. Civil, motivo pelo qual, pleiteia seu julgamento pelo órgão colegiado (fls. 827/835).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão agravada.

A decisão monocrática, questionada neste agravo interno, exarada a fls. 803/809, é do seguinte teor:

*"A recorrente, **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, propôs ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, dirigida a **Prefeitura Municipal de São José dos Campos, Fazenda do Estado de São Paulo e Massa Falida Selecta S/A**, com o intuito de obter:*

- condenação do Estado de São Paulo e do Município de São José dos Campos a se retratarem publicamente, em razão dos atos ilegais, reconhecidos os excessos, perpetrados por ocasião da desocupação da área denominada Pinheirinho, por força de ordem judicial de reintegração de posse;

- condenação dos réus a construírem um memorial em homenagem à comunidade do Pinheirinho;

- condenação da Fazenda do Estado a implementar ou modificar, se existentes, normas operacionais da Polícia Militar nos casos de desocupação;

- condenação a implementar programa destinado ao atendimento

psicológico dos pais, crianças e adolescentes, vítima dos abusos sofridos no local, e à qualificação profissional, geração de renda e reinserção laboral dos moradores do local vítimas do ato de remoção, tudo custeado pela Massa Falida Selecta;

- condenação na compensação ambiental proporcional ao dano ambiental causado e retirada dos resíduos sólidos;

- condenação solidária dos réus a pagar o montante de R$ 10.000.000,00, a título de danos morais coletivos (fls. 37/193).

Sobreveio r. sentença de indeferimento da petição inicial, com fundamento no art. 295, I, II e III, e parágrafo único, II e III, do Cód. Proc. Civil e extinção do processo, com fulcro no art. 267, I, do mesmo diploma legal, reconhecida a ilegitimidade da Defensoria Pública para a defesa dos direitos difusos, falta de interesse de agir e de logicidade entre a narração dos fatos e a conclusão, bem como a impossibilidade jurídica do pedido (fls. 694/704).

A agravante interpôs apelação com pedido de recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo (fls. 711/790).

O C. Juízo de primeiro grau recebeu a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, aplicada a multa de 1% sobre o valor da causa por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, V, do Cód. Proc. Civil (fls. 801).

*Inconformada, recorre a autora, **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, via este agravo, com o intuito de obter a antecipação dos efeitos da tutela recursal e o afastamento da multa aplicada (fls. 2/36).*

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

O STJ já decidiu, no v. aresto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.119.814/SP, Segunda Turma, j. em 01.12.2009, a respeito de decisão monocrática, com a seguinte ementa, na parte de interesse deste julgado.

"2. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);

b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);

c) prejudicado (questão meramente processual); e

d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de

Acesso ao Sumário

Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC).”

No caso vertente, aplica-se o disposto no caput do art. 557, do Cód. Proc. Civil.

Pela leitura deste recurso alcança-se o indeferimento da petição inicial, com extinção do processo ao início do feito e nada dispôs a r. sentença a respeito da tutela antecipada.

Resultado, a “tutela de urgência” não foi concedida em momento algum do processo.

Efetivamente, C. Juízo de primeiro grau, afastou o pleito de concessão de antecipação da tutela recursal, em r. decisão assim lavrada:

“1. Fls. 5422/5496: Recebo o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo.

2. Mantenho a sentença recorrida por seus próprios fundamentos (art. 296, caput, do CPC).

3. Fls. 5417/5421: A Defensoria Pública pleiteou o recebimento do recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo.

Pretendia, com isto, a despeito do indeferimento da petição inicial, que este mesmo juízo antecipasse os efeitos da tutela de mérito.

Nada mais temerário!

Ora se este juízo indeferiu a petição inicial, por entender que ela não reunia as mínimas condições de admissibilidade, é evidente que não se pode, agora, simplesmente em razão da interposição do recurso de apelação, antecipar os efeitos da tutela de mérito.

Ainda que o recurso de apelação, na hipótese, seja dotado de efeito suspensivo, a antecipação dos efeitos da tutela só seria possível se a inicial, no entender do juízo, preenchesse todos os requisitos do art. 282, do CPC, e se mostrasse apta.

Porém, o juízo continua a reputar inepta a petição inicial, tanto assim que não reformou a sentença, não obstante o disposto no art. 296, caput, do CPC. Assim, eventual antecipação dos efeitos da tutela, que envolve um juízo de cognição sumária sobre o próprio mérito da demanda, importaria em decisão absurda e teratológica.

Ante o exposto, com fundamento no art. 17, V, do CPC, aplico à autora, em razão da litigância de má-fé, multa de 1% sobre o valor da causa (art. 18 do CPC).”

E, à evidência, essa decisão vem com a declaração de concessão de ambos os efeitos do apelo, suspensivo e devolutivo, com a observação de não existir tutela antecipada concedida.

Destarte, correto o indeferimento do pedido, pleito esse que se mostra

Acesso ao Sumário

teratológico.

Outrossim, em suas razões de apelação, a recorrente insiste em obter a tutela de urgência, a qual já não havia sido concedida inicialmente, manobra temerária, absolutamente abusiva e incompatível com o dever de lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, inciso II), em ordem a demandar o devido sancionamento processual (CPC, art. 17, incisos IV e V c.c. art. 18).

Mantém-se, portanto, a condenação da agravante na pena por litigância de má-fé, em razão do intuito abusivo com que se utiliza dos meios processuais.

O caso é, assim, de não provimento do recurso interposto pela ***Defensoria Pública do Estado de São Paulo*** *em relação aos autos da ação civil pública direcionada a* ***Prefeitura Municipal de São José dos Campos, Fazenda do Estado de São Paulo e Massa Falida Selecta S/A*** *(proc. n.º 0009769-96.2013.8.26.0577 - 2.º Ofício da Fazenda Pública de São José dos Campos, SP), mantida a r. decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.*

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais, especialmente arts. 2º, 5º, XXXV e LV, 35, XXXV, 134, da CF/88; arts. 17, V, 273, 282, 514, 515, 524, 525, 527, II, 558, 811, 942, do Cód. Proc. Civil; art. 942 do Cód. Civil; Leis n.ºs 1.060/50, 6.539/04, 7.347/85, 11.187/05, 12.305/10; Leis Complementares nºs 80/94 e 132/09; e Lei do Município de São José dos Campos nº 1.566/70.

Comunique-se o resultado deste julgamento, com urgência, ao MM. Juízo a quo, via fax ou outra forma de igual celeridade.

Resultado do julgamento: Nega-se provimento ao recurso.".

Data venia, a argumentação contida na r. decisão ora recorrida, é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pela agravante, neste recurso, não a debilitaram, levando à viabilidade de sua manutenção.

Acesso ao Sumário

Ademais, a multa foi aplicada corretamente, como bem explanou o C. Juízo:

"3- Fls. 5417/5421: A Defensoria Pública pleiteou o recebimento do recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo. Pretendia, com isto, a despeito do indeferimento da petição inicial, que este mesmo juízo antecipasse os efeitos da tutela de mérito. Nada mais temerário! Ora, se este juízo indeferiu a petição inicial, por entender que ela não reunia as mínimas condições de admissibilidade, é evidente que não se pode, agora, simplesmente em razão da interposição do recurso de apelação, antecipar os efeitos da tutela de mérito. Ainda que o recurso de apelação,

na hipótese, seja dotada de efeito suspensivo, a antecipação dos efeitos da tutela só seria possível se a inicial, no entender do juízo, preenchesse todos os requisitos do art. 282, do CPC, e se mostrasse apta. Porém, o juízo continua a reputar inepta a petição inicial, tanto assim que não reformou a sentença, não obstante o disposto no art. 296, caput, do CPC. Assim, eventual antecipação dos efeitos da tutela, que envolve um juízo de cognição sumária sobre o próprio mérito da demanda, importaria em decisão absurda e teratológica. Ante o exposto, com fundamento no art. 17, V, do CPC, aplico à autora, em razão da litigância de má-fé, multa de 1% sobre o valor da causa (art. 18 do CPC).”

E levado ao órgão colegiado o recurso tirado da decisão monocrática, resta suprida eventual inobservância do disposto no art. 557, do Cód. Proc. Civil.

Nesse sentido, vv. arestos do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO CONFIRMADA POR ÓRGÃO COLEGIADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

-A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que quando há confirmação da decisão monocrática pelo órgão colegiado, não há violação ao art. 557 do CPC.

-O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Agravo no agravo de instrumento não provido.” (AgRg no Ag 1273829/MS, Terceira Turma, rel. **MIN. NANCY ANDRIGHI,** j. 12.04.2011, DJe 19.04.2011);

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 557, CAPUT, DO CPC. CONDIÇÕES ATENDIDAS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM O JULGAMENTO PELO COLEGIADO DO AGRAVO INTERNO.

Consoante o art. 557 do CPC, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Eventual nulidade da decisão monocrática, por ofensa ao aludido dispositivo, fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado, no julgamento do agravo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 1387198/RS, Segunda Turma, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA,** j. 18.10.2011, DJe 25.10.2011);

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO

CPC INEXISTENTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A inovação trazida pelo art. 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente ou contrário a Súmula ou entendimento já pacificados pela jurisprudência do Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais.

2. Ademais, a eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado (REsp 824.406/RS, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006).

3. A tese levantada, de que lei estadual não admite o pedido administrativo de compensação tributária, reveste-se de inovação recursal, o que é vedado pela jurisprudência do STJ, seja em sede de agravo regimental, seja em embargos de declaração. Precedentes. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 43.917/PR - 2ª Turma, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 01.12.2011, DJe 07.12.2011).

O caso é, assim, de não provimento do recurso interposto pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, contra a r. decisão monocrática de não provimento do agravo de instrumento referente à ação civil pública dirigida à **Prefeitura Municipal de São José dos Campos, Fazenda do Estado de São Paulo e Massa Falida Selecta S/A**.

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais, especialmente arts. 22, 552, 557, caput e §1º e 558, do Cód. de Proc. Civil; art. 35, XXXV, da CF/88; art. 128, I, da Lei Complementar n° 80/94; art. 18, da LACP.

Resultado do julgamento: Negaram provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005173-26.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇAO DOS MORADORES DO ENTORNO DO AEROPORTO DE CONGONHAS (AMEA), é apelado SECRETARIO DO VERDE E DO MEIO AMBIENTE DA

PREFEITURA MUNICIPAL DE SAO 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. (Sustentou oralmente a Ilma. Dra. Layla Louyse Figlioli Carvalho).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-10.728/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA ÁGUA ESPRAIADA. Capital. Audiência pública. Desobediência ao prazo estabelecido na Resolução CONAMA nº 9, art. 2º § 1º. Renovação do ato. - A impetrante reclama tão somente do desrespeito ao prazo de 45 dias entre a publicação e a realização do ato. No entanto, o processo de licenciamento não envolve sempre e necessariamente a realização de audiência pública; mas esta deverá ser feita quando solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou por cinquenta ou mais cidadãos. O art. 2º § 1º da Resolução CONAMA nº 9/87 estabeleceu o prazo mínimo de 45 dias para que tais pessoas e entidade requeiram a audiência pública, não para a sua realização. As audiências foram realizadas com ampla participação popular, sem demonstração de prejuízo. - Improcedência. Recurso desprovido.

VOTO

1. A sentença de fls. 442/443 vol. 3 negou a segurança entendendo ausente a violação de direito líquido e certo da impetrante, condenada no pagamento das custas processuais.

Apelação de fls. 447/499 vol. 3. Diz que a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente exige a elaboração de EIA/RIMA, ao qual se dará publicidade; o art. 10, caput e § 1º da LF nº 6.938/81 exige que os pedidos de novo licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão sejam publicados no diário oficial bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico mantido pelo

Acesso ao Sumário

órgão ambiental, além da realização de audiência pública, conforme a Res CONAMA nº 9º/97. A realização de audiência pública no dia 13-10-2011 foi abusiva e ilegal já que não observou as formas e prazos constantes no art. 2º, § 1º da Resolução. Ainda que superada as incongruências anteriores, a aplicação da Res CADES nº 69/02 ofende o art. 6º, II e §§ 1º e 2º da LF nº 6.938/81. O prazo de 20 dias somente se mostraria aplicável se observado também o seu art. 5º, se se tratasse da realização de audiências públicas anteriormente à elaboração do Parecer Técnico Final pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente, o que não era o caso, pois a audiência pública de 13-10-2011 versava sobre o parecer técnico nº 002/CADES/2010, da Câmara Técnica de Obras Viárias. A sentença encontra-se em desacordo com os art. 38, 43, 44 e 45 da LF nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), desrespeitando o direito líquido e certo. Pede provimento para que seja realizada nova audiência pública, em substituição àquela realizada em 13-10-2011.

Contrarrazões de fls. 466/499 vol. 3. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça a fls. 505/510 vol. 3, opinando pelo desprovimento do recurso, com a consequente manutenção da sentença.

É o relatório.

2. Trata-se de manando de segurança impetrado pela Associação dos Moradores do Entorno do Aeroporto de Congonhas contra o ato do Secretário do Verde e do Meio Ambiente da Prefeitura de São Paulo de realizar audiência pública referente à Operação Urbana Consorciada Água Espraiada - OUCAE, sem ofertar tempo hábil para a sociedade civil e seus representantes se organizarem. A apelação traz os mesmos argumentos apresentados no agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 182, os quais já foram apreciados pela Câmara, quando do julgamento do AI nº 0043791-05.2012, nos termos do voto AI-2806, de minha relatoria:

> 2 A Operação Urbana Consorciada Água Espraiada foi aprovada pela LM nº 13.260/01, alterada pela LM nº 15.416/11. Em 22-9-2011 a Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, responsável pelo licenciamento ambiental, convocou uma audiência pública para o dia 13-10-2011; no entanto, foram realizadas duas, uma no dia marcado (fls. 112/145, aqui fls. 128/161), outra no dia 23-11-2009 (fls. 74/108, aqui fls. 89/124). As duas reuniões contaram com ampla participação de diversas associações de moradores, de representantes das comunidades atingidas pelo projeto, de associações e pessoas de outros bairros que resolveram participar. Na primeira reunião a SAPAJA - Associação dos Moradores do Jardim Aeroporto esteve representada pelo arquiteto Guinaldo (fls. 124, aqui fls. 140); na segunda, esteve representada pelo arquiteto Rinaldo Alferes (fls. 92, aqui fls. 108) (é possível que Guinaldo e Rinaldo sejam a mesma pessoa). Apenas a impetrante, ao que parece, desconhecia a

Acesso ao Sumário

realização das reuniões.

Se a primeira reunião desobedeceu ao prazo de 45 dias, a segunda foi realizada 60 dias depois; mas esse é um detalhe de pouco relevo. O pedido se funda em um erro de leitura. O processo de licenciamento não envolve sempre e necessariamente a realização de audiência pública; mas esta deverá ser feita quando solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou por cinquenta ou mais cidadãos. O art. 2º § 1º da Resolução CONAMA nº 9/87 (fls. 170, aqui fls. 186) estabeleceu o prazo mínimo de 45 dias para que tais pessoas e entidade requeiram a audiência pública, não para a sua realização (verbis: "... O órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública"). A Resolução CONAMA nº 237/97 (fls. 171/179, aqui fls. 187/195) e a Resolução CONAMA nº 9/97 não estabelecem prazo para a realização da audiência; nenhum prazo foi desrespeitado, portanto.

As audiências foram realizadas com ampla participação popular, sem demonstração de prejuízo. Não se vê relevância suficiente nos fundamentos do pedido suficiente para a concessão da liminar.

O perigo de ineficácia não se confunde com o perigo na demora; e nenhum dos dois está presente. A via escolhida tem andamento célere e o pedido será apreciado pelo juiz antes do encerramento do licenciamento ambiental e, com certeza, antes do início das obras; será eficaz, portanto. Não se demonstrou erro na decisão de primeiro grau.

O voto é pelo desprovimento do agravo.

3. A audiência pública foi feita. Conforme esclarecido no voto, as normas do CONAMA não estabelecem prazo para a realização da audiência, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao art. 6º da LF nº 6.938/81 decorrente da aplicação da Res CADES nº 69/02.

Também não há violação à LF nº 10.257/01. O art. 38, pertencente ao Capítulo II, apenas ressalva que o estudo de impacto de vizinhança não substitui o EIA, e os art. 43 a 45, pertencentes ao Capítulo IV, dispõem sobre a gestão democrática da cidade. O art. 43 determina, entre outros, a realização de audiências públicas "para garantir a gestão democrática", mas não estabelece prazo para sua realização. Por todos os ângulos que se analise o caso, não há como vislumbrar a existência do direito líquido e certo alegado.

O voto **é pelo desprovimento do recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002752-64.2007.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE VINHEDO e ASSOCIAÇÃO DO RESIDENCIAL RECANTO DAS CANJARANAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.086)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I - Ação Civil Pública. Obrigação de fazer consistente na remoção das portarias instaladas no bairro Canjaranas na cidade de Vinhedo, bem como todos os obstáculos nela existentes (cancelas, correntes, portões, etc...) e a manter as entradas do bairro livres de quaisquer restrições e obstáculos à circulação dos populares.

II - Ministério Público. Legitimidade. O 'Parquet' tem suas atribuições constitucionais prefixadas nos artigos 127 e 129 e incisos da Constituição da República. A legitimidade do Ministério Público para defesa do patrimônio público e social deflui de norma constitucional com potencialidade jurídica própria, de tal sorte que nem o sistema infra-constitucional, nem a Constituição Estadual, poderiam retirar do órgão essa pertinência subjetiva da demanda pública. Presente o interesse de agir do autor ao buscar o livre acesso da população ao bairro Canjaranas.

III - O Município de Vinhedo é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. Tem ele competência para legislar sobre assuntos de interesse local, devendo promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Acesso ao Sumário

IV - Inexistindo autorização legal para constituição de loteamento fechado com bloqueio ao acesso às ruas e avenidas, é de ser mantida a procedência da demanda.

V - Recursos improvidos."

VOTO

1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face da Associação do Residencial Recanto das Canjaranas e da Prefeitura Municipal de Vinhedo, objetivando a condenação das rés na obrigação de fazer consistente na remoção das portarias instaladas no bairro Canjaranas, bem como todos os obstáculos nela existentes (cancelas, correntes, portões, etc...) e a manterem as entradas do bairro livres de quaisquer restrições e obstáculos à circulação dos populares, sob pena do pagamento de multa diária de R$ 10.000,00. A r. sentença de fls. 1018/1024, cujo relatório se adota, julgou procedente a demanda. Inconformados apelam os vencidos. A Municipalidade de Vinhedo aduz que não há ofensa ao direito de ir e vir, pois, qualquer pessoa tem acesso ao loteamento Recanto das Canjaranas e que este recebeu concessão do direito real de uso dos bens nele existentes, de forma regular, não havendo afronta à Constituição Federal. Pede a extinção da ação, por ser parte ilegítima para figurar no polo passivo (fls. 1035/1043). Enquanto que, a Associação do Residencial Recanto das Canjaranas, postula inversão de êxito, afirmando que desde o encerramento do Inquérito Civil 01/1999 não existe qualquer obstáculo. Alega ainda, que o possível fechamento do loteamento não influirá no trânsito ou no direito da população vinhedense em geral, carecendo a demanda de falta de interesse de agir. No mérito, requer a improcedência da ação (fls. 1045/1056). Contra-arrazoado o recurso (fls. 1073/1084), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 1088/1097).

2. De proêmio, nenhuma das matérias prejudiciais alegadas prospera.

2.1. O Ministério Público tem suas atribuições constitucionais prefixadas nos artigos 127 e 129 e incisos da Constituição da República. Cuida-se de normas constitucionais de eficácia plena e de eficácia diferida. A Constituição outorgou legitimidade ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e ajuizar a ação civil pública na defesa do patrimônio público e social. A legitimidade do *parquet* para defesa do patrimônio público e social deflui de norma constitucional.

Acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça já assertoou que a ação civil é o instrumento adequado para a defesa do patrimônio público, a saber: *"Processo Civil. Ação Civil Pública. Defesa do Patrimônio Público. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Inteligência do art. 129, III, da CF/88 c/c o art. 1º,*

Acesso ao Sumário

da Lei 7.347/85.

Precedente: Recurso Especial Não Conhecido.

1 'O Campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85" (RESP nº 31.547/7-SP - Recorrente: Evandro Vitorino - Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo - Relator o eminente Ministro Adhemar Maciel).

Nessa mesma esteira é o posicionamento do eminente Desembargador CAMBREA FILHO, constante da Apelação Cível nº 203.301-1, de Birigui: *"Assim sendo, qualquer dano ao interesse público, tenha configuração coletiva ou difusa, poderá o Ministério Público, como abordado na resolução da 1ª. preliminar, utilizar-se de todos os recursos possíveis para sanar a alegada irregularidade. Assim infere-se do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República, pelo qual a ação civil pública está a contestar ilegalidade perpetrada contra o patrimônio público"*. (in JTJ-Lex, 162/96).

Mais a mais:

"Ministério Público - Legitimidade de parte ativa - AÇÃO CIVIL PÚPLICA (g.n.) - Preservação do patrimônio público - Art. 5º. da Lei Federal 7.347, de 1985 Preliminar rejeitada". (Ap. Cível 197.831-1 - Matão Rel. Des. Mattos Faria).

"Ministério Público - Legitimidade de parte ativa - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Preservação do patrimônio público e social - Preliminar rejeitada". (JTJ - Lex 164/125 - Rel. - Des. Fonseca Tavares).

"Ministério Público: Legitimidade de parte ativa - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Preservação do patrimônio público - art. 129, inciso III, da Constituição da República - Preliminar rejeitada" (Apelação Cível nº 205.577-1 - Presidente Venceslau - JTJ-Lex 161/130).

Esgotando o assunto, o enunciado da súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça: "*O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*".

Acesso ao Sumário

2.2. O arquivamento de procedimentos investigatórios não indicam ausência do interesse de agir, pois caracterizada está lesão ou ameaça, com a possibilidade do fechamento do loteamento Canjaranas.

Como bem ressaltado pelo d. Promotor da origem, ainda que tenha havido o arquivamento, tal ocorreu porque à época não existia motivação para o ajuizamento da ação, já que a Associação havia desistido de seu intento. Posteriormente, verificou-se o reinício do propósito de fechar o loteamento, o que ensejou a propositura da presente ação civil pública, a fim de cessar o intento (fl. 1076).

Presente, portanto, o interesse de agir do autor ao buscar a manutenção das entradas do bairro livres de quaisquer restrições e obstáculos à circulação dos populares, em cumprimento a norma constitucional.

3. Contrariamente ao alegado, o Município de Vinhedo é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois, compete ao ente municipal legislar sobre assuntos de interesse local, segundo a Constituição Federal deve promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, inciso VIII da Constituição Federal).

Na hipótese dos autos, foi omisso o Município apelante, ao não coibir a Associação recorrente do fechamento do bairro Canjaranas, com a construção de portarias, cercas, muros, cancelas e seguranças para controlar o acesso ao loteamento.

O Decreto Municipal nº 111/83 que aprovou o loteamento de uma gleba de terra dividida em 356 lotes, previu diversas ruas e avenidas, área de recreação e área reservada e, após sua instituição as vias de circulação passaram ao domínio público - bens de uso comum do povo.

4. No mérito, inconsistentes as razões recursais.

Como esta c. Câmara consignou no julgamento do agravo de instrumento, a Lei Municipal nº 1.433/88 em caráter precário autorizou a instalação de portarias nas cercanias do loteamento, estabelecendo que pelo prazo de dez anos prorrogáveis por igual período, por outro lado, uma vez vencido este lapso temporal, a utilização de bem público somente seria possível mediante amparo no Decreto Municipal nº 20/2005. Ocorre, que conforme anotou o "*Parquet*" a fls. 224/226 do inquérito referido texto normativo foi revogado pelo Decreto nº 169/2005. Tornando sem efeito a antiga autorização para o fechamento da via pública, consequentemente a conduta da Associação é desprovida de amparo legal.

O fato de os associados padecerem com o desconforto que geram atos de vandalismo, frequência suspicaz de adictos de drogas embora seja compreensível - não os autoriza a coarctar o direito de ir e vir dos demais munícipes. Não lhes dá licença, igualmente, a exigir dos demais que não sejam os moradores com identificação pessoal ao passarem por via pública - proibindo a entrada de quem não a tenha naquele momento.

Dessarte, é de ser mantida a sentença que foi motivada e construída de acordo com análise percuciente da autoridade instrutora que com detalhes decantou toda a causa de pedir e a sua projeção no campo do pedido.

5. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento aos recursos.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042757-30.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROMASUL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA, é apelado DIRETOR ADJUNTO DA DIRETORIA EXECUTIVA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA DE SAO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, vencido o Revisor..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO - Pretensão da impetrante em pagar o débito tributário com crédito de precatório vencido e não pago - Cabimento - O art. 78, parágrafo 2º, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais, aduz que as prestações anuais relativas a precatório vencidos e não pagos tem o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora - Norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, não dependendo de lei infraconstitucional para regulá-la - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação, (fls.287/345), em face de sentença (fls.275/277 verso), proferida em mandado de segurança no qual se pleiteia o direito de efetuar a compensação de débitos tributários de ICMS, com a utilização de precatórios judiciais adquiridos por cessão. A ação foi julgada improcedente.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls.350). Sem resposta. Preparo a fls.347/349.

É o relatório.

Assiste razão ao recurso.

O art. 78, parágrafo 2º, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30, é uma norma constitucional de

aplicabilidade imediata, que se encontra válida e em vigor e deve ser obedecida, e dispõe que os precatórios vencidos e não pagos terão o poder liberatório para o pagamento de tributos da entidade devedora.

Com o advento desta norma, o legislador não teve outra intenção que não fosse permitir a utilização de precatórios vencidos e não pagos para extinguir a obrigação tributária.

E referida norma tem força de norma constitucional, e pode ser aplicada também aos créditos de natureza alimentar.

A este respeito, verifique-se jurisprudência desta Casa:

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. NOMEAÇÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE PRECTÓRIO JUDICIAL. POSSIBILIDADE, COMPENSAÇÃO ADMITIDA PELO ART.78, §2ª, DA ADCT, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS CONSTITUCIONAIS. RECURSO PROVIDO.

1- Rejeitada a nomeação de crédito oriundo de precatório judicial para garantida de execução fiscal, a executada interpôs agravo de instrumento. Argumenta com as dificuldades por que passa o empresário brasileiro e invoca o art. 620, do Código de Processo Civil. Afirma ter ofertado dinheiro, atendendo ao disposto no art. 9º da lei nº 6830/80. Considera admissível a compensação de créditos, pois autorizada pelo art. 78,§2º, do ato das disposições transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, norma de eficácia plena. Refere-se a natureza alimentícia do referido crédito e socorre-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

2- A agravada não nega a existência e a exigibilidade do crédito apontado pela agravante. Também não questiona a suficiência do respectivo valor. Limita-se a equiparar a penhora pretendida a compensação, procedimento só admissível, em seu entender mediante autorização legislativa.

A compensação é instituto de direito material, pelo qual se dá a extinção de obrigações recíprocas (CC. art. 1099)...ainda que se aceite a equiparação pretendida pela agravada, a compensação deve ser admitida ante o disposto no art. 78, parágrafo 2º, do ADCT que deve ser aplicado também aos créditos de natureza alimentar e cuja eficácia não pode ser sobrestada por regras infraconstitucionais. Eventuais restrições dessa natureza ainda que no âmbito administrativo são inócuas.

3- Assim, dá-se provimento ao recurso. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Publico, AGRV nº 306853.5/1, Rel. Roberto Bedaque).

Também o Superior Tribunal de Justiça, em decisão do Ministro Eros

Acesso ao Sumário

Grau no julgamento do RE 550400/RS, em agosto de 2007, equiparou o precatório alimentício quando não pago no seu vencimento ao precatório comum (não preferencial no pagamento), asseverando que o poder liberatório para pagamento de tributos é resultante da própria lei.

Verifique-se:

"DECISÃO: 1 - Discute-se no presente recurso extraordinário o reconhecimento do direito à utilização de precatório, cedido por terceiro e oriundo de autarquia previdenciária do Estado-Membro, para pagamento de tributos estaduais à Fazenda Pública.

2- O acórdão recorrido entendeu não ser possível a compensação por não se confundirem o credor do débito fiscal - Estado do Rio Grande do Sul - e o devedor do crédito oponível - a autarquia previdenciária.

3- o fato de o devedor ser diverso do credor não é relevante, vez que ambos integram a Fazenda Pública do mesmo ente federado (Lei 6.830/80). Além disso, a Constituição do Brasil não impôs limitações aos institutos da cessão e da compensação e o poder liberatório deprecatórios para pagamento de tributo, resulta da própria lei (at. 78, parágrafo 2º, da ADCT à CF/88)

4- Esta Corte fixou jurisprudência na AD nº 2851, Pleno , Relator o Mnistro Carlos Velloso, DJ de 3.12.04, no sentido que: EMENTA:CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. COMPENAÇAO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO DO ESTADO DECORRENTE DE PRECATÓRIO. C.F. ART. 100, ART. 78, ADCT, introduzido pela EC 30, de 2000

I- Constitucionalidade da Lei 1.142 de 2002, do Estado de Rondônia que autoriza a compensação do crédito tributário com débito da Fazenda do Estado, decorrente de precatório judicial pendente de pagamento, no limite das parcelas vencidas a que se refere o art. 78, ADCT/CF, introduzido pela EC30/00

II- ADI julgada improcedente.

Dou provimento ao recurso extraordinários com fundamento no art.557, §1º-A, do C.P.C., Custas ex lege. Sem honorários.

Publique-se.

Brasília, 28de agosto de 2007

Ministro Eros Grau - Relator.

Assim, assegura-se à ora apelante o direito a pagar seu débito tributário com precatórios judiciais, mesmo que for de natureza alimentícia, nos exatos termos do art. 78, parágrafo 2º, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais, por norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.

Acesso ao Sumário

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000082-45.2007.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante AGROPECUÁRIA IRACEMA LTDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 em parte ao recurso. V. U. Houve sustentação oral pelo Dr. José Maria da Costa.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7807)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente sem voto), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES E TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - INSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL - OBRIGAÇÃO QUE SE MANTÉM NÃO OBSTANTE A EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL - DANO AMBIENTAL APURADO - RESPONSABILIDADE PROPTER REM - IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA DEGRADADORA DA PARTE - INSTITUIÇÃO E DEMAIS PROVIDÊNCIAS RELATIVAS Á RESERVA LEGAL - PRAZO DE 180 DIAS - POSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Ação civil pública ambiental julgada procedente pela r. sentença de fls. 360/375, cujo relatório se adota.

Apela a ré arguindo prejudicial de nulidade da sentença e reavivando as apresentadas na contestação. No mérito, busca a inversão do julgado ou, ao menos o reconhecimento da possibilidade sobreposição de área de reserva

Acesso ao Sumário

legal com área de preservação permanente, a abertura de um leque maior de opções para o cumprimento da obrigação, o afastamento da proibição de obter incentivos e benefícios fiscais e financiamentos, o cancelamento da indenização destinada ao Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados e a diminuição do valor das *astreintes* (fls. 422/500).

Recurso processado, com resposta (fls. 631/654).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 671/686).

Já com os autos em pauta de julgamento apresentou a apelante as petições de fls. 703/710 e 715/719 pugnando pelo acolhimento dos seguintes pedidos: a) suspensão do processo pelo prazo de 6 meses, de forma a sedimentar o entendimento sobre as regras criadas pelo novo Código Florestal; b) anulação da sentença para realização de prova com vistas a demonstrar que o desmatamento na propriedade ocorrera antes de 1965; c) aplicação retroativa do novo Código Florestal, em especial na parte em que traça regras facilitadoras da recomposição da reserva legal.

É o relatório.

Afastam-se todas as prejudiciais.

A sentença não se ressente de vícios aptos à sua nulificação, tendo atendido, no essencial, aos requisitos a que alude o artigo 458 do Código de Processo Civil. Contém, ainda que de forma sucinta, o relatório, ali estando indicados os fundamentos adotados pelo MM. Juiz para o decisum, com análise das questões de fato e de direito relevantes e pertinentes para o deslinde da controvérsia.

Lembre-se, nesse ponto, que não é nula a sentença que, embora não tenha sumariado a defesa do réu, abordou todas as questões por ele suscitadas (RJTJESP 125/269) e, por outro lado, que nula é a sentença não fundamentada, mas não a sentença fundamentada de forma sintética ou de maneira deficiente (RT 699/233), defeitos que de qualquer forma não se revelam no julgado atacado.

Certo que o juiz não está obrigado a responder todas as alegações 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 (RT 689/147).

A função judicial é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo enquanto necessárias ao julgamento da causa. Nessa linha, o juiz não precisa, ao julgar a ação, examinar todos os fundamentos. Se um deles é suficiente para alcançar o resultado, não está obrigado ao exame dos demais.

Esse o entendimento há muito prevalente nos Tribunais Superiores:

"Não é extra petita o julgamento, quando a decisão proferida corresponde

a um minus em relação a ambas as pretensões em conflito" (STF, 2ª T., RE 89.063/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 86/367).

"Não julga fora do pedido o juiz que adota fundamentação legal não invocada pelas partes, nem profere sentença diversa a pedida, nem, outrossim, condena o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado" (STJ, 4ª T., REsp 13.420/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 07.08.00, p. 109).

"Não há falar em alteração da causa de pedir, tampouco em julgamento extra petita, quando a Corte de origem, com o intuito apenas de reforçar os fundamentos do julgado, faz referência a lei não mencionada pelas partes" (STJ, 6ª T., AgRg no Ag 754.872/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02.06.2009, DJU 22.06.2009).

No mesmo sentido, a jurisprudência dessa Corte:

"SENTENÇA - Julgamento nulo - Inocorrência - Não ocorre julgamento nulo pois a r. sentença foi devidamente fundamentada nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil - Inexistência de julgamento "citra petita" ou "extra petíta", eis que o "decisum" limitou-se ao "thema decidendum" - Preliminar refutada" (Apelação Cível nº 0033954-46.2009.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Hatanaka, j. 7.02.2011).

"Não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial" (JTJ, 164/176).

Assim, não há aqui cogitar em negativa de prestação jurisdicional, tampouco violação aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV e 93, inciso IX, da Constituição Federal e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Certo, por outro lado, que as provas produzidas são suficientes para a composição da lide, demonstrando cabalmente os comportamentos comissivos ou omissivos geradores de responsabilidade. O julgamento antecipado da lide não importou cerceamento de defesa. Como é cediço, o legislador conferiu discricionariedade ao Juiz de Direito para sopesar caso a caso a necessidade, utilidade e oportunidade da produção de provas, tal como emerge da interpretação sistemática dos artigos 330, inciso I, 130 e 131, todos do Código de Processo Civil, dispensando-as quando desnecessárias ou protelatórias em face das circunstâncias e das questões controvertidas no processo, podendo julgar antecipadamente o feito, sem que isso resulte em cerceamento de defesa conforme julgados desta Corte bandeirante, havendo precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

"Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para

Acesso ao Sumário

formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia"(Ag. 14.952-DF, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 3.2.92).

"Predomina a prudente discrição do Magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório" (REsp 3047-ES, 4ª T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 21.8.90, não conheceram, v.u., DJU 17.9.90).

Cumprindo-se mesmo reconhecer a legitimidade e o interesse do Ministério Público para a propositura da ação. Certo que o artigo 129 da Constituição Federal expressamente o legitima a promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Da mesma forma, a Lei da Ação Civil Pública em seu art. 5º prevê sua legitimidade para o ajuizamento de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, bem como a atuação como *custos legis* nas ações civis públicas em que não intervir como parte.

A presente ação visa justamente a tutela do meio ambiente que teria sido degradado pela ré e/ou seus antecessores.

Igualmente incontestável a legitimidade da Agropecuária Iracema para responder essa ação ambiental. Despida de qualquer seriedade sua alegação de que os adquirentes e/ou atuais proprietários por não terem sido os autores do dano ambiental estão eximidos da obrigação de recompô-la ao estado original.

Certo que, no âmbito do Direito Ambiental, a responsabilidade é *propter rem*, isto é, vincula a pessoa à coisa ou, por outras palavras, estende a responsabilidade pela reparação dos danos a todos que detenham a posse de imóvel, não importando se contribuíram ou não para a eclosão do dano ambiental. Além disso, a obrigação também é classificada como objetiva, isto é, independe de culpa.

Acesso ao Sumário

Não há também falar em inépcia da exordial. A petição inicial é inteligível, associou o pedido à causa de pedir e possibilitou a ré respondê-la pontualmente, tanto que o fez em farta contestação.

As outras prejudiciais suscitadas confundem-se com o mérito e com ele serão enfrentadas.

A sentença comporta pequena reforma.

A criação da Reserva Legal tem o objetivo de garantir a preservação da biodiversidade local, conter o desmatamento e incentivar as recuperações principalmente nas propriedades que já se encontravam totalmente exploradas, com pequena diminuição da capacidade produtiva. A inobservância da regra

ambiental, por si só, já corresponde a uma lesão ao meio ambiente.

Certo que a instituição da reserva legal é obrigação que se mantém não obstante a edição do Novo Código Florestal. Ainda que menos rigorosa, a legislação atual não modifica a interpretação pretoriana a respeito do tema, embasada no pilar central do ordenamento específico, isto é, o artigo 225 da Constituição Federal.

Prevista já no primeiro Código Florestal de 1934, a Reserva Legal é obrigatória e a Lei 12.651/12, em seu artigo 12, determina que "Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel", e o inciso II prevê 20% (vinte por cento) para situações como a presente.

Como se vê, a instituição da área de reserva legal também é exigência do novo Código Florestal, "que declara bens de interesse comum as florestas e demais formas de vegetação reconhecidas de utilidade para as terras que revestem, impõe limitações ao exercício do respectivo direito de propriedade (artigo 2º) e fixa como de reserva legal a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do artigo 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa" (artigo 3º, III). Essa área de reserva legal, de pelo menos 20% (vinte por cento) da área total da propriedade (artigo 12, II), pode ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável (artigo 20), e sua localização deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual integrante do Sisnama ou instituição por ele habilitada, a CETESB no Estado de São Paulo" (Apelação nº 0095357-32.2008, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. J. 16/8/2012).

O percentual da propriedade que deve ser considerado como Reserva Legal é de 20% em área de campos gerais em qualquer região do país, não retratando alteração em relação à legislação anterior.

Saliente-se que a Reserva Legal não se constitui limite para o desmatamento lícito. Ao contrário, representa ônus inerente ao direito de propriedade. Neste sentido, o art. 186 da Constituição Federal traz clara indicação que a função social é cumprida apenas quando na propriedade rural se constatar a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Assim também é importante registrar a ressalva inserida no art. 170 da Constituição Federal, tendo em vista que a ordem econômica exige a observância do princípio da defesa do meio ambiente.

Acesso ao Sumário

Resta salientar que a Lei 12.651/12 não admite a consolidação do uso das propriedades sem o respeito da reserva legal, pois todos os imóveis rurais, independentemente da destinação outrora dada às terras estão sujeitos à obrigação de instituir e manter dita reserva. Neste ponto, todos os proprietários que não tiverem área correspondente aos percentuais mencionados no Art. 12 com vegetação estão obrigados a realizar à sua recomposição.

Com estas considerações, é possível perceber a inexistência de conflito de regras ou mesmo de colisão de princípios.

O direito de propriedade não sucumbe diante das exigências ambientais, porém sofre restrições em decorrência da necessidade de preservação e recuperação da natureza como forma de garantir também a existência de futuras gerações.

É este o sentido do art. 225 da Constituição Federal ao garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Postergar o reconhecimento da área de reserva legal sob alegação de inexistência de dano ambiental mostra-se sem sentido, pois a decisão judicial exige que se apresente o projeto técnico visando a indicação da respectiva área, sua efetiva demarcação e abstenção de exploração, o que deveria espontaneamente ter acontecido há muito tempo. Vem a calhar precisa colocação feita Ministro Herman Benjamin:

"Na época atual, por conseguinte, já não há espaço, nem desculpa, para o Judiciário se omitir, dificultar ou obstar a implementação da legislação ambiental, acima de tudo a florestal; a um, porque os danos causados e a serem causados são, amiúde, de natureza irreversível e, não raro, catastróficos (como demonstram, nas grandes cidades brasileiras, enchentes e deslizamentos recorrentes, com lastimável perda de vidas humanas e incalculáveis prejuízos materiais); a dois, porque o conhecimento acerca do valor da biodiversidade e do seu desaparecimento é copioso e inquestionável; a três, porque aí estão tecnologias e métodos capazes de conferir índole sustentável à exploração dos recursos naturais; finalmente, porque o juiz brasileiro do Século XXI é convocado a aplicar não um conjunto de diplomas exóticos, desatualizados, funambulescos e sem apoio nas referências histórico-culturais do País, mas um microssistema legal coerente, de origem e índole constitucional, que vocaliza, de modo impositivo, a transição de um Direito de danos para um Direito de riscos (sobre os pilares dos princípios da prevenção, precaução e in dubio pro natura) e da propriedade-especulação para a propriedade- função, tomando de empréstimo a terminologia tão antiga quanto atual de Léon Duguit (Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléo n, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, p. 150), função essa que, consoante a Constituição

Acesso ao Sumário

de 1988, além de social, é igualmente ecológica. A legislação ambiental, inspirada e autenticada assim pela função ecológica da propriedade (derivação técnica e ampliação ética da função social), refreia o costume ou a pretensão do máximo e ilimitado aproveitamento do solo, prática herdada do laissez-faire e legitimada, mais de fato do que de direito, pela passividade histórica, quando não conivência contra legem, das autoridades públicas, aí incluindo-se o Judiciário. No microssistema jurídicoambiental, preocupou-se, pois, o legislador em dar um basta naquilo que Helita Barreira Custódio descreveu como "delinqüência generalizada sob alegações de direito absoluto, exclusivo ou especulatório da propriedade" (Limitações à propriedade revestida de vegetação , in Revista de Direito Civil, Ano 7, jul./set. 1983, p. 107). Os benefícios advindos da tutela ambiental são, realmente, de todos para todos, favorecendo, inclusive e amiúde, direta ou indiretamente, os que se dizem vítimas da intervenção do legislador e administrador. De fato, nem mesmo o proprietário ou possuidor rural mais relapso, retrógrado ou insensível negará ser imperioso buscar compatibilizar a legítima atividade econômica (agropecuária, florestal, de silvicultura, imobiliária, minerária, turística, etc.) com a conservação dos recursos naturais, particularmente em época de mudanças climáticas, de desaparecimento veloz e abrangente de espécies da flora e da fauna, de erosão e degradação do solo, e de esgotamento quantitativo ou qualitativo dos recursos hídricos. Sob esse enfoque, no ordenamento jurídico brasileiro pós 1988, o ius utendi, o ius fruendi , o ius abutendi, o ius aedificandi e a desinente prerrogativa de desmatamento da vegetação nativa dividem o núcleo duro ou imanente do direito de propriedade com outros valores e interesses de índole coletiva e solidarista, constitucional e legalmente salvaguardados. Aqueles, extirpados de sua essência (ou aparência) de intocabilidade, compõem agora uma zona de potencialidades-reserva do direito de propriedade, expectativas deste derivadas, é certo, mas que, para virarem elas próprias direitos-plenos, dependem de manifestação, expressa e complementar, do legislador ou do administrador, tanto na maneira e tempo do seu exercício, como nos cuidados reclamados e condicionantes ordenados" (RECURSO ESPECIAL Nº 1.240.122 - PR (2011/0046149-6).

Por outro lado, quanto à possibilidade de compensação com a reserva legal, essa Câmara Reservada já firmou entendimento que a nova lei permite a compensação da área de Reserva Legal em área de proteção permanente, como também a compensação em outras áreas, contudo, sem desobrigar os proprietários da sua demarcação e destinação.

Quanto à exploração da reserva legal, deve-se esclarecer que o artigo 20 da nova lei (Lei 12.651/12) disciplina o manejo florestal sustentável.

Considere-se ainda que é função precípua do Poder Judiciário o controle da aplicação das leis. Assim, a eventual demora na implantação do Cadastro Ambiental Rural não serve de desculpa para evitar o cumprimento da obrigação.

Acesso ao Sumário

Cabe igualmente ponderar que incertezas e até mesmo dúvidas e lacunas do Novo Código Florestal devem ser superadas na fase de execução por decisão calcada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sempre em obediência aos princípios ambientais da precaução e da prevenção. Isto se coloca para evitar a postergação do cumprimento da exigência de cunho ambiental.

Por seu turno, a obrigação de recompor e preservar a área tem assento na previsão do artigo 17, § 4º da Lei nº 12.651/12. O prazo para apresentação do projeto de reflorestamento ambiental e sua execução não poderá ser, todavia, o determinado na sentença, tendo em vista a complexidade do ato, que enseja a participação de outras pessoas e entes administrativos, o que denota ser mais razoável a concessão de prazo de 180 dias para esse mister.

Quanto à multa, esta não comporta alteração, longe de ser exorbitante, mostra-se adequada ao caso concreto, sopesados o porte econômico da devedora, a obrigação a ser cumprida e a importância do bem tutelado. Em relação à obrigação de indenizar danos que forem irrecuperáveis, tal obrigação repousa no requerido, carreando-se o montante do Fundo de Interesses Difusos Lesados.

Nada aponta, por fim, para a necessidade de punir antecipadamente a apelante com a proibição de obter incentivos e benefícios fiscais e financiamento, de modo a dificultar ainda mais o cumprimento da sentença. Deve-se ressaltar, entretanto, que o artigo 78-A do novo Código Florestal determina que após cinco anos da data de sua publicação, "as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer das suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no Cadastro Ambiental Rural CAR e que comprovem a sua regularidade nos termos desta Lei".

Com os reparos acima a sentença deve ser parcialmente mantida.

Ante o exposto, REJEITAM-SE AS PREJUDUCIAIS e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para autorizar o cômputo da área de APP -- desde que preenchidos os requisitos do art. 15 da Lei 12.727/2012 --, excluir da condenação a proibição de obter financiamento, benefícios e incentivos fiscais e, fixar prazo de 180 dias para a apresentação do projeto de reflorestamento ambiental e início de sua execução, mantida no mais a sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006999-02.2011.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que é apelante FLAVIO ALBERTO EVILASIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferido o pedido de sustentação oral, deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 376-p)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente) E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Mandado de segurança - Pretensão à anulação de ato administrativo que excluiu o requerente de concurso público para o cargo de soldado da Polícia Militar - Eliminação ocorrida em decorrência da apuração de atos de indisciplina na vida escolar, os quais teriam sido omitidos no formulário de investigação social - Improcedência - Faltas disciplinares cometidas há quase 20 anos, ainda na adolescência - Ausência de documentos a comprovar novos atos de indisciplina na idade adulta - Declarações de servidores públicos e ex- empregadores a atestar a idoneidade do requerente, assim como a ausência de qualquer conduta desabonadora - Não-caracterização de má-fé no preenchimento da ficha de investigação, mormente diante do lapso temporal transcorrido - Exclusão do certame injustificada, malferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Ato administrativo declarado nulo - Precedente deste E. Tribunal em caso análogo - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Vistos

Apelação cível manejada por **Flavio Alberto Evilásio** nos autos de processo declaratório de nulidade de ato administrativo que tramitou na 2ª Vara Judicial da Comarca de Aparecida, cujo pedido foi julgado **improcedente** para manter incólume o ato administrativo que excluiu o requerente de concurso público para o cargo de soldado da Polícia Militar.

Vindica o apelante a desconstituição da r. sentença, a fim de ser reintegrado ao certame.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e bem processado, com contrariedade assinada às fls. 128/139.

Tal, em abreviado, o relatório.

A demanda de origem foi proposta pelo requerente com vistas à anulação de ato administrativo que, na fase de investigação social, excluiu-o de concurso público para o cargo de soldado da Polícia Militar, por suposta inaptidão para o exercício da função.

Em suas informações, a autoridade tida por coatora indicou que a exclusão do requerente do certame ocorreu (1) em razão da apuração de atos de indisciplina na vida escolar, os quais levaram a aplicação de quatro suspensões, em anos distintos; e (2) a omissão das referidas penalidades no formulário de investigação social, em cujo preenchimento o requerente se limitou a informar uma advertência por indisciplina, a caracterizar, no sentir da autoridade, falseamento da verdade.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que a autoridade tida por coatora agiu dentro dos limites da legalidade ao concluir pela inaptidão do requerente para o cargo, diante das informações colhidas na investigação social, em face do que se insurge o requerente.

Em que pese aos respeitáveis fundamentos do *decisum* objurgado, o recurso comporta guarida.

Conquanto não se olvide da discricionariedade administrativa na avaliação da aptidão dos candidatos para preenchimento das vagas ofertadas em concurso público, no caso, verifica-se ilegalidade manifesta a justificar a declaração de nulidade do ato administrativo.

Com efeito, embora seja consabido que a disciplina e o respeito à hierarquia são características deveras valorizadas pela Polícia Militar - como, aliás, soe ocorrer, mesmo porque primordiais ao próprio exercício da carreira -, cabendo ao examinador do certame primar pela escolha de candidatos que atendam a tais condições, não se vislumbra, no caso, o seu desatendimento pelo requerente em razão das "*faltas*" apuradas em relação a ele.

Acesso ao Sumário

É vero que o requerente foi apenado com suspensão por indisciplina na época em que cursava o ensino fundamental, fato, inclusive, tornado incontroverso nos autos.

Todavia, os referidos atos de indisciplina foram praticados quando o requerente ainda contava com idade entre **13 e 15 anos**, como apontado pela própria autoridade tida por coatora (fls. 100).

Apesar de não poderem ser por completo desconsiderados, referidos atos de indisciplina na vida escolar devem ser interpretados com menor rigor, pois praticados há quase **20 anos** e ainda na adolescência do requerente, idade na qual não se pode esperar a mesma maturidade e senso crítico que idealmente

teria um adulto.

Portanto, tais faltas não repercutem na atualidade, sendo insuficientes para definir o perfil comportamental do requerente, cuja aferição demandaria o cotejo de outros fatos desabonadores de sua conduta.

Porém, não consta dos autos qualquer outro documento a indicar novos atos de indisciplina ou comprometedores do comportamento do requerente.

Pelo contrário, há diversas declarações, subscritas por servidores públicos (fls. 13/15) e ex-empregadores do requerente (fls. 22/25), a atestar sua idoneidade moral e a ausência de quaisquer atos desabonadores em sua conduta.

Nesse contexto, embora não se olvide da absoluta legalidade do procedimento de investigação social para apuração da vida pregressa dos candidatos, constata-se que, no caso, houve excesso na consideração do apelante como inapto ao cargo pela existência de punições por indisciplina na época escolar, com isso malferindo-se os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*.

Da mesma forma, tampouco há se falar na eliminação do requerente do certame por omissão - ou, nas palavras na autoridade tida por coatora, mentira - no preenchimento da ficha de investigação social.

Como se verifica dos autos, a pergunta sobre a qual repousa a controvérsia e a resposta do requerente são as seguintes:

> **"Você já foi punido (a) com advertência escrita, suspensão ou expulso (a) em qualquer estabelecimento de ensino? Em caso positivo, informe quando, a série em que você estava e o motivo da punição sofrida.**
>
> **R: Ensino fundamental, fui punido com advertência por indisciplina."** (fls. 72)

Alega a apelada que ao informar a existência de uma única advertência, o apelante falseou a verdade, pois foi punido por indisciplina por 4 vezes, recebendo penas de suspensão, mais graves que a indicada.

No entanto, como já destacado, os fatos em questão remontam há quase **20 anos** atrás, sendo natural que a resposta do requerente não tenha tido a exatidão esperada pela apelada, sem que isso caracterize má-fé ou deliberada intenção de escamotear a realidade.

Houve a informação do cometimento de faltas escolares, as quais, como já mencionado, não refletem na atualidade, mormente diante da ausência de notícia de atos de indisciplina mais recentes, tudo a indicar a mera existência de fase de maior indisciplina, própria da adolescência e já superada na idade adulta.

A corroborar entendimento supra, neste mesmo sentido já decidiu este **E. Tribunal de Justiça** em caso análogo, também relativo ao cometimento de atos de indisciplina durante a vida escolar:

Acesso ao Sumário

Recurso de apelação - Mandado de segurança - Direito administrativo - Candidato reprovado na fase de investigação social em concurso público para o provimento do cargo de soldado PM de 2ª classe - Omissão de informações sobre antecedentes na vida escolar - Irrelevância.

1. A omissão de fato que remonta a longa data, sem qualquer relevância na atualidade, não têm o efeito de macular a idoneidade moral do candidato.

2. Ato que não é desabonador porque não foi demonstrada a má-fé na omissão que, no caso, não se revelou significativa.

3. Advertências escolares que, em si consideradas, não têm reflexo na vida pregressa ou atual do candidato.

4. Elementos de convicção dos autos que indicam boa a conduta.

5. Comprovada ofensa a direito líquido e certo.

6. Segurança concedida para declarar a ilegalidade do ato que excluiu a parte impetrante do certame e reintegrá-la ao Concurso Público nas fases ulteriores.

7. Sentença de improcedência do mandado de segurança reformada.

8. Segurança concedida.

9. Recurso de apelação provido para tal fim. (TJSP, Ap. Cív. nº 0038085-13.2011.8.26.0053, Rel. Des. FRANCISCO BIANCO, 5ª Câm. de Dir. Púb., j. 28.1.2013 - o grifo o foi por nós)

Em conclusão, impõe-se a reforma da sentença a fim de declarar a nulidade do ato administrativo que excluiu o requerente do certame para o cargo de soldado da Polícia Militar, determinando-se a sua reintegração às fases posteriores do concurso.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023520-06.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante GENIVALDO MENEZES, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS.

ACORDAM, em 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Sustentou oralmente o Dr. Rafael Politi Esposito Gomes, OAB n° 326.326. Após, em prosseguimento ao julgamento, negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.009)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEL FERRAZ (Presidente), ALDEMAR SILVA E NELSON BIAZZI.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

ADEL FERRAZ, Relator

Ementa: Processo Civil - Acidente do Trabalho - Embargos à execução - Sentença "extra petita" e/ou "citra petita" - Não configuração - Apreciação de todas as questões atinentes à adequada solução da lide - Preliminares rejeitadas.

Acidente do Trabalho - Embargos à Execução - Implantação do benefício - Obrigação de fazer, regulada pelo art. 461, do Código de Processo Civil, cumprida pela autarquia - Cobrança de multa diária por descumprimento - Descabimento - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 90/92 julgou procedentes os embargos opostos pelo **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** à execução que lhe move **Genivaldo Menezes**. Declarou inexigível o valor referente à multa diária, ante sua inaplicabilidade à obrigação de dar (pagamento de benefício). Isentou o vencido do pagamento das verbas sucumbenciais.

Irresignado apela o embargado. Preliminarmente, aduz que a sentença é *extra petita*, pois tratou de obrigação de dar, quando trata-se de implantação do benefício e que o julgamento é *citra petita*, pois não apreciou as preliminares arguidas. Requer a decretação da nulidade da sentença. No mérito, requer que seja negado conhecimento aos fundamentos aduzidos pela autarquia, exceto no tocante à ilegitimidade de parte, a ser julgada improcedente, bem como aos pedidos de redução do valor da multa, exclusão da correção monetária e suspensão dos juros. Pugna pela reforma do julgado (fls. 105/140).

Não foram oferecidas contrarrazões.

A douta Procuradoria de Justiça deixou de opinar, ante a ausência das exceções elencadas nos Atos Normativos nº 387/2004 e 313/2003 (fls. 54).

É o relatório do essencial.

Rejeito a preliminar de julgamento *citra petita*.

O mestre Theotonio Negrão aduz, na nota 12 do art. 458 do CPC que "*O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando*

Acesso ao Sumário

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." (NEGRÃO, Theotonio e GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo, Saraiva, 38º edição, 2006, p. 507).

A outra preliminar, de sentença *extra petita*, confunde-se com o mérito e com ele será a analisada.

O recurso não merece provimento.

A decisão judicial que condena o INSS ao pagamento de novo benefício ou à revisão da renda mensal de benefício em manutenção estabelece: (a) **obrigação de pagar**, concernente às prestações vencidas, sujeita a execução pelo rito do art. 730, do Código de Processo Civil; e (b) **obrigação de fazer**, consistente na implantação do benefício ou da nova renda mensal, regulada pelo art. 461, do mesmo *Codex*.

A implantação de benefício acidentário, que encerra obrigação de fazer, autoriza, inclusive, a fixação de multa diária, na hipótese de descumprimento do comando judicial fundamentado, concedido liminarmente, de ofício e a qualquer tempo, por possuir eficácia mandamental, em razão do disposto no art. 461, §§ 3º e 4º, do referido diploma legal.

Nesse sentido, destaco, dentre diversos outros precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO NEGADO.
>
> 1. O cadastramento e manutenção do benefício previdenciário constitui-se em obrigação de fazer, cujo devedor é o ente previdenciário.
>
> 2. É cabível a cominação de astreintes contra a Fazenda Pública, com o fito de compeli-la à realização do mencionado encargo.
>
> 3. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no Ag 523.840/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 19/12/2005 p. 484)
>
> RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 461, § 1º E 644 DO CPC. MULTA PECUNIÁRIA. OBRIGAÇÃO DE DAR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.
>
> É possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer.

Acesso ao Sumário

No caso, impôs-se à autarquia multa diária pelo descumprimento de não pagar valores definidos em execução, ou seja, obrigação de dar.

Não incidência dos arts. 632 e 644 do CPC. Recurso conhecido e provido para afastar a multa.

(REsp 643.669/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 13/12/2004 p. 433)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO. MULTA. POSSIBILIDADE.

1. Encontra-se pacificado nesta Corte que é possível a fixação de multa diária quando o INSS, descumprindo decisão judicial, não procede à correta implantação do benefício previdenciário, a qual caracteriza-se como obrigação de fazer.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 535.133/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 16/02/2004 p. 361)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL.

FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer.

2. Precedente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 374.502/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2002, DJ 19/12/2002 p. 472)

PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA DIÁRIA - ASTREINTES (ESTRINGENTES) - FIXAÇÃO DE OFÍCIO CONTRA INSS - INEXIGIBILIDADE.

1 - As astreintes podem ser fixadas de ofício mesmo contra pessoas jurídica de direito público (autarquia).

2 - Não tendo se implementado a condição a que está sujeita a obrigação, não pode a mesma ser exigida.

3 - Recurso não conhecido.

(REsp 246.701/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2000, DJ 16/10/2000 p. 327)

(sem grifos e destaques nos originais)

Assim, e em tese, o embargado tem legitimidade para pleitear os valores decorrentes da condenação ao pagamento de multa diária.

Acesso ao Sumário

No presente caso, houve fixação de multa diária em caso de descumprimento da obrigação de fazer, consistente na implantação administrativa do benefício concedido (autos em apenso - fls. 252).

A autarquia implantou o benefício (fls. 228), ou seja, cumpriu a obrigação de fazer, esclarecendo, todavia, que o autor já era beneficiário de outro auxílio-acidente, e que, em razão da impossibilidade de cumulação dos benefícios, cancelou o benefício anterior e compensou os valores pagos com os devidos (fls. 222/233).

O magistrado, afastando a alegada impossibilidade de cumulação dos benefícios, determinou que a autarquia implantasse o benefício e pagasse os atrasados, sob pena de multa diária (fls. 252).

Tal decisão foi alvo de Agravo de Instrumento interposto pela autarquia, não conhecido através de acórdão da Colenda 17ª Câmara de Direito Público deste Tribunal (fls. 353/356).

De outro lado, a fls. 348, há despacho do Juiz de 1º Grau, reconhecendo que houve a implantação administrativa, restando assim descabido o pagamento da multa diária (fls. 348). Contra tal decisão, não houve interposição de recurso.

O próprio embargado, a fls. 360, reconhece que o benefício foi implantado, batendo-se, todavia, contra os valores em atraso, que foram pagos incorretamente (fls. 360/362).

Nessa medida, vê-se que é incabível a execução da multa diária, visto que a autarquia cumpriu a obrigação de fazer, qual seja, implantou o benefício concedido no título executivo.

O descumprimento da obrigação de dar (pagamento dos valores decorrentes da implantação incorreta do benefício) não foi incluído na condenação à multa diária por atraso.

Por fim, como se vê a fls. 414, a autarquia saldou os valores decorrentes da incorreta implantação do benefício.

Assim sendo, a sentença não é *extra petita* por tratar da obrigação de dar, visto que o embargado pleiteou a execução da multa em razão do atraso no pagamento de valores, e não da implantação do benefício em si que, repita-se, foi cumprida pela autarquia.

Não havendo, assim, valor a ser saldado pela autarquia referente à multa diária, as demais questões suscitadas pelo embargado em seu recurso ficam prejudicadas (redução do valor da multa, exclusão da correção monetária e suspensão dos juros).

Assim, de rigor a procedência dos embargos.

Posto isso, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0126400-56.2007.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NATHALIA DE MORAES GONÇALVES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados IPESP - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO e MARCOS ANTONIO TAVARES (REPRESENTADO POR CURADOR ESPECIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI E VERA ANGRISANI.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: PENSÃO POR MORTE. Filha da segurada falecida postula para si a parte que lhe deve caber da pensão por morte que caberia ao cônjuge sobrevivente, acusado de assassiná-la, retida pelo órgão previdenciário. Por constar que a condenação criminal ainda não transitou em julgado, com recurso pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, subsiste a presunção constitucional de inocência a obstar o acolhimento do pedido por esse fundamento e, também, por não ter sido indicada disposição de lei para tal consequência. Demanda improcedente. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Kalid Hussein Hassan, jugou improcedente demanda para acrescer ao seu benefício de pensão por morte da genitora a parte do cônjuge condenado por crime praticado contra a instituidora da pensão, tendo fixado honorários advocatícios em quinhentos e dez reais, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1060/1950 quanto ao benefício da gratuidade (fls. 89).

Apela a autora pela inversão do resultado. O recurso foi respondido.

O julgamento foi convertido em diligência para esclarecimento sobre eventual trânsito em julgado da condenação criminal imposta ao correu Marcos Antônio Tavares e informação sobre endereço anotado nos autos, dado que foi citado por edital, sendo então citado pessoalmente e não se manifestou (fls. 120).

É o relatório.

Não se cogita de pronunciar a nulidade da citação por edital, sanada nesta instância pela citação pessoal, sem manifestação do réu, em ação que envolve direito disponível, também à vista do disposto no artigo 249, § 2º, do CPC, pela possibilidade de decisão favorável ao réu.

A pensão por morte da servidora Marlene Aparecida de Moraes Tavares seria devida à razão de metade para o cônjuge do segundo casamento e a outra metade dividida entre três filhos.

Somente a autora, filha do primeiro casamento da falecida, se habilitou como beneficiária obrigatória e recebe um sexto da pensão; o restante aguarda habilitação dos demais beneficiários.

A autora postula para si um terço da parte que caberia ao cônjuge do segundo casamento, Marcos Antônio Tavares, que não teria direito ao benefício por ter sido condenado criminalmente pela morte da segurada, sua esposa (fls. 28/29).

Após a maioridade, a autora permaneceu na qualidade de beneficiária na condição de estudante universitária, nos termos do art. 147, § 2º, da Lei Complementar nº 180/1978, vigente à época do óbito de sua mãe, instituidora do benefício:

§ 2º - Atingindo o filho beneficiário a idade de 21 (vinte e um) anos, ou a de 25 (vinte e cinco) anos se estiver frequentando curso de nível superior, cessa o seu direito à pensão.

Consta que a parte que caberia ao cônjuge permanece retida pelo IPESP.

Todavia, segundo informações prestadas em fevereiro deste ano pelo Serviço de Processamento do Órgão Especial deste Tribunal, não contrariadas pela autora, que deixou de se manifestar a respeito, a condenação criminal ainda não transitou em julgado, estando pendente de julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, recurso de embargos de divergência no recurso especial nº 768197, com último andamento anotado nos registros eletrônicos daquela Corte, de junho de 2012, de que o processo foi digitalizado para tramitar de forma eletrônica (fls. 128/129).

Informou, também, que após o julgamento a cargo do Superior Tribunal de Justiça, os autos deverão ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de recurso extraordinário.

Acesso ao Sumário

Portanto, sem o trânsito em julgado da condenação criminal, subsiste a presunção constitucional de inocência (artigo 5º, LVII) a obstar o acolhimento do pedido sob esse fundamento, também por não ter isso indicada disposição de lei no sentido da perda do direito à pensão por morte pelo homicídio praticado contra a segurada.

Dessa forma, mantendo o decreto de improcedência da demanda, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004253-74.2005.8.26.0416, da Comarca de Panorama, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MERCEDES, SÉRGIO EDILSON POLIDORO, TEREZA VIEIRA MENEZES DOS SANTOS, MÁRIO CORDEIRO BRAGA (E OUTROS(AS)), NENCI LUIZ BITENCOURT, NEUZA ARAÚJO DE SOUZA, PAULO CAETANO DE SOUZA, PAULO CÉZAR DA SILVA, RENATO MACHADO NETO JUNIOR, RENATO PEREIRA DA CUNHA, RITA MARIA ALVES DA SILVA, ROSINEI SANTANA DOS SANTOS, RUBENS DOS SANTOS FERMINO, ROBERTO DOS SANTOS FERMINO, ROSANGELA MARIA GRECO, SALVADOR AMANCIO MARTINS, SÉRGIO JOSÉ BARBOSA, SUELI PAES LANDIM, SIDNEI APARECIDO SEMENCIO, VALDOMIRO OLAVO DA SILVA, ROSIMEYRE MANDACARI LOPES AFONSO e WALDIR PASSARA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.789)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS E LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Concurso Público - Nulidade decorrente da existência de cláusula editalícia que atribui pontuação a candidatos que já

Acesso ao Sumário

sejam servidores públicos do Município - Sentença de improcedência - Manutenção por fundamento diverso - Improbidade não caracterizada porque os fatos são anteriores à Lei nº 8.429/92 - Anulabilidade prescrita - Inteligência do art. 21 da Lei nº 4.717/65 - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo ***Ministério Público do Estado de São Paulo*** contra o ***Município de Santa Mercedes e outros,*** sob o pedido de que seja anulado concurso público cujo edital previu a atribuição de pontuação a candidatos que já fossem servidores municipais, isso sem prejuízo da punição do Prefeito responsável pelo certame em razão da caracterização de improbidade administrativa.

Conforme sentença de fls. 578/583, os pedidos foram julgados improcedentes, ao fundamento de que a regra editalícia não continha qualquer ilegalidade e não ensejou lesividade necessária ao decreto anulatório.

Inconformado, apela o Ministério Público (fls. 589/602). Sem preliminares, insiste na ilegalidade da previsão do edital, tida como indevido fator de discriminação entre os candidatos. Sustenta que somente a lei pode fixar condições restritivas em matéria de concursos públicos.

Resposta recursal do Município às fls. 609/613.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 618/625).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Nada obstante, embora respeitadas as posições contrárias, tenho que o recurso não comporta provimento.

De improbidade administrativa não se pode mesmo cogitar.

Acesso ao Sumário

Nesse campo, acusa-se o Prefeito Municipal de ter inserido em edital de concurso público cláusula discriminatória favorável aos candidatos já vinculados ao serviço público Municipal.

O edital acusado de nulo é de 1991. Anterior, portanto, à própria Lei de Improbidade Administrativa, brandida como fundamento jurídico do pedido do Ministério Público.

Incide, portanto, a orientação jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "***a lei de improbidade administrativa não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores à sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988***"

(Recurso Especial n. 1.129.121-GO, 2ª Turma, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 03.05.2012).

Inviável, portanto, a pretensão punitiva do Ministério Público, até porque, antes da Lei de Improbidade Administrativa, a repressão das condutas funcionais agressivas à moralidade era regrada pelas Leis nºs 3.164/57 (Lei *Pitombo - Godoy Ilha*) e 3.502/58 (Lei *Bilac Pinto*), de todo inaplicáveis diante das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Não se ignora a diretiva pretoriana de que "***em que pese a irretroatividade da Lei n. 8.429/92, o controle dos atos lesivos ao erário deve ser feito com fundamento no art. 159 do CC/16 ou nas Leis n. 4.717/65 e 7.347/85***" (STJ, 1ª Turma, REsp nº 1.197.330/MG, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 21.05.2013).

De fato, é seguro que, desde a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Ministério Público possuiu legitimidade para postular judicialmente a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público, isso independentemente do cabimento ou da efetivação das punições decorrentes da eventual caracterização da improbidade administrativas.

No caso sob exame, denuncia-se a ocorrência de ato administrativo viciado por ilegalidade de seu objeto, de modo que o caso se amolda à hipótese normativa do art. 2º, "c" e parágrafo único "c" da Lei nº 4.717/65.

A possibilidade de desconstituir o ato, contudo, fica interditada diante da disposição prescricional do art. 21 da mencionada Lei: "**a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos**".

Acerca disso, há jurisprudência pacífica no sentido de que "***à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, aplica-se a esta, por analogia, a prescrição quinquenal prevista no artigo 21 da Lei 4.717/65***" (STJ, 1ª Turma, REsp nº 213.642/RN, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 18.04.2013).

Não cabe invocar a imprescritibilidade constitucional da pretensão ressarcitória uma vez que, no caso, sequer se cogita de prejuízo ao erário.

Por isso tudo, embora respeitadas as posições manifestadas em sentido contrário, tenho que a improcedência deve ser mantida, ainda que por fundamentos diversos daqueles expendidos na origem.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002135-

Acesso ao Sumário

97.2008.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que são apelantes CARLOS AROLDO DE SOUZA SOARES (E OUTROS(AS)), ESTER DIVINA GUDIN LANDIN, GERALDO LIMA, ILDA DE JESUS OLIVEIRA, JOSE PEREIRA DOS SANTOS, LUZIA APARECIDA MACEDO, MARIA DO SOCORRO CAETANO, MARIA DOS SANTOS ROCHA, MARIA DE LOURDES CASAGRANDE, OSVALDO APARECIDO CASAGRANDE, SONIA REGINA RESENDE DA SILVA e VITOR LINO GONÇALVES, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRAPOZINHO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.300)**.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Execução de título judicial - Qualquer tipo de pretensão contra a Fazenda Pública, incluindo-se a execução de título judicial se sujeita ao prazo prescricional quinquenal – Art. 1º do Decreto 20.910/32 - Não se cogita de violação ao direito adquirido ou à coisa julgada já que a prescrição é a perda da pretensão e não do direito subjetivo que permanece íntegro - Manutenção da r. sentença que acolheu os embargos e extinguiu a execução.

Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,.

Trata-se de apelação deduzida pelos embargados contra a r. sentença de fls. 442/444, que julgou procedentes os embargos, extinguindo a execução em decorrência da prescrição. Os embargados foram condenados ao pagamento de custas, despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 1.000,00, observada a Lei nº 1.060/50.

Aduzem, em síntese, a inocorrência da prescrição (fls. 448/454).

O Município de Pirapozinho apresentou contrarrazões (fls. 458/461).

Processados, subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de embargos opostos em mandado de em fase de execução, acolhidos ante a ocorrência da prescrição.

Observe-se que a r. sentença de 1º grau julgou procedente a ação mandamental (fls. 281/287 do apenso), e dessa decisão houve reexame necessário e apelo interposto pelo Município de Pirapozinho, improvidos por esta E. Câmara de Direito Público (fls. 396/403 do apenso).

Ressalte-se que em 28 de agosto de 1998 ocorreu o trânsito em julgado do V. Acórdão (fls. 409 do apenso).

Passados mais de cinco anos do trânsito em julgado, em 04 de março de 2008 pugnaram os impetrantes pela execução do V. Acórdão com relação ao valor devido (fls. 01 do apenso).

Contudo, operou-se a prescrição da pretensão dos recorrentes.

Prevê o art. 1º do Decreto 20.910/32:

"Art. 1º - As Dívidas Passivas Da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua Natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

Depreende-se do dispositivo que qualquer tipo de pretensão contra a Fazenda Pública, incluindo-se a execução de títulos judiciais, se sujeita ao prazo prescricional quinquenal.

Corroborando esse entendimento ensina LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA: "*A prescrição qüinqüenal, não custa acentuar, incide sobre qualquer tipo de pretensão formulada em face da Fazenda Pública...*" (A Fazenda Pública em Juízo - 8ª edição - Dialética Editora - pág. 71).

E quanto à ação executiva prescreve a Súmula 150 do STF: "*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.*"

Conclui-se que o direito de executar a Fazenda Pública originou-se para os apelantes quando do trânsito em julgado do V. Acórdão exarado pela Colenda 9ª Câmara em 28 de agosto de 1998.

Observe-se que, nos termos do artigo transcrito, os recorrentes dispunham de cinco anos para promover a execução do valor que lhe era devido pela Municipalidade de Pirapozinho.

No entanto, ao deixarem de se manifestar dentro do prazo prescricional, os exequentes ocasionaram a perda de sua pretensão.

E, não se cogita de violação ao direito adquirido tampouco da coisa julgada, já que a prescrição é a perda da pretensão e não do direito subjetivo que permanece íntegro.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema discorre LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA: "*essa pretensão, via de regra, subordina-se a um prazo, dentro do qual deve ser exercida. Tal prazo é a prescrição, cujo significado indica a perda da pretensão. Com efeito, consumada a prescrição, o que se esvai não é o direito de ação, mas sim a pretensão, isto é, a exigibilidade do direito de que se alega ser titular. O direito subjetivo mantém-se incólume, mas não pode mais ser exigido da parte contrária, eis que fulminada a pretensão, com a consumação da prescrição.*" (A Fazenda Pública em Juízo - 8ª edição - Dialética Editora - pág. 74/75).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PRAZO. SÚMULA 150/STF. FUNDAMENTO INSUFICIENTEMENTE ATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, em conformidade com o entendimento sufragado na Súmula 150/STF, in verbis: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

2. In casu, extrai-se dos autos que o prazo prescricional da ação executória começou a fluir em 10.4.2000, data do trânsito em julgado do título executivo, sem que houvesse interrupção da contagem do referido prazo. Desse modo, tendo sido a execução ajuizada em dezembro/2007, é certo afirmar que foi atingida pela prescrição.

3. Hipótese em que não se conheceu do Recurso Especial, que deixou de impugnar fundamento apto à manutenção do acórdão hostilizado (a discussão sobre a validade do termo de acordo firmado não tem o condão de interromper contagem do prazo prescricional). Aplicação, por analogia, da Súmula 283/STF.

4. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1241999/RS - Rel. Min. Herman Benjamin - Julg. em 24.05.11)

Assim sendo, por todos os ângulos que se analise a questão, é de rigor a manutenção da bem lançada sentença de 1º grau.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008858-12.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SÃO PAULO ALPARGATAS S.A..

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 27674)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Reconhecimento - Caso em que a autoridade coatora antecipou o vencimento do prazo para exigência de que as notas fiscais sejam eletrônicas - Impossibilidade de a empresa impetrante se adaptar aos novos padrões, diante do exíguo prazo assinalado na Portaria 34/2010 - Manutenção dos prazos inicialmente concedidos, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **São Paulo Alpargatas S/A** contra ato do **Chefe da Coordenação da Administração Tributária - CAT da Secretaria da Fazenda dos Negócios de São Paulo - Sefaz e Fazenda do Estado de São Paulo**. Diz a inicial a impetrante é pessoa jurídica de direito privado, atuando na industrialização e comercialização de produtos têxteis e calçados, e, por conta de protocolo firmado nos estados da federação, determinou-se a emissão de nota fiscal eletrônica, em substituição às notas fiscais emitidas em papel, de modo, que todas as pessoas jurídicas deveriam se organizar para se adaptar. Alegou a requerente que, em seu caso, o cronograma deverá respeitar as datas de 01 de abril, 01 de junho e 01 de dezembro de 2010, no tocante às atividades industriais e varejistas. Sustentou que, apesar de ter conseguido implementar a primeira fase, foi surpreendida com informativo eletrônico da autoridade coatora, que alterou o cronograma inicial, fazendo com que as adaptações fossem realizadas com base na primeira data (01 de abril), o

Acesso ao Sumário

que se tornou impossível diante da complexidade do trabalho. Afirmou que o informativo, mesmo sendo legitimado pela Portaria Cat 34, de 15 de março de 2010, ofende ao princípio da razoabilidade, devendo se afastada toda e qualquer possibilidade de mudança do cronograma inicialmente estabelecido.

Requereu a concessão de liminar e, ao final, a segurança, para manter as datas anteriormente previstas.

Liminar deferida, a fls. 118. Agravo de instrumento da Fazenda Pública (fls. 148), ao qual foi negado provimento.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, alegando ser legal o ato administrativo praticado (fls. 132).

A segurança foi concedida (fls. 182) pelo Juiz *Ronaldo Frigini*, para o fim de, extinguindo o processo nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, confirmar a liminar e determinar à autoridade coatora que obedeça o cronograma inicialmente proposto para substituição das notas fiscais emitidas em papel pelas notas fiscais eletrônicas.

Insatisfeita, apela a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando que a Portaria CAT 34/2010, que alterou o cronograma previsto no Protocolo 42/2009, antecipando para o dia 1º de abril de 2010 a obrigação de emitir a Nota Fiscal Eletrônica, é constitucional, pois tem a qualidade de norma complementar editada no exercício da competência legislativa plena do Estado e em absoluta consonância com o conjunto normativo superior que lhe dá sustentação, não havendo, portanto, razão jurídica para que não se lhe reconheça a aplicabilidade.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 204.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia em saber se, a despeito do cronograma fixado pela própria autoridade coatora, poderia ou não ocorrer a modificação posterior em detrimento do organograma estabelecido pela própria empresa.

A alteração de data foi promovida pela Fazenda Pública do Estado, alguns dias antes da data final aprazada inicialmente, não se podendo exigir para se exigir que o contribuinte pudesse se adequar ao novo sistema, substituindo imediatamente as notas fiscais em papel pelas notas fiscais eletrônicas.

Acesso ao Sumário

A empresa recorrente estruturou todo um cronograma inicial para se adequar às novas regras. As novas datas para a implementação da modificação, antecipando as determinações estabelecidas, tornou impossível o seu cumprimento pela empresa, diante da grande complexidade da substituição.

Não há dúvida de que o não cumprimento do novo prazo poderia acarretar graves prejuízos à recorrida, ficando evidente, portanto, que a Portaria 34 ofende ao direito líquido e certo da empresa que foi pega de surpresa com a redução do antigo prazo estabelecido pela própria Fazenda Pública, e não pode ter suas

atividades paralisadas.

Nesse sentido, decisão deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Agravo. Decisão monocrática de negativa de seguimento a recurso de apelação. Equívoco reconhecido. Provimento para propiciar o exame de mérito do apelo. Apelação. Mandado de segurança. Portaria CAT 34/2010 que promoveu alterações no prazo limite para implementação do sistema de notas fiscais eletrônicas. Determinação exarada a poucos dias da data. Impossibilidade de adaptação do contribuinte ao novo sistema pela exiguidade do prazo. Reconhecimento. Descumprimento do prazo que poderia acarretar graves prejuízos à atividade do impetrante. Direito líquido e certo ao exercício de atividade profissional reconhecido. Apelo desprovido para manter a concessão da segurança." (Agr. 0010040-33.2010.8.26.0053, rel. Ferraz Arruda, j. 23 de fevereiro de 2011)

A modificação determinada por comunicado eletrônico (fls. 114) e depois pela Portaria em apreço (fls. 115), ofende ao princípio da razoabilidade, pois a empresa não teve tempo de se adaptar às novas regras, em virtude da antecipação do cronograma anteriormente proposto.

Correta, portanto, a decisão que concedeu a segurança pleiteada, mantendo-a em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002726-09.2008.8.26.0699, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante DAMO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SALTO DE PIRAPORA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

CASTILHO BARBOSA, Relator

Ementa: Apelação Cível - Anulatória de ato administrativo - Licitação - Desistência da proposta

Acesso ao Sumário

pela vencedora após a habilitação - Aplicação dos artigos 64 e 81 da Lei nº 8.666/93 - Legalidade da multa de 20% sobre o valor do contrato prevista no instrumento convocatório (edital) - Ausência de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Honorários advocatícios bem fixados em 1º Grau - Recurso improvido.

VOTO

Recorre a autora por inconformismo com a improcedência da Ação Anulatória de Ato Administrativo e cuja r. sentença concluiu que a autora não teria comprovado que a desistência da proposta após a habilitação no certame teria sido por motivo justo decorrente de fato superveniente (art. 43,§ 6º da Lei nº 8.666/93).

Recurso regularmente processado e contrariado; preparo em ordem.

É o relatório.

Relembre-se que a autora ajuizou a presente ação alegando que teria participado de licitação para contratação de empresa para a construção de creche municipal, com fornecimento de material e mão-de-obra e, durante a análise das propostas ofertadas pelas licitantes, verificara a ocorrência de crise de âmbito nacional na área de construção civil, especialmente no que se refere à falta de cimento, motivo pelo qual, embora tenha sido classificada em primeiro lugar, requereu a desistência de sua proposta, o que não foi acatado pelo Município, que aplicou-lhe as sanções de multa de 20% sobre o valor do contrato, suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a Administração por dois anos. Requer a decretação de nulidade de tal ato administrativo ou que se apliquem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A ação foi julgada improcedente em 1º Grau.

Daí o apelo da autora requerendo o reconhecimento da *"... ilegitimidade da multa imposta em desalinho aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, excluindo a possibilidade de a mesma ser fixada em 20% sobre o valor do contrato administrativo não formalizado com o Município e, em face da parcial procedência da demanda, concluir pela aplicação da regra ditada pelo art. 21 do Código de Processo Civil"*, bem como requer, alternativamente, que a verba honorária seja reduzida ao patamar mínimo nos moldes do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Sem razão, no entanto.

A ilustre Juíza singular examinou os temas jurídicos em discussão, dando à espécie solução justa e adequada, de maneira que as suas conclusões

jurídicas ficam mantidas por esse Egrégio Tribunal, inclusive fazendo parte deste ato decisório, para todos os fins e efeitos de direito (consoante art. 252 do Regimento Interno desta Eg. Corte de Justiça), valendo a transcrição:

" A despeito da previsão, contida no edital da licitação aqui questionada, de impossibilidade de mudança nas propostas ofertadas pelos licitantes, o art. 43, § 6º,da Lei nº 8.666/93, a contrario sensu, permite desistência da proposta, por motivo justo decorrente de fato superveniente.

Ocorre que a requerente não logrou demonstrar que o motivo em que estribou seu pleito de desistência tenha as características supraditas.

Muito dificilmente algum fato que venha a ocorrer no curto lapso entre a apresentação das propostas e a contratação é forte o suficiente para determinar a revisão do valor proposto. Observo que, no caso em epígrafe, a autora ofertou sua proposta em 25 de julho de 2008, foi notificada acerca das demais fases do procedimento licitatório, inclusive da homologação de seu resultado com adjudicação do objeto licitado em favor da requerente, porem só veio a apresentar pedido de desistência da proposta depois de vencido o prazo para assinatura do contrato, em 04 de setembro de 2008, ou seja, menos de dois meses depois da apresentação da proposta.

Observo que, ainda na sessão de abertura dos envelopes contendo as propostas, ficou registrado que o preço ofertado pela requerente estava muito abaixo do valor de mercado, comprometendo a execução da proposta (fls. 60). Outrossim, um dos licitantes ofertou recurso da homologação da licitação, sob o mesmo argumento de que o valor proposto pela requerente estava muito abaixo do mínimo previsto na planilha da Administração Municipal, não se caracterizando, portanto, como sério e factível (fls. 977). Mesmo assim, a requerente não se manifestou e manteve a proposta, da qual desistiu apenas após ultrapassado o prazo para contratação.

A requerente não demonstrou nenhuma alteração no mercado da construção civil que fosse superveniente à apresentação de sua proposta e não o fez pelo simples fato de que uma crise numa das esferas do mercado de consumo não se desenvolve do dia para a noite. Um dos artigos acostados aos autos pela própria autora fala em dificuldades na construção civil <u>nos últimos doze meses</u> (fls. 64/65), tal como mencionado pela testemunha Sônia (fls. 1197).

Logo, não se trata de fato superveniente, mas sim de tentativa desmedida e inconsequente da autora de vencer a licitação, propondo preço dificilmente exequível, com posterior tomada de consciência sobre o alcance de sua conduta. Nada mais correto de que a aplicação das sanções previstas no edital, após a oportunização da defesa, exatamente como feito pelo requerido.

O Município apenas não sofreu sério prejuízo porque a segunda

colocada na licitação firmou contrato, exatamente pelo preço ofertado pela requerente e tem desenvolvido a obra regularmente, conforme documentos de fls. 1152/1155 e 1162/1178, bem como os depoimentos das testemunhas Sônia e Antônio (fls. 1197/1200), o que demonstra que a argumentação da autora de crise no mercado da construção civil não procede.

Ainda que tenha havido aditamento no contrato entabulado entre o réu e a segunda colocada na licitação, este se deveu ao aumento no tamanho da obra e deu-se em data bem posterior aos fatos narrados na inicial (maio de 2009), como se extrai das palavras da testemunha Antônio (fls. 1199/1200) e da publicação de fls. 1220." (fls. 1335/1339).

Com efeito, pela leitura dos autos, verifica-se que a autora desistiu da proposta com fundamento no art. 43, § 6º da Lei nº 8.666/93, ou seja, na ocorrência de fato superveniente que não permitiria a manutenção de sua proposta; mais especificamente, *"uma grave crise de desabastecimento de insumos da construção civil, especialmente o concreto, areia, ação, cimento, bloco cerâmico, etc., além do que estes insumos tiveram seus preços absurdamente majorados"*, razão pela qual os preços ofertados na proposta não poderiam ser mais praticados, sob pena de ruína completa da empresa (fls. 1008).

Entretanto, não é isso que se observa dos autos.

Como bem mencionado na r. sentença 'a quo', o artigo acostado pela própria autora a fls. 64/65 fala em dificuldades na construção civil "nos últimos doze meses", ou seja, não foi algo que aconteceu subitamente, pegando a autora desprevenida, mas que já vinha vindo ao longo dos meses, de modo que a autora deveria ter previsto isto quando da elaboração de sua proposta.

Ainda assim, não se justificaria a desistência da proposta, tendo em vista que a própria lei de licitações prevê em seu art. 65, II, "d", o reequilíbrio econômico-financeiro, justamente para se evitar problemas como o alegado pela autora.

Nesse sentido, aliás, foi o parecer do Departamento Jurídico da Municipalidade, em manifestação à desistência da autora:

"Analisando o edital do processo licitatório em questão, verificamos que no item 9.1.2 exige um prazo de validade da proposta de no mínimo 60 (sessenta) dias.

Ressalte-se ainda, que na proposta apresentada pela empresa vencedora do certame, veio especificado que a validade da mesma é de 60 (sessenta) dias.

Dessa forma, não há o que se falar em motivo justo de fato superveniente, sendo que a alegada crise de desabastecimento de insumos da construção civil não se deflagrou no curso do certame, já era existente muito

antes da instauração do processo licitatório em questão e, portanto, plenamente previsível pela licitante, que deveria ter previsto esse fato em sua composição de preços para apresentação da proposta.

Com relação ainda, ao aumento de valores dos materiais de construção, destaque-se que a Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 65, II, "d", prevê o reequilíbrio econômico-financeiro, justamente para evitar problemas como este alegado pela empresa vencedora do certame" (fls. 1031).

Tenha-se em vista, ainda, o que bem ficou consignado sobre a desistência de proposta no escólio de Marçal Justen Filho, *in* "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 14ª edição, Dialética, São Paulo, 2010, p. 609:

"O dispositivo estabelece que o licitante somente poderá desistir de sua proposta até a fase de habilitação (ressalvado motivo justo decorrente de fato superveniente). Ou seja, a desistência manifestada posteriormente à fase de habilitação será juridicamente ineficaz, eis que não terá o efeito de desvincular o licitante pela proposta realizada. Poderá aludir-se a um direito potestativo negativo, a propósito da desistência pelo licitante manifestada em momento anterior ao indicado na Lei. Ou seja, o particular dispõe do direito subjetivo de promover a retirada, sem a necessidade de qualquer motivação, se o fizer tempestivamente. Em tal hipótese, não caberá à Administração o poder de opor-se à desistência, nem mesmo invocando a ausência de justificativa. Sob o prisma jurídico, a desistência é ato unilateral, que dispensa a concordância da Administração para aperfeiçoar-se.

Mas somente existe esse direito potestivo incondicionado até o momento previsto na Lei. Atingido o momento procedimental indicado no art. 43, § 6º, surge uma condição para aperfeiçoar- se a desistência. Somente será admissível se a) verificar-se motivo justo, b) decorrente de fato superveniente e c) tal for aceito pela Administração.

Sob um prisma, o caso comporta a aplicação extensiva das regras do art. 65, inc. II, al. "d", da própria Lei nº 8.666, que dispõem sobre o rompimento da equação econômico-financeira do contrato. Esse último dispositivo versa sobre o tratamento jurídico aplicável quando a contratação já tiver ocorrido. Já o art. 43, § 6º, trata de situações similares ocorridas antes da contratação."

Não há que se falar, outrossim, em ilegitimidade ou ilegalidade da multa e penalidade impostas, uma vez que estas encontram amparo nos arts. 64, 81 e 87, II da lei nº 8.666/93, que dispõem:

"Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à

Acesso ao Sumário

contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei."

"Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas."

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

II multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

E o item 14.1.9 do Edital (instrumento convocatório) é expresso no sentido de que *"A recusa da firma declarada vencedora em assinar o Contrato, ou o seu não comparecimento para assinatura no prazo previsto neste Edital e a falta da entrega da garantia no prazo previsto no item 9.9.1 caracterizará descumprimento integral das obrigações assumidas na proposta, sujeitando-a ao pagamento de multa de 20% (vinte por cento) do valor do Contrato."*

Com relação à aplicação do art. 87, II da Lei nº 8.666/93, tem-se que a recusa da autora de honrar a proposta equivale ao inadimplemento do contrato; assim, não há se falar na inaplicabilidade do referido dispositivo ao presente caso, uma vez que o contrato não foi assinado.

Veja-se o escólio de Marçal Justen Filho (op. cit. p. 875): *"A regra legal estabelece que, no plano do Direito Administrativo, a recusa do particular de honrar a proposta equivale ao inadimplemento do contrato, ainda que ele não esteja formalizado. Trata-se de inadimplemento de dever imposto a todo aquele que participa de uma licitação: se a proposta for aceita pela Administração e se esta convocar o adjudicatário para a contratação, cabe a ele o dever de firmar o contrato no prazo devido."*

A jurisprudência deste Eg. Tribunal, igualmente, é nesse sentido:

"Cuida-se de ação de cobrança ajuizada pela Universidade de São Paulo em face de XYZ Engenharia Ltda, buscando a condenação da requerida ao pagamento de multa em decorrência da desistência dessa adjudicatária à celebração de contrato, após sagrar-se vencedora na Concorrência nº 04/2006. Intentava a Universidade a contratação da execução de obras para construção do edifício do restaurante central do Campus II de São Carlos.

Diz a USP que, após o resultado do certame, foi publicado no Diário Oficial o termo de homologação, em 19/08/2006, com a convocação da vencedora para assinatura em 20/09/2006. Porém, XYZ Engenharia encaminhou correspondência à COESF - Coordenadoria do Espaço Físico da

Acesso ao Sumário

Universidade de São Paulo declinando a assinatura do instrumento contratual, e consequente execução da obra licitada. Daí a imposição da multa, fixada à razão de 20% sobre o valor da proposta apresentada, sendo injustificados os motivos apresentados para que o contrato não fosse definitivamente firmado.

Com razão a Fazenda Paulista.

Os procedimentos licitatórios, especialmente na modalidade de concorrência, pressupõem que os candidatos tenham estrutura capaz de cumprir o objeto de contrato, o que requer higidez econômico-financeira para dar cabo dos dispêndios em geral elevados que estão às voltas da contratação. Não se recomenda que principiantes ou concorrentes que não conseguirão dar cabo ao contratado se aventurem nessa empreitada.

As regras editalícias eram claras quanto às sanções incidentes ao adjudicatário que, após vencer a licitação, se recusasse a assinar o contrato:

7.13.1 - A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo legal estabelecido pela administração da COESF, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o à multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor de sua proposta (fls 18).

A questão central diz respeito à não justificação (escusa plausível) do abandono do certame, após longo procedimento que privou outros concorrentes da contratação, além de com isso incrementar as despesas da Administração, que deve convocar os demais classificados, e dar cabo da situação inesperada que uma desistência acarreta, em prejuízo evidente ao interesse público.

Neste sentido, não há como aceitar-se justificativa atinente à situação financeira, especialmente em razão de tratar-se hipótese que não se compõe num átimo, de dia para outro, refletindo um caminhar de sinais convergentes à desestruturação da atividade desenvolvida. Na fase em que se vê reclamação dos credores de várias ordens tem-se o apenas a culminação de situação financeira que foi se formando ao longo de meses, ou anos, quiçá.

Estabelecem os artigos 64 e 81 da Lei nº 8.666/93:

Art. 64 - A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

Art. 81 - A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

A diretiva normativa equipara a recusa injustificada ao

Acesso ao Sumário

descumprimento total do contrato, que seria celebrado. Sobreleva, pois, a valorização das condutas pré-contratuais, preliminares ao acordo definitivo ainda sequer firmado. Ora, deveria a apelada, antes da adjudicação contratual, até em decorrência da lealdade, verdadeira baliza na assunção de obrigações.

Cuida-se regramento que não se atrela ao descumprimento contratual o contrato ainda nem existe mas aos deveres acessórios a qualquer tratativa.

Como esclarece Marçal Justen Filho, a regra legal estabelece que, no plano do Direito Administrativo, a recusa do particular de honrar a proposta equivale ao inadimplemento do contrato, ainda que ele não esteja formalizado. A recusa do particular equivale ao inadimplemento do contrato não propriamente ao contrato, pois esse ainda não foi firmado e juridicamente inexiste. Trata-se de inadimplemento de dever imposto a todo aquele que participa de uma licitação: se a proposta for aceita pela Administração e se esta convocar o particular para a contratação, o particular tem o dever de firmar o contrato no prazo devido (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, página 807, Dialética, 2008).

Colhe-se dentre os precedentes desta Corte Paulista: AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO MULTA CONTRATUAL Contratação de empresa para construção de casa habitacional Pretensão da autora em cobrar multa oriunda da ausência de assinatura do contrato e oferecimento de garantia Cabimento Aplicação dos artigos 64 e 81 da Lei nº 8.666/93 Recusa do particular em assinar o contrato equivale ao inadimplemento não propriamente do contrato, mas de dever imposto a todo aquele que participa de uma licitação Sentença mantida Recurso desprovido (Apelação Cível nº 0007441-87.2011.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Wanderley José Federighi, j. 22/08/2012).

APELAÇÃO Mandado de segurança Licitação Pregão eletrônico Empresa vencedora do certame Recusa em assinar o contrato e fornecer o produto Pretensão de anulação de sanções aplicadas Alegação de erro material da oferta Inadmissibilidade Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade respeitados Ordem denegada RECURSO DESPROVIDO. Injustificado descumprimento de obrigação assumida em edital, por empresa vencedora em pregão eletrônico, que não honra os deveres de formalização do contrato e de fornecimento do produto, conforme o preço ofertado, não autoriza invalidar a aplicação das sanções de multa de 10% do valor estimado para a contratação e de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública por dois anos, com lastro na previsão normativa do edital, no art. 7º da Lei nº 10.520/02 e o art. 81 da Lei nº 8.666/93 (Apelação Cível nº 0017362-53.2011.8.260576, 1ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, j. 21/08/2012).

Acesso ao Sumário

A falta de garantia bancária, ou mesmo o iniciar processo judicial objetivando a recuperação judicial não constitui justificativa idônea.

Por meu voto, dou provimento à apelação e ao reexame necessário, para o fim de condenar a apelada ao pagamento da multa estipulada, no valor de 20% sobre a oferta realizada pela licitante."(Apelação nº 0112696-39.2008.8.26.0053, rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 03/12/2012).

Não se vislumbra, ainda, qualquer violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo levando-se em conta o valor da contratação e o seu objeto (construção de uma creche). Ademais, tal multa e seu percentual constavam do edital de licitação, portanto, a autora sabia das implicações a que estaria sujeita em caso de desistência da proposta e, se não concordava com tal percentual, não deveria ter participado do certame.

Igualmente, não se vislumbra qualquer motivo para alteração da verba honorária fixada em 1º Grau (20% sobre o valor da causa, que é de R$6.963,30), uma vez que o valor está pautado pela razoabilidade e condigno ao trabalho realizado pelo patrono e de acordo com os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Diante desse quadro, só resta improver-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035435-26.2010.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARIA APARECIDA FERREIRA SILVA, é apelado DIRETOR TECNICO DO DEPARTAMENTO DA PENITENCIARIA DE RIBEIRAO PRETO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.855)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente) E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - VISITAÇÃO DA IMPETRANTE A SEU FILHO RECLUSO EM PENITENCIÁRIA - GENITORA DE DETENTO PORTADORA DE PINOS DE PLATINA

Acesso ao Sumário

QUE IMPOSSIBILITA A CORRETA REVISTA POR DETECTOR DE METAL - INDEFERIMENTO DE PEDIDO SEM RESTRIÇÃO DE VISITAÇÃO A PRESO - DENEGAÇÃO DA ORDEM QUE MERECE SER MANTIDA - AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria Aparecida Ferreira Silva contra ato coator praticado pelo Diretor Técnico do Departamento da Penitenciária de Ribeirão Preto, que indeferiu pedido formulado para que fosse possibilitado à impetrante, que possui pinos de platina no fêmur esquerdo, manter contato físico com seu filho que se encontra preso na Penitenciária de Ribeirão Preto.

A r. sentença de fls. 80/82 denegou a ordem.

Inconformada, apela, tempestivamente, a impetrante sustentando, em síntese, ser inconstitucional o ato coator, pois lesa os direitos fundamentais, por apresentar restrições desnecessárias ou abusivas.

Houve contrarrazões a fls. 125/127.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A impetrante insurge-se contra a r. sentença que em sede de mandado de segurança denegou a ordem para que obtivesse autorização para visitar seu filho que está preso na Penitenciária de Ribeirão Preto, sem a necessidade de uso do parlatório, haja vista possuir pinos de platina no fêmur que lhe impossibilitam de ter acesso irrestrito a visitação.

O pedido, contudo, foi indeferido pela autoridade coatora sob o fundamento de que, pelo fato da impetrante ser portadora de pinos de platina, tal fato ocasiona transtornos junto ao detector de metais.

Alega a apelante que o ato administrativo fere o princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção especial à família, fundamentos basilares da Constituição da República, que se localiza no ápice do ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, no caso em tela os princípios em normas constitucionais e infraconstitucionais não podem ser observados de forma absoluta.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos:

"Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no princípio da convivência entre liberdades, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (grifo nosso) (Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Editora Saraiva, pags. 523/524).

E ainda, Uadi Lammêgo Bulos assim preceitua:

"Até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu que "no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática". (Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Editora Saraiva, pag. 524)"

Além disso, a Portaria Conjunta CRN/CRO/CCAP/CRC/CVL - 1, de 2007, em seu parágrafo único, do artigo 11 prevê:

"o visitante que for portador de pinos ósseos ou similares que impeçam a correta revista por detector de metal procederá a visita no parlatório, por período não superior a duas horas".

Esta Portaria tem a finalidade de resguardar o direito de visita ao recluso, bem como preservar a segurança da unidade prisional.

Não há inconstitucionalidade e nem ilegalidade no ato praticado, haja vista que não está sendo vedada a visita, há apenas uma restrição prevista na norma, norma esta que visa garantir a segurança no interior dos presídios, inclusive a dos próprios detentos ali recolhidos, bem como dos visitantes e funcionários.

Ademais, uma pessoa portadora de peças de metal, poderia facilmente entrar no presídio portando armas ou outros objetos capazes de por em risco a integridade física dos demais.

Assim sendo, a inviolabilidade da segurança da penitenciária que é um direito de todos, prevalece sobre o direito individual da apelante.

Cabe destacar ainda que, a fls. 40, o Diretor do estabelecimento penitenciário informa que o local destinado a este tipo de visitação, não é o parlatório e sim uma sala em local afastado do pavilhão habitacional, onde o

Acesso ao Sumário

visitante pode permanecer com seu visitado por até 2 (duas) horas. Informa ainda, que no local em que são realizadas essas visitas não existe nada que impeça o contato físico entre mãe e filho, pois não há separação entre as pessoas.

Portanto, não se vislumbra na r. sentença ilegalidade ou abuso de poder passível de reforma em segundo grau.

Inexistente, pois, direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005813-20.2011.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PINDORAMA, é apelado/apelante OSWALDO SPOGNARDI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, negaram provimento ao recurso principal da municipalidade e deram provimento ao recurso adesivo da contribuinte.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 21167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), RODRIGUES DE AGUIAR E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Taxa de expediente - Município de Pindorama - Procedência da ação em 1º grau - Reconhecido o direito à restituição da taxa - Insurgência municipal, alegando a legalidade da cobrança da taxa de iluminação pública, a teor da Lei Municipal nº 1.589/97 - Reconhecimento da ilegalidade da taxa de expediente, nesta sede - Possibilidade de repetição da taxa não atingida pela prescrição, a teor do artigo 168-I, do CTN - Majoração da verba honorária, a teor dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC - Sentença reformada, quanto à verba honorária -

Acesso ao Sumário

Apelo municipal não provido e recurso adesivo do requerente provido.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 37/42, a qual julgou procedente esta ação declaratória c.c. repetição de indébito, condenando a municipalidade às verbas de sucumbência, que busca - nesta sede - a reforma do julgado, em suma, a pretexto de as cobranças da taxa de iluminação pública estar amparada pela Lei Municipal nº 1.589/97, a qual não foi julgada inconstitucional e não pode deixar de ser cobrada (fls. 44/47).

Apela, também adesivamente - o requerente - pela majoração da verba honorária para R$ 1000,00 (mil reais) (fls.53/57).

Recursos tempestivos, isentos de preparo, respondido o da municipalidade (fls. 51/52), e remetido a este E. Tribunal.

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Como se vê dos autos, a r. sentença julgou procedente o pedido de restituição da taxa pleiteada, por entender que esta padece de ilegalidade e não presta serviço em benefício do contribuinte e, ainda, ofendem os artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional e o artigo 145 da Constituição Federal.

E, realmente, a taxa de expediente não retribui serviço público algum, porquanto a confecção de carnê para cobrar tributos é despesa ínsita ao mister habitual do órgão arrecadador e não pode lhe arrimar a exigência, no entendimento prevalente desta E. Corte de Justiça (*cf. Apelação nº 9254232-44.2008.8.26.0000, Apelação nº 0011520-74.2009.8.26.0000, Apelação nº 0254224-89.2009.8.26.0000 e Apelação nº 0003265-93.2010.8.26.0637, dentre vários outros julgados*).

Não obstante, a argumentação da municipalidade em suas razões de apelação tenham se baseado em taxa de iluminação pública, esta não é objeto do pedido de repetição do indébito.

De outra banda, insurge-se a requerente, em seu apelo, apenas quanto ao valor arbitrado na verba honorária sucumbencial, sob o argumento deste não estar adequado à determinação contida nas alíneas do § 3º c.c. § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Observa-se, entretanto, que tal fixação, realmente tem valor irrisório e não valoriza condignamente o trabalho do profissional, malgrado a simplicidade da causa e o julgamento antecipado proferido, não atende aos dizeres do art. 20 § 4º do CPC, não remunerando minimamente o trabalho realizado pelo d. procurador da requerente, para preservação da sua dignidade, dado que o valor da ação de repetição de indébito, base de cálculo do estipêndio, é reduzido e, atualmente, segundo a "Tabela Prática", gira em torno de R$ 173,77, tendo a r.

Acesso ao Sumário

sentença fixado os honorários em R$ 350 (trezentos e cinquenta reais).

Dessarte, majora-se a verba sucumbencial para R$ 600,00 (seiscentos reais), conforme sobredita fundamentação

Por tais razões, e para os fins supra, dá-se provimento ao apelo do requerente e nega-se provimento ao apelo adesivo da municipalidade, reformando-se a v. sentença quanto aos honorários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003446-27.2009.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante/apelado EDNEIA NOVAES DA CRUZ, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos apelos, v. u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO - REPARAÇÃO PELA OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS - Ação de conhecimento proposta visando à indenização pela ocorrência de danos morais, decorrentes de infecção bacteriana contraída após a aplicação da vacina contra tétano, rubéola e febre amarela - Sentença que julgou procedente o pedido - Manutenção necessária - Laudo pericial que conclui pela ocorrência do nexo causal entre a lesão causada (feridas e nódulos repugnantes) e a vacina aplicada - Responsabilidade objetiva da Administração - Ocorrência de danos morais - Fixação dentro dos limites da razoabilidade - Arbitramento de honorários proporcional à complexidade da causa - Apelos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de conhecimento (reparação pela ocorrência de danos morais), pelo rito ordinário, proposta por Edneia Novaes da Cruz em face da Prefeitura Municipal de Andradina, visando receber indenização por danos morais (200 salários mínimos), estes decorrentes de infecção bacteriana contraída após a aplicação da vacina contra tétano, rubéola e febre amarela.

A r. sentença de fls. 189/192, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, condenando a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, o montante de R$ 12.000,00 (doze mil reais), corrigido monetariamente desde a sentença, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês (artigo 406 do Código Civil) a partir do evento danoso, ou seja, 15/09/2008. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento dos honorários advocatícios, que foram arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformadas, as partes interpuseram recurso.

A autora apelou pleiteando a majoração da indenização, sob o argumento de que a r. sentença não fez a devida valoração da extensão do dano causado. Aduz que a elevação deve ocorrer para que seja cumprido o caráter punitivo e preventivo da indenização. Por fim, pleiteia a majoração dos honorários advocatícios, no percentual máximo previsto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 196/202).

A seu turno a Prefeitura Municipal de Andradina, reiterando preliminar de falta de interesse de agir da autora. No mérito, alega que o laudo pericial foi inconclusivo, posto que apontou o nexo causal entre a infecção e a vacinação, mas não informou a procedência do processo infeccioso. Aduz, assim, que não estão presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil da Administração a ensejar danos morais. Subsidiariamente, pleiteia a redução da indenização arbitrada (fls. 204/211).

Recursos tempestivos, devidamente processados e com contrarrazões (fls. 213/221 e 223/231).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de falta de interesse de agir da autora, como bem colocado no despacho saneador de fls. 105/106, vez que a necessidade da tutela jurisdicional postulada pela autora se faz evidente pela resistência ofertada pela Municipalidade, bem como a utilidade da movimentação da máquina judiciária.

A autora da ação, em 15 de setembro de 2008, compareceu à Unidade Básica de Saúde, conhecida como "Postão", para que lhe fossem aplicadas as vacinas contra o tétano, rubéola e febre amarela.

Acesso ao Sumário

Após alguns dias da aplicação, o local onde foram aplicadas as vacinas apresentou um nódulo que com o passar do tempo começou a ficar edemaciado, com secreção purulenta, dolorido, vermelho (rubor), e quente no local (fl.03). Houve necessidade da realização de uma punção no local, na qual se retirou o material para biópsia. Depois de realizado o estudo no material colhido, constatou-se que uma bactéria provocou o processo infeccioso. As fotos de fls. 33/34 demonstram a extensão do dano no braço da autora.

O conjunto probatório dos autos é concludente ao demonstrar que a contaminação no braço da autora por micobactéria fora oriunda da aplicação das vacinações. Ademais, tal contaminação não alcançou apenas a autora, mas vários munícipes de Andradina conforme notícias veiculadas na imprensa local (fls. 47/65). A prova pericial, da mesma forma, fora clara ao concluir sobre a existência de nexo causal entre a formação do nódulo e a vacinação realizada.

Segundo o laudo pericial de fls. 135/159, ***"a autora apresentou uma Infecção por Micobacteria de Crescimento Rápido (Mycobacterium abscessos) após uma vacinação"*** (....) e que ***"há nexo entre a infecção por microbactéria e a referida vacinação"*** *(fl.158 - resposta aos quesitos)*.

E que *"esse tipo de infecção, de acordo com a literatura médica, é decorrente de processos incorretos de esterilização em equipamentos cirúrgicos, acupuntura, injeções, procedimentos broncoscópicos, hemodiálise, cateteres peritoneais e intravasculares, intervenções invasivas com finalidade estética, aplicação de piercing e contaminação de sprays de lidocaína (fl.157)"*.

Em que pese as razões expostas pela Municipalidade, tem-se que o laudo pericial acima referido não foi inconclusivo. Constatou a existência do nexo causal entre a aplicação da vacina e as lesões decorrentes do processo infeccioso experimentado pela autora da ação.

Embora não se tenha havido conclusão acerca do agente causador, ou seja, se foi a agulha utilizada, bem como seu manuseio, ou se a própria vacina, fato é que a lesão decorreu da aplicação desta última.

Diante de tal constatação, entende-se que ficou comprovada a responsabilidade da Prefeitura Municipal de Andradina pela ocorrência do evento danoso. Ainda que não haja comprovação de que o agente público que aplicou a vacina tenha agido com imperícia, tal fato, por si só, não afasta o dever de indenizar do Estado. A lesão causada, bem como suas consequências, devem ser reparadas ainda que decorridas de ato lícito. Cabível, aqui, mencionar a lição do eminente doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual *"obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu a lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano"* (Celso Antônio Bandeira de Mello - Curso de Direito Administrativo

Acesso ao Sumário

- 20ª edição – Editora Malheiros - páginas 949/950). A assertiva acima se justifica pela responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Devidamente fundamentada a responsabilização, necessário agora verificar se reparos merecem ser feitos acerca da fixação dos danos.

A indenização por dano moral tem dupla finalidade, a primeira de indenizar o sofrimento da vítima e a segunda de desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa, pois, enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade. Sua fixação, então, deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

É certo que inexiste critério seguro para o arbitramento do dano moral, mas, no caso concreto, tem-se que a lesão estética, ainda que de natureza leve, aliada ao sofrimento daquele que a experimentou, são razões que autorizam o pagamento de indenização, como forma de atenuar o sofrimento, compensando-se, de certa forma, suas angústias, dores, aflições, constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral, impondo-se ao seu responsável pena pecuniária pelo mal causado.

O ilustre autor Marçal Justen Filho, assim leciona:

"O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia. A ação ou omissão imputável ao Estado. A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, seja ativa, seja passiva, que produza efeito danoso a terceiro."

(Curso de Direito Administrativo, p. 1.077, Saraiva).

Já nas palavras de Wilson Mello da Silva - em sua obra o Dano Moral e sua Reparação, os danos morais:

"são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico".

Posto isso, tem-se que o valor fixado na r. sentença a título de indenização por danos morais, trata-se de importância razoável, que cumpre os objetivos de compensação - pelo menos alguma compensação pela dor moral que deve ser considerada no arbitramento, sem implicar indevido enriquecimento da autora da ação. Não se trata de montante exorbitante como alega a ilustre Procuradora do Município. Aliás, tem-se que nele já está inclusa indenização pelo dano estético, não havendo, assim, se falar em sua modificação.

Em relação aos honorários advocatícios, tem-se que o arbitramento foi estabelecido dentro dos limites da razoabilidade. Não há justificativa para sua elevação ou redução. A causa não possui contornos de grande complexidade. É certo que o tempo demandado para sua conclusão foi extenso. No entanto, isso

Acesso ao Sumário

não autoriza o maior arbitramento do que aquele reconhecido na r. sentença. Houve a devida valoração do trabalho desenvolvido pelos advogados da autora da ação, sendo bem observados os requisitos contidos no artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, e por todas as razões acima expostas, nega-se provimento aos apelos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007433-94.2009.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que é apelante JOAO DE JESUS CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTORANTIM.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), RICARDO DIP E PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Concurso público para o provimento de quatro vagas. Candidato portador de deficiência. Reserva de vaga. Percentual igual a 0,2 das vagas. A reserva de vagas prevista no artigo 37, VIII, da CF e na legislação infraconstitucional deve observar a existência de número de vagas suficiente a alcançar tal percentual. Impossibilidade de arredondamento para uma vaga. Sentença de improcedência que se mantém. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Trata-se de Ação de obrigação de fazer movida por JOÃO DE JESUS CAMPOS contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTORANTIM, relatando o autor, que no ano de 2005 se inscreveu em concurso público para provimento de cargos de Fiscal de Obras, na qualidade de portador de deficiência física.

Realizou a prova regularmente, foi aprovado, obtendo a primeira colocação na lista de candidatos portadores de deficiência. No entanto, a Municipalidade ao realizar as convocações, chamou apenas os cinco primeiros candidatos aprovados dentre os não deficientes. Passados quatro anos da realização do concurso, foram convocados mais dez candidatos não portadores de deficiência, enquanto o autor que foi aprovado em primeiro lugar na lista de portadores de deficiência ainda não foi convocado, daí pleitear sua imediata convocação e empossamento, bem como a condenação da requerida ao pagamento de indenização a ser apurada em sede de liquidação, em razão "*de tudo que deixou de auferir desde a sua não convocação até o efetivo exercício de seu cargo*" (fls. 21) e, ainda, o reconhecimento do direito à contagem do tempo de serviço e a consequente averbação para todos os efeitos legais.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 111), e a r. sentença de fls. 178/179 verso, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), observada, no entanto, sua condição de beneficiário da justiça gratuita.

Sobreveio apelação do autor, que, nas razões de fls. 185/205, busca a inversão integral desse desate, sustentando, em resumo: a) que a Municipalidade agiu arbitrariamente, violando lei federal e a Constituição Federal, ao deixar de convocar e empossar o ora apelante, que é portador de necessidades especiais; b) que a Municipalidade se obrigou a reservar vagas para deficientes físicos, uma vez que o edital se vinculou aos dispositivos da Lei nº 7.853/89 e do Decreto nº 3.298/99; c) que o Decreto nº 3.298/99 não prevê a possibilidade de arredondamento para baixo; d) que a Administração ao condicionar a admissão de candidatos portadores de deficiência após preenchimento de 10 (dez) vagas demonstra a intenção de excluir e afastar os candidatos nessas condições; e) que a sentença violou inúmeros princípios constitucionais, dentre eles, o que garante a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para portadores de deficiência e o que garante a promoção da integração do portador de deficiência à vida comunitária, bem assim o artigo 2º da Lei nº 7.853/99, que dispõe sobre a integração do deficiente na sociedade; f) que não se pode entender que as primeiras vagas se destinam a candidatos não portadores de deficiência, devendo a nomeação ser feita de forma alternada, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo edital aos portadores de deficiência; g) que o tratamento relativamente diferenciado que se dá aos deficientes físicos, foi o modo que o legislador constituinte encontrou de minorar o déficit de que são acometidos; h) que a reserva de vaga prevista no edital, somada à inscrição e classificação em separado dos deficientes físicos implica em promessa da Municipalidade de efetivação das normas legais a que se vinculou, por critério de conveniência e oportunidade. Por fim, prequestiona a matéria debatida nestas

Acesso ao Sumário

razões de recurso.

O recurso foi contrariado a fls. 210/224, e, nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento (fls. 241/245). Este, em síntese, o relatório que se agrega ao já constante dos autos.

II. O recurso não comporta acolhimento.

Segundo consta da inicial, o autor inscreveu-se em concurso público realizado no ano de 2005, destinado ao provimento de cargos de Fiscal de Obras. Inscreveu-se como portador de deficiência, e, realizou a prova regularmente, sendo aprovado em primeiro lugar na lista para pessoas portadoras de deficiência. Porém, a Municipalidade ao realizar as convocações, chamou apenas os cinco primeiros candidatos aprovados dentre os não deficientes. Passados quatro anos da realização do certame, foram convocados mais dez candidatos não portadores de deficiência, enquanto o autor que foi aprovado em primeiro lugar na lista de portadores de deficiência ainda não foi convocado. Assevera que houve patente desrespeito ao disposto na Lei nº 7.853/89 e à cláusula 3.1.13 do edital, segundo a qual serão chamados a assumir os cargos 01 (um) candidato portador de deficiência a cada 10 (dez) não-portadores aprovados. Esclarece que o Decreto nº 3.289/90, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, determina a reserva de no mínimo 5% (cinco por cento) das vagas para os candidatos portadores de deficiência e estabelece que, no caso do percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente. Entende que havendo quatro vagas ao cargo pretendido, uma delas deveria ser-lhe atribuída, em razão da deficiência que possui e do percentual que lhe é assegurado por lei.

No tocante aos portadores de deficiência, o edital estabeleceu que:

"3.1.1. - As pessoas portadoras de deficiência que pretendem fazer uso das prerrogativas que lhes são facultadas no inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 7.853/89 é assegurado o direito de inscrição para os cargos em Concurso Público, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras.

3.1.2. - Em obediência ao disposto no art. 37, § 1º e 2º do Decreto 3.298 de 20/12/99 que regulamenta a Lei 7853/89, ser-lhes-á reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas existentes, das que vierem a surgir ou que forem criadas no prazo de validade do presente Concurso.

3.1.3 - Na hipótese de aplicação do percentual resultar número fracionado (igual ou superior a 0,5 (cinco décimos), a fração será arredondada para 1 (uma) vaga. Se inferior a 0,5 (cinco décimos) será considerada nas nomeações posteriores, esclarecendo-se tal circunstância por ocasião da ocorrência do evento. Não havendo candidatos aprovados para as vagas reservadas a portadores de deficiência, estas serão preenchidas pelos demais

Acesso ao Sumário

concursados, com estrita observância da ordem classificatória." (fls. 29).

Dispõe o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal: ***"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (.....) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;"***

O Decreto nº 3.298, de 20.12.1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24.10.1989 (que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência), determinou em seu artigo 37: *"Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. § 1º. O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. § 2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente."*.

Por sua vez, a Lei federal nº 8.112, de 11.12.1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) determina em seu artigo 5º, §2º: "***§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.***".

Não há notícia de legislação local (do município de Votorantim) disciplinando a matéria, daí aplicarem-se a disposição do Decreto federal nº 3.298, de 1999, em acréscimo às normas do edital.

O concurso público de que participou o autor destinou-se ao preenchimento de quatro vagas para o cargo de Fiscal de Obras (fls. 33). O edital reservou - não discrepando da legislação de regência - cinco por cento (5%) das vagas aos portadores de deficiência física. Portanto, se foram oferecidas quatro vagas no total, a proporção da reserva de vagas destinadas a portadores de deficiência corresponderia a 0,2 (dois décimos), não chegando a atingir uma vaga.

A regra do arredondamento não pode ser aplicada de maneira irrestrita. Previu o edital, ademais, que haveria arredondamento para uma vaga na hipótese do percentual resultar em número fracionário igual ou superior a 0,5 (cinco décimos), o que não ocorreu na espécie.

Previu ainda o edital do certame, no item 3.1.13: ***"3.1.13 - Fica***

condicionada a primeira admissão de candidato portador de deficiência após o preenchimento da décima vaga dos não portadores de deficiência, sendo as demais admissões efetivas na vigésima primeira, trigésima primeira e assim sucessivamente." (fls. 31).

Essa disposição (ressalvada sua defeituosa redação) não é ilegal, e não guarda o alcance pretendido pelo apelante. Conforme esclarecido pela Municipalidade na contestação (fls. 64/65) e na documentação acostada, foram convocados, da lista geral, dezesseis candidatos, mas apenas cinco vagas foram providas, até o término do prazo de validade do concurso público. O direito do portador de deficiência, integrante de lista especial, ser convocado, só surge após o preenchimento de vagas, por integrantes da lista geral, suficientes a que o percentual de lei (cinco por cento) possa ser concretizado, por meio de "arredondamento", de maneira hábil.

Nesse sentido, colhem-se precedentes desta Colenda Câmara de Direito Público a propósito de casos assemelhados:

"Assim, em um concurso público com 50 vagas e reserva legal de 5% para as pessoas portadoras de deficiência, deve a essas últimas atribuir-se 3 cargos, elevando-se o resultado fracionário inferior. Diversamente, se, nesse concurso, houvesse apenas duas vagas, com reserva de 5%, não é já possível atribuir uma das vagas, 'simpliciter', ao âmbito dessa reserva, pena de exceder o percentual, chegando- se a uma reserva de fato correspondente a 50%. No primeiro caso, a reserva atingiu efetivamente 6% do total, com superação discreta do percentual normativo; ao passo que, no segundo, é manifesta a suplantação dos limites legais, pondo-se em evidência o contraste com a razoabilidade" (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0198674-46.2008.8.26.0000, j. 14.07.2008, Rel. o Des. RICARDO DIP).

"MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso público - Nomeação ao cargo de fisioterapeuta, tendo em vista reserva de vaga de 5% a portadores de deficiência - Edital com previsão de duas vagas ao cargo, com classificação do Impetrante em quarto lugar - Preenchimento das duas vagas constantes do edital - Direito à nomeação em vaga de portador de deficiência que não se verifica, porquanto ao arredondar a fração 0,1 (um décimo) para 1 (um) estar-se-ia destinando 50% das vagas aos portadores de deficiência, ultrapassando o limite legal de 20% e outorgando, assim, vantagem em detrimento dos demais concorrentes - Ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade - Inexistência do alegado direito líquido e certo - Precedentes - Sentença denegatória de segurança mantida. Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 0000077-74.2012.8.26.0297, j. em 03.09.2012, rel. o Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR)

"MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso público - Reserva de vaga

ao candidato portador de deficiência física - Sentença reformada - Segurança denegada - A reserva de 5% (art. 37, VIII, CF) em concurso público aos portadores de deficiência deve observar a existência de número de vagas suficientes a alcançar tal percentual. Se o número de vagas é parco, a impedir que se alcance, via percentual, pelo menos, uma vaga, não há como se aplicar o disposto na Lei Maior." (Apelação Cível nº 0177138-76.2008.8.26.0000, j. em 02.09.2009, rel. o Des. LUIS GANZERLA)

E da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DEDEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas." (Pleno, MS 26.310-5-DF, j. em 20.09.2007, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO)

Não se vislumbra, portanto, reparo a lançar à r. sentença, que merece subsistir.

III. Por todo o exposto, negam provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002439-79.2009.8.26.0418, da Comarca de Paraibuna, em que é apelante LUIZ WALTER FERNANDES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 918)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente) E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RECURSO DE APELAÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ocorrência. Licitação que

Acesso ao Sumário

foi realizada com a modalidade carta convite. Demonstração de danos ao erário e de práticas de ato de improbidade administrativa. Ofensa aos princípios que regem a Administração Pública. Sanções da Lei nº 8.429/92 regularmente aplicadas e que não impedem a aplicação da multa. Rol de sanções que não é taxativo. Recurso desprovido.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de apelação extraído da Ação Civil Pública (Autos nº 1005/09) interposto contra a r. sentença (fls. 1237/1252), proferida pela MM. Juíza da Comarca de Paraibuna, que julgou procedente a Ação Civil Pública para declarar nulos os contratos escritos e verbais celebrados pela Prefeitura Municipal de Natividade da Serra com Aquino de Oliveira e José Neix, referentes ao transporte de doentes entre os bairros rurais de Natividade da Serra, o centro desta cidade, bem como às cidades do Vale do Paraíba e declarar a responsabilidade de Luiz Walter Fernandes pelas improbidades administrativas cometidas na realização do certame, na sua irregular dispensa e decorrentes dos contratos declarados nulos, condenando-o ao pagamento das verbas já indicadas no corpo desta decisão, consistentes no dano patrimonial e moral, assim como nas restrições cabíveis previstas em lei, como já assentado na fase de fundamentação. Não houve condenação em custas e honorários.

O apelante (fls. 1254/1271) requereu a reforma da r. sentença, nos seguintes termos: I) inaplicabilidade da lei de improbidade aos agentes políticos; II) inexistência de ato de improbidade; III) a responsabilidade pelo procedimento licitatório só pode ser imposta se houver demonstração inequívoca da responsabilidade subjetiva; IV) não pode haver afronta ao princípio constitucional da inocência; V) ausência de dano ao erário; VI) é inconstitucional a pena de multa.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 1276/1289.

O Ministério Público de 2ª instância manifestou-se às fls. 1307/1315.

É o relatório.

O Ministério Público ajuizou a presente Ação Civil Pública afirmando que ocorreram contratações para a prestação de serviço de transporte de pacientes para socorros emergenciais dos três bairros rurais mais distantes para diversas clínicas e hospitais por meio de processo licitatório, na modalidade convite, sem a devida observância das regras legais. Informa, ainda, que algumas contratações ocorreram verbalmente.

Por conseguinte, alegou o Ministério Público a prática de ato de improbidade administrativa com danos ao erário público em face do demandado

Acesso ao Sumário

Luiz Walter Fernandes da Silva requerendo a aplicação das sanções dispostas no artigo 12, inciso II, e artigo 11, caput, inciso I, ambos da Lei n. 8.429/92. A r. sentença julgou o pedido procedente, nos termos acima mencionados.

O recurso não merece provimento, pois restaram incontroversos os fatos narrados pelo Ministério Público.

Os agentes públicos, independentemente de outras sanções, previstas em leis específicas, como sanções penais, civis e administrativas estão sujeitos às penas previstas na Lei n. 8.429/92. Assim, ainda, que o apelante já tenha, por exemplo, respondido por crime de responsabilidade, nada obsta que a ele seja imputada a prática de atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, STJ, REsp 167.547-MG, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, 07-04-2005, m. v., DJ 22-03-2006, p. 151.

Resta, pois saber se realmente houve irregularidade na licitação que enseje a prática de ato de improbidade administrativa, que, por conseguinte, leva à conclusão que danos foram causados ao erário público e se a conduta praticada pelo requerido enseja a aplicação da condenação das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa.

Comete ato de improbidade administrativa o agente público que pratica ato contrário às normas legais, de moral e aos bons costumes, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a Administração Pública.

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11, dispondo respectivamente, em atos que importam em enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Compulsando os autos, possível afirmar a ocorrência da prática de ato ímprobo, especificamente quanto ao prejuízo causado para o erário, visto que a licitação é procedimento que visa a selecionar uma proposta mais vantajosa para a Administração contratar o serviço de seu interesse. É certo, dessa forma, que houve prejuízo aos cofres públicos, pois o procedimento licitatório realizado não observou todas as regras legais e algumas contratações ocorreram verbalmente.

É manifesta, na presente demanda, a lesividade pelas contratações ilegais, pois a forma em que se deram as contratações dos motoristas, implicou na limitação das possibilidades normais de competição que, por conseguinte, enseja a ocorrência de dano. E, conforme mencionado na r. sentença à fl. 1245, "a lesão foi efetiva, pois os contratados receberam pelos serviços irregularmente celebrados".

Assim, também, a manifestação do MM. Juízo "a quo" na r. sentença, à fl. 1244:

"Não houve, de fato, igualdade e competitividade entre os possíveis

Acesso ao Sumário

participantes do certame. As cartas convite foram dirigidas a três motoristas do município, a Aquino de Oliveira, a Atelício Ferreira dos Santos e a Edmar Donizete Pereira. Sabido que o Município conta com outros profissionais nesta área, até porque alguns deles também prestaram serviço sem qualquer tipo de participação, em concorrência, tal como se verá no tópico seguinte (que analisará o contrato verbal celebrado com José Neix). Na apresentação das propostas, pode-se notar que cada um dos convidados indicou um preço diverso e, coincidentemente, menor em cada um dos bairros do seu interesse e efetiva moradia. Assim, Atelício apresentou o orçamento de R$ 13.000,00 para o transporte a ser efetivado na Vargem Grande, R$ 18.000,00 para o mesmo serviço no Bairro Alto e R$ 26.250,00 para o Pouso Alto (fls. 289). Edmar iniciou o valor de R$ 13.500,00 para a Vargem Grande, R$ 20.700,00 para o Bairro Alto e R$ 25.000,00 para o Pouso Alto (fls. 300). Por sua vez, Aquino orçou o serviço em R$ 11.000,00 para a Vargem Grande, R$ 27.600,00 para o Bairro Alto e R$ 30.000,00 para o Pouso Alto (fls. 301). Sintomáticos esses orçamentos. A consequência foi a adjudicação do objeto para: Atelício, que ganhou o transporte para o Bairro Alto; Edmar, que ganhou o transporte para o Pouso Alto e para Aquino, que ganhou o transporte para a Vargem Grande (fls. 307). Repita-se o edital não previa a cisão do contrato. Assim, de se concluir que a licitação foi dirigida com o primordial intuito de beneficiar os únicos participantes do certame, garantindo-lhes o recebimento de vantagens oriundas dos cofres da administração."

Resta por fim saber se o ato praticado pelo requerido atentou contra os princípios da Administração, dispostos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, visto que a probidade administrativa abarca o princípio da moralidade.

O ato de imoralidade afronta a honestidade, o dever de lealdade, a dignidade humana, as normas de conduta aceitas pelos administrados e outros postulados éticos e morais, ou seja, na condição de funcionário público o apelante tinha o dever de agir observando os princípios que regem a Administração Pública e de forma a atender ao interesse público.

Acesso ao Sumário

É cediço que se tratando de coisa pública todas as formalidades devem ser observadas, bem como todos os princípios dispostos no artigo 37, da Constituição Federal. Assim, o administrador público deve atuar com eficiência e em consonância com o princípio da legalidade e da moralidade, dentre outros.

A realização de regular licitação era, portanto imprescindível para a economia do Município. Aliás, a regra geral é a necessidade de realização de licitação para que seja observada e contratada a proposta mais vantajosa para o Município. Inexiste, portanto, a necessidade de demonstração da prática de ato doloso.

O dano ao erário público é evidente, pois a fraude ocorrida na licitação causou prejuízos ao Município que poderia ter contratado motoristas que oferecessem valor menor. A ilicitude e a imoralidade administrativa são evidentes. Ambas configuram, por si só, a improbidade administrativa e os danos ao erário.

Por fim, no constante a inconstitucionalidade da multa aplicada, também, nenhum provimento merece o argumento, posto que conforme bem ressaltado pelo Ministério Público, nas contrarrazões e no parecer de 2ª instância, as sanções dos atos de improbidade administrativa não são taxativas.

É permitido ao julgador aplicá-la de forma a punir a pratica ilegal, na dosagem necessária para a correção do ato e de acordo com a gravidade que o caso apresenta. E as sanções foram regular e moderadamente aplicadas pelo Juízo "a quo", inclusive a aplicação de pena pecuniária que não se mostrou desarrazoada e desproporcional.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021421-37.2009.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante TURB TRANSPORTE URBANO S A, 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 6308)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E URBANO RUIZ.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Depredações à ônibus de transporte coletivo. Pretensão à indenização por danos materiais. Atos de vandalismo praticados em horários distintos e imprevisíveis. Omissão não caracterizada. Ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta atribuída ao Estado e o dano sofrido.

Acesso ao Sumário

Responsabilidade não caracterizada. Sentença que julga improcedente o pedido.

Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 220/226, que julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios fixados no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Inconformada, apelou a autora. Em suas razões, alega que restou comprovada a falha estatal na garantia da segurança pública diante dos graves ataques de facções criminosas. Pondera que as ordens partiam de dentro dos presídios, o que não se pode admitir. Aduz que o Estado falhou ao permitir o uso de celulares dentro do presídio e, também, por não conseguir impedir os atos de violência e depredação contra o patrimônio da apelante. Assevera que os veículos particulares da empresa foram incendiados por ordem de facção criminosa, ordem essa que partiu de dentro dos presídios paulistas, cujos criminosos estavam sob tutela estatal, em rebelião possível de ser evitada e contornada, daí a responsabilidade civil do Estado. Argumenta que o reforço policial prestado foi posterior aos fatos, o que não impediu os danos ocasionados ao patrimônio da empresa. Pleiteia seja dado provimento ao recurso de apelação para julgar procedente o pedido.

Recurso tempestivo (fls.230/251).

Contrarrazões (fls. 254/264).

É o relatório.

A Autora, ora apelante pretende obter indenização por danos materiais decorrentes de atos criminosos de vandalismo ocorridos em meados de 2006 que culminaram com a queima e destruição de dois veículos tipo ônibus, utilizados para o desempenho da prestação de serviços pela empresa recorrente.

Sem razão, contudo.

O pedido de indenização tem como fundamento a falha do Estado no seu dever de segurança.

É inegável que é dever do Estado garantir a segurança pública, a ordem e a incolumidade dos administrados. Por outro lado, não se mostra razoável atribuir ao Estado a responsabilidade por todo e qualquer ato danoso causado por terceiros ao patrimônio do particular, visto que é impossível ao Poder Público manter a vigilância constante em todos os lugares, de modo a evitar a ação de criminosos.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado, em caso semelhante, de

Acesso ao Sumário

minha relatoria:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS e MATERIAIS. Disparo de arma de fogo que ocasionou a morte da vítima. Inexistência do nexo de causalidade para a responsabilização do Estado. Sentença que julga improcedente o pedido. Recurso não provido.

(...)

Registre-se que, para a responsabilização do Estado por ato omissivo, além da efetiva existência do dano, há que se verificar o dever do ente público em impedir o resultado verificado quando existir a possibilidade de fazê-lo.

Especificamente, importa salientar que o dever de segurança que o Estado deve prestar não é absoluto a ponto de se exigir responsabilidade quando da ocorrência de evento alheio a ele". (Ap. nº 0014624-80.2009.8.26.0053, d.j. 12.03.2012)

Como bem ressaltou a r. sentença: "No caso em testilha o serviço foi regular, pois o Estado não deixou de realizar o policiamento. E este, por si só, não é suficiente para impedir a prática de delitos. Ainda que a ré tivesse conhecimento da possibilidade de ataques, não sabia quem seria alvo e tampouco conhecia o momento em que ele ocorreria. O policiamento foi reforçado, mas contra sujeitos indeterminados, prevenção alguma é suficiente." (fls. 223)

Nesse sentido, esta Corte já se pronunciou:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Fazenda Pública. Ação de indenização. Ônibus de propriedade da autora incendiados em ataques de facção criminosa. Ineficiência do serviço que não pode servir de fundamento genérico para o reconhecimento da responsabilidade do Estado. Omissão por ausência de intervenção não caracterizada no caso concreto. Ação improcedente. Recurso não provido." (Ap. nº 0377747-41.2009.8.26.0000, TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antônio Carlos Villen, d.j. 19.03.2012)

Responsabilidade civil do Estado por omissão - Concessionária de serviço público de transporte - Ônibus incendiados - Ataques de facção criminosa - Pretensão da concessionária de obter indenização - Alegada omissão do Estado em prover segurança pública - Responsabilidade objetiva com fundamento no art. 37, 6º, da Constituição Federal - Teoria do risco administrativo - Necessidade de prova da existência do fato da Administração, dano e nexo de causalidade - Risco Integral da conduta da Administração - Inadmissibilidade - Imputação de omissão genérica ao Estado decorrente de carência comum a qualquer sociedade - Inadmissibilidade - Estado não pode se tornar segurador universal contra as adversidades da vida em sociedade – Na espécie, restou

Acesso ao Sumário

caracterizada a situação excepcional de crescimento da violência e que o Estado tomou diligências para a segurança pública - Inexistência de fato da Administração - Provado o fato de terceiro - Inexistência do nexo de causalidade entre o agir administrativo e o dano aos ônibus - Não caracterizada a responsabilidade do Estado. Negado provimento à apelação. (Ap nº 0138849-11.2007.8.26.0000, TJ/SP, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, d.j. 30.11.2011)

"Ação ordinária de indenização julgada improcedente - Danos sofridos por veículos da autora e praticados por terceiros não identificados Omissão do Estado não caracterizada - Responsabilidade civil que não pode ser reconhecida à luz dos artigos 37, § 6º, e 144, da Carta Magna - Doutrina nesse sentido - Precedente da Câmara em processo similar que desacolheu a pretensão - Apelo desprovido (AC n° 776.810-5/0-00, Rel. Des. Corrêa Viana, j . 29.07.2008).

"INDENIZAÇÃO - Ônibus depredados e incendiados - Atos de terceiros - Não responsabilidade do Estado ou do Município - Inexistente o nexo causal - Ação improcedente - Sentença mantida - Recurso não provido." (AC n° 253.020-5/0-00, Rel. Des. José Habice, j . 13.05.2006).

Diante do exposto e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Autora, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002858-73.2011.8.26.0695, da Comarca de Atibaia, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BOM JESUS DOS PERDÕES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Sr. Dr. Alexandre do Prazeres Maria.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18839)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) E SOUZA NERY.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Termo

de ajustamento de conduta. Depósito inadequado de resíduos sólidos. Multa diária aplicada pelo descumprimento do acordo. Cerceamento de defesa demonstrado. Reconhecimento do cumprimento parcial das obrigações. Situação que merece ser aferida com exatidão pelo MM. Juízo *a quo*. Exigência de prova acerca das atividades necessárias ao encerramento do processo de desativação dos aterros sanitários. Astreinte inicialmente fixada em valor excessivo, devendo ser afastada até que outra seja aplicada com razoabilidade, levando-se em consideração os trabalhos remanescentes e os respectivos prazos. Sentença anulada.

PRELIMINAR ACOLHIDA E RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Bom Jesus dos Perdões, contra a r. sentença, cujo relatório é adotado, que julgou improcedentes os pedidos formulados em embargos à execução (fls. 40/42).

Sustenta, preliminarmente, que deve ser declarada a nulidade da r. sentença, por cerceamento do seu direito de defesa, porque não foi deferida a produção de prova pericial para comprovar o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta. No mérito alega, em síntese, que foram tomadas as medidas necessárias para o cumprimento do TAC. Defende que a multa diária afigura-se exagerada e desproporcional, merecendo redução. Aduz que a Municipalidade é isenta de custas processuais e de honorários advocatícios, razão pela qual essa condenação deve ser afastada. Pede o provimento do recurso (fls. 59/69).

Recurso recebido em seus regulares efeitos, processado e respondido (fls. 82/87).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do apelo (fls. 91/95).

É o relatório.

A preliminar de nulidade da r. decisão por cerceamento de defesa comporta acolhimento.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou execução de título executivo extrajudicial contra o Município de Bom Jesus dos Perdões, sob a alegação de descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes, em razão de depósito inadequado de resíduos sólidos (lixo doméstico e industrial), primeiro em local situado no Bairro Guaxinduva (nas

Acesso ao Sumário

margens do Rio Atibainha), e depois no Bairro Serra Negra, nesse Município.

Foram opostos embargos, julgados improcedentes (fls. 40/42). Asseverou o D. Magistrado que *"não houve sequer o levantamento do dano e de sua extensão para a recuperação"*; que *"as obrigações eram do ente público, que deveria tomar todas as medidas para atender ao termo que convencionou no prazo estabelecido"*, e completou que *"não há justificativa plausível ao adiamento das medidas"* (fls. 41).

Preservado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, a situação retratada merece outro desfecho.

De acordo com o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o *Parquet* em 13.3.2003, verifica-se que o Município se comprometeu a não mais efetuar depósito de lixo sem o prévio licenciamento perante a CETESB; apresentar avaliação da real situação da área afetada, projeto técnico e demais estudos necessários para a recuperação dos danos causados; além de adotar as medidas mitigadoras e cumprir os cronogramas indicados pelos órgãos competentes (fls. 466/469).

O Relatório de Vistoria (fls. 54/57) elaborado em 22.11.2011 pela CETESB explica que, em decorrência da prática inadequada de disposição de resíduos sólidos no Bairro Guaxinduva, a Municipalidade firmou dois Termos de Ajustamento de Conduta: o primeiro perante a CETESB e a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (30.11.1999) e o segundo com o Ministério Público do Estado de São Paulo (13.3.2003). Para o cumprimento do primeiro TAC, a Prefeitura selecionou outra área, localizada no Bairro Serra Negra, para a implantação de aterro sanitário em valas, com o objetivo de desativar o vazadouro no Bairro Guaxinduva, dando-se início ao processo de licenciamento ambiental. Em 19.11.2003, foi emitida a Licença de Operação a Título Precário n. 60000121, válida por 180 dias. A licença de operação definitiva não foi concedida em razão de a atividade ter apresentado desconformidade com o projeto. Entretanto, o órgão ressaltou que *"houve uma melhoria inequívoca da condição da destinação final de resíduos sólidos domiciliares no Município"* (fls. 55). Depois disso, no ano de 2006, a disposição de resíduos no aterro do Bairro Serra Negra foi paralisada e a CETESB passou a exigir as providências necessárias ao encerramento das atividades do aterro. Finalmente, a Agência Ambiental de Atibaia solicitou à Municipalidade a adoção das seguintes providências para a regularização desse aterro:

> *"Efetuar a regularização das superfícies, visando eliminar o acúmulo de águas pluviais sobre as valas, compatibilizando com as declividades naturais do terreno;*
>
> *Efetuar o plantio de gramíneas;*
>
> *Manter a área devidamente cercada e isolada, impedindo acesso de*

pessoas estranhas, bem como a presença de animais;

Efetuar a adequada manutenção da área. Observa-se que as atividades de manutenção deverão prosseguir por um período de 20 (vinte) anos, contados a partir do término da disposição de resíduos. (Este período pode ser reduzido, uma vez constatada a estabilização física e ambiental, ou então estendido caso se verifique ser insuficiente);

Definir o uso futuro da área atentando-se às proibições previstas no Artigo 48 da Lei 12.305/2010, preferencialmente, impondo restrições ao uso e ocupação do solo nas áreas diretamente afetadas, por meio de legislação municipal" (fls. 57).

Portanto, forçoso reconhecer que o Município de Bom Jesus dos Perdões deu início ao cumprimento do que foi convencionado no TAC objeto da execução.

Por outro lado, inexiste prova conclusiva de que as atividades para a desativação dos aterros nos Bairros Serra Negra e Guaxinduva tenham sido efetivadas de modo satisfatório, para que se pudesse reconhecer o cumprimento integral do TAC.

Por tal razão, a situação deverá ser aferida com exatidão pelo MM. Juízo *a quo*, a fim de que o órgão ambiental se manifeste, detalhada e conclusivamente, sobre a desativação dos dois aterros sanitários, referindo-se diretamente aos itens necessários ao cumprimento do acordo.

E mais. Prudente a fixação, pelo órgão ambiental, de novo prazo para a conclusão dos trabalhos, pois terá condições técnicas de calcular o tempo necessário para a execução das medidas de recuperação e o respectivo período de monitoramento, até que as obrigações possam, de fato, ser consideradas integralmente cumpridas.

Por fim, cumpre salientar que, infelizmente, o Município não demonstrou atuação diligente no caso concreto. Entretanto, porque evidenciado o início do cumprimento do TAC, a astreinte inicialmente aplicada, no valor de 30 salários mínimos por dia de descumprimento (calculado pelo exequente em R$ 25.702.640,74, na data do ajuizamento da execução), se mostra excessiva e deve ser afastada, até que outra seja aplicada com razoabilidade pelo MM. Juízo *a quo*, levando-se em consideração os trabalhos remanescentes e os respectivos prazos, encaminhando-se, se for o caso, cópias do processo ao *Parquet*, para apurar eventual responsabilidade pessoal dos administradores, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo, é o caso de acolher a preliminar e anular a r. sentença, para que outras provas sejam colhidas, em especial, a oitiva técnica da CETESB acerca das atividades necessárias à desativação dos aterros sanitários, para que o TAC possa ser considerado integralmente cumprido.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho a preliminar e dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0213613-31.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SANDRA MARIA DE SOUZA RODRIGUES, é apelado CAIXA BENEFICENTE DA POLICIA MILITAR DO ESTADO DE SAO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso especial.v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA E WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: RECURSO ESPECIAL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - CPC, Art. 543-C, § 7º, do CPC - A Lei nº 11.960/09 incidente a partir de sua vigência - Precedentes do STJ - Reconsideração parcial do julgado, para determinar a incidência dos juros moratórios e correção monetária nos termos da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência - REsp prejudicado.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Por v. Acórdão de 03/08/2011,[1] 1 esta Câmara deu provimento a recurso de apelação interposto pelos autores em ação visando compelir a CBPM a cessar o desconto do percentual de 2% relativo à contribuição médico-hospitalar e odontológica prestada pela *Cruz Azul de São Paulo*CE, com a seguinte ementa:

"POLICIAL MILITAR - Contribuição de 2% para custeio de assistência médico-hospitalar prestada pela Cruz Azul de São Paulo - Inadmissibilidade da cobrança compulsória - Artigo 32, I, da Lei nº

1 Fls. 250/255.

452/74, não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido, para cessação dos descontos e repetição dos valores pagos a partir da citação."

Interpõe recurso especial a FESP defendendo que os juros de mora e correção monetária sejam aplicados nos temos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09.[2]

Despacho da E. Presidência da Seção de Direito Público ordenando retorno dos autos à Turma Julgadora, em cumprimento ao disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC.[3]

É o relatório.

De fato, é possível a retratação do v. acórdão, nos termos do disposto no artigo 543-C, § 7°, do CPC:

"Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (...)

§ 7° Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça."

Esta C. Décima Segunda Câmara de Direito Público reconheceu o direito dos autores de não terem descontados o percentual de 2% relativo à contribuição médico-hospitalar e odontológica prestada pela *Cruz Azul de São Paulo* e afastou a incidência de correção e juros nos termos da Lei nº 11.960/09.

O STJ pacificou a questão, a correção monetária e os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza processual, por isso as modificações legislativas têm aplicação aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum*:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1º-F DA LEI 9.497/97. REDAÇÃO DA LEI 11.960/09. INCIDÊNCIA A PARTIR DE SUA ENTRADA EM VIGOR. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.205.946/SP. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A Corte Especial, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.205.946/SP, pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo

Acesso ao Sumário

2 Fls. 258/268.

3 Decisão, fl. 292.

Civil (Recursos Repetitivos), consignou que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzidas pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 e pela Lei 11.960/09, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio tempus regit actum (Informativo de Jurisprudência n. 485)" (AgRg no AREsp 68.533/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 9/12/11).

2. "Nessa esteira, tratando de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3.º Decreto n.º 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória n.º 2.180-35, que acresceu o art. 1.º-F à Lei n.º 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n.º 2.180-35/2001 até o advento da Lei n.º 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n.º 11.960/2009" (REsp 937.528/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1º/9/11).

3. "É possível fundamentar decisões desta Corte com base em arestos proferidos em sede de recurso especial repetitivo - art. 543-C do Código de Processo Civil e Resolução n.º 08 do Conselho Nacional de Justiça -, ainda que esses (...) não tenham transitado em julgado" (AgRg no REsp 1.095.152/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/9/10).

4. A questão sobre a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/09 foi afastada pela Corte Especial, no julgamento do REsp 1.205.946/SP, na sessão de 19/10/11, acórdão pendente de publicação.

5. Agravo regimental não provido."[4]

Enfim, na vigência da redação original do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, os juros de mora são de 0,5 (meio por cento) ao mês e os índices de correção monetária devem ser calculados conforme a Tabela Prática do Tribunal de Justiça; a partir da vigência da Lei nº 11.960, de 29/06/09, juros de mora e correção conforme o novo sistema legal.

Dessa forma, diante do pronunciamento definitivo da Corte Superior sobre a matéria, reconsidero o v. acórdão recorrido quanto à incidência dos juros de mora e correção monetária, para adequar ao precedente supra aludido, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, reconsidera-se a decisão anterior para determinar

4 AgRg no Ag 1374862/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, j. em 24/04/12, DJe 04/05/2012.

Acesso ao Sumário

a incidência dos juros moratórios e correção monetária, nos termos da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência.

RECURSO ESPECIAL prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029034-03.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CLAUDIO DE GRAÇA MUSSI, DEBORAH JORDÃO MUSSI, ENGELBERTUS THOMAS MARIA VAN WEERELT (FALECIDO REPRESENTADO POR) e REGINA PROENÇA VAN WEERELT (REPRESENTANTE DE).

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 25.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Apelação - Ambiental - Ação Civil Pública - Construção de residência em APP - Julgamento antecipado da lide - Sentença de improcedência - Área urbana consolidada e de baixa densidade populacional - Impacto ambiental diminuto - Prevalência, no caso, dos direitos à propriedade e moradia, este último não limitado aos hipossuficientes. Apelo ministerial. Alegação de cerceamento de defesa - Inocorrência - Produção de prova desnecessária para o deslinde do mérito, fundado em razões de direito e nos documentos já produzidos pelo autor da ação. No mérito, é de rigor a manutenção da sentença, que solucionou adequadamente o conflito entre direitos fundamentais, justificado sua decisão de forma racional - Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com a sentença do MM. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, que julgou improcedente Ação Civil Pública ajuizada em face de CLÁUDIO DE GRAÇA MUSSI e outros,[1] o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** recorre em busca de solução diversa.[2]

Fundado basicamente no fato de que o terreno dos apelados encontra-se em área de preservação permanente (topo de morro), onde a supressão de vegetação e construção é proibida, o apelante ajuizou ação civil pública na qual pedia fossem eles condenados a se abster da prática de qualquer ato que ampliasse a degradação ambiental, paralisar a construção em andamento, demolir as edificações existentes, apresentar à autoridade competente, e cumprir, o projeto de recuperação ambiental da área e, subsidiariamente, indenizar os danos ambientais.

Após o deferimento da liminar e a realização do contraditório, o r. juízo a quo julgou antecipadamente a lide, e decretou a improcedência da ação, pelos seguintes fundamentos:

> Para o correto encaminhamento da solução da lide impõe realizar algumas considerações na busca do justo, a consistir na aplicação da lei sob os critérios da razoabilidade.
>
> Por primeiro, é sintomático verificar que o Ministério Público Estadual, ora autor da ação, por dois de seus mais ilustres representantes, autoridades nas áreas do direito urbanístico e ambiental, encaminhou, como afirma a própria inicial, por longos doze meses, a celebração de Termo Compromisso e Ajustamento de Conduta, que somente não se revelou exitoso pela recusa do Estado em firmá-lo por intermédio da Secretaria de Meio Ambiente.
>
> Nesta toada, relevante para a solução da lide é constatar que o próprio Ministério Público textualmente afirma em sua técnica peça inaugural que "*A partir destas constatações o Ministério Público, por intermédio desta Promotoria de Justiça, empreender esforços*, ***em caráter excepcional e ante a situação sui generis que caracterizou a ocupação do Morro Santa Terezinha***, *para firmar um Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta, por meio do qual se pudesse chegar a uma solução de consenso que atendesse melhor aos interesses coletivos de caráter ambiental,* ***mas que também levasse em consideração a situação fática, em alguns casos consolidada, de desmatamento e edificação em***

1 Sentença de fls. 1004-1024, proferida pelo Juiz FREDERICO DOS SANTOS MESSIAS.
2 Razões de recurso a fls. 1039-1080.

Acesso ao Sumário

diversos lotes". Ainda, "*Todavia, não obstante todas as diligências e esforços, traduzidos nas inúmeras reuniões realizadas, não foi possível concretizar o Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta, porque a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, depois de mais de um ano de análise e tendo participado de todas as reuniões que antecederam a elaboração do mesmo, entendeu por bem não subscrevê-lo, alegando afronta à legislação ambiental,* ***uma vez que o referido TCAC previa a ocupação de algumas áreas de preservação permanente***". Grifei.

Portanto, o próprio autor da ação reconhece o caráter excepcional da ocupação do denominado Morro Santa Terezinha, bem como, admitia, por esse motivo, em seu TCAC, a ocupação de algumas áreas de preservação permanente.

Por segundo, anoto que o projeto urbanístico denominado "Vila Residencial Jardins de Santa Thereza", a regular a ocupação da área de morro, foi aprovado no distante ano de 1963. No ano seguinte (1964) foi aprovada a especificação do condomínio.

Conclui-se em simples cálculo aritmético que o condomínio existe há 49 (quarenta e nove) anos.

Por terceiro, nos termos do artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil, por ser fato notório, independe de prova a existência consolidada de condomínio de alto padrão instalado no denominado Morro de Santa Terezinha, não se tendo notícia na imprensa local de graves acontecimentos a envolver a sua ocupação ao longo dos mencionados 49 (quarente e nove) anos, senão alguns acontecimentos isolados e aceitáveis em áreas urbanas típicas.

Por quarto, o título judicial transitado em julgado, resultado de Ação de Adjudicação Compulsória, confere direito real ao seu titular, ainda que não levado a registro, de modo a afastar a legitimidade da pessoa que figura apenas formalmente no Cartório de Registro de Imóveis como dono da coisa.

Não se trata, aqui, da hipótese em que há mais de um titular do domínio a justificar o litisconsórcio passivo necessário em matéria ambiental, mas, diferentemente, há apenas um ou uns titulares do domínio, estes os que figuram no título judicial que não foi levado ao registro.

DA COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Destaco, ao início, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXII, assegura ao cidadão brasileiro o exercício do direito

de propriedade.

A mesma Constituição Federal, agora em seu artigo 225, estabelece que todos têm 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.

Estabelecidos, pois, os dois dispositivos constitucionais a regular a controvérsia dos autos, é de relevo afirmar que na eventual colisão entre princípios ou normas de natureza constitucional impõe-se compatibilizá-los, não sendo lícito ao interprete aniquilar um em detrimento do outro, quando ambos foram legitimamente inseridos no Texto pelo Constituinte.

Nesse sentido, ao tratar de tema a envolver informação x intimidade, confira-se o seguinte julgado sobre a aplicação da técnica da ponderação para solução do conflito aparente:

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. COLISÃO ENTRE NORMAS-PRINCÍPIO. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO. - NO CASO DOS AUTOS, ESTAMOS DIANTE DE COLISÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ELENCADAS NO TÍTULO II, ARTIGO 5º, DA CARTA MAGNA, NA QUAL SE TUTELAM, ENTRE OUTROS, O DIREITO À LIBERDADE, À IGUALDADE E À SEGURANÇA, - AS TRANSCRIÇÕES DESSES DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUE HÁ COLISÃO ENTRE NORMAS-PRINCÍPIO DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, NÃO SOMENTE QUANTO ÀS PARTES ENVOLVIDAS NA LIDE, MAS, SOBRETUDO, À SOCIEDADE, PELO DIREITO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO. - **A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO É RESOLVIDA COMO OCORRE ENTRE AS NORMAS ORDINÁRIAS. A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS É DIFERENTE, POIS REPRESENTAM NORMAS EDITADAS NA MESMA OCASIÃO E QUE DEVEM SER COMPATIBILIZADAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA UNIDADE E DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA ENTRE ESSAS NORMAS. UMA NÃO AFASTA A OUTRA. PORTANTO, NESSES CASOS, HÁ DE SE RECORRER**

Acesso ao Sumário

AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA ADEQUAÇÃO DE MEIOS AOS FINS, ALÉM DA PONDERAÇÃO DOS VALORES QUE UMA E OUTRA REPRESENTAM PARA A SOCIEDADE, OBJETIVANDO, ASSIM, PRESTAR-SE UMA JUSTA TUTELA JURISDICIONAL." (AI 20030020110267 - TJDF, Relator(a): HERMENEGILDO GONÇALVES, 25/10/2004, 1ª Turma Cível, Publicação: DJU 16/11/2004). Grifei.

No conflito entre o direito fundamental à propriedade, este como pilar de sustentação da vida em sociedade, e o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, este como garantia de existência das futuras gerações, nasce a obrigação de compatibilização, aplicando- se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso concreto.

É que ambos os direitos se revelam importantes, veja-se, inclusive, que o primeiro foi inserido no artigo 5º, da Constituição Federal, já que sem o respeito à propriedade privada não existe vida em sociedade. O segundo, por sua vez, apesar de estar em dispositivo do final da Carta, é obrigação de existência de presente e de futuro.

Colocado isto, indaga-se: É razoável a pretensão do autor em ver desfeita a edificação? É proporcional a medida adotada como solução para o conflito entre as normas constitucionais?

Em busca histórica necessária, a Lei Municipal 3533/68, norma organizadora da ocupação e preservação dos morros de Santos, já fazia referência expressa ao "Residencial Jardins de Santa Tereza". A posterior alteração trazida pela Lei Municipal 312/98, classificou a área como sendo Zona dos Morros II, com previsão para ocupação com condomínios fechados e loteamentos de baixa densidade.

No âmbito do Estado, por intermédio da CETESB, já no ano de 1980, foi expedida a Licença de Instalação do Loteamento.

Em prova pericial produzida em outro processo, a envolver o mesmo tema de fundo, juntada aos autos como prova documental (fls. 931/940), constatou o Perito Judicial, Engenheiro Sidnei Silva, que o empreendimento Vila Residencial Jardins de Santa Thereza é um condomínio particular, cujo loteamento foi devidamente aprovado pelo Poder Público Municipal, estando devidamente registrado nos órgãos competentes, não se tratando de bem de uso comum e sim privado, destinado aos que se tornam legalmente proprietários de uma fração do condomínio. O acesso ao local

Acesso ao Sumário

é restrito e a ocupação sempre foi consentida e incentivada pela Municipalidade. Diz, ainda, que a Municipalidade reconhece que o condomínio Villa Jardins de Santa Thereza é área particular, há muito tempo urbanizada.

Atestou, também, que o condomínio está inserido em perímetro urbano da cidade de Santos, já com sinais visíveis e irreversíveis de urbanização.

Friso, por ser importante, que as conclusões trazidas para este processo, como fruto da prova documental, representada por laudo pericial de outro processo, são de natureza genérica e não dizem com o lote impugnado no outro feito.

Neste cenário, a pretensão do Ministério Público de obstar o exercício do direito de propriedade dos réus se revela desarrazoada e desproporcional no cotejo com a necessidade de assegurar um ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesta sequencia de raciocínio, como frisado em outro ponto, a área se constitui em um condomínio particular, situado em perímetro urbano do Município de Santos, cuja ocupação está consolidada há muitos anos, com a característica peculiar da baixa densidade em decorrência das residências erguidas com o intuito exclusivo de abrigar somente famílias, em construções todas de alto padrão.

Calha frisar que descabe qualquer distinção a ser estabelecida em função do poder aquisitivo dos titulares do domínio em relação a tantos outros morros ocupados em seu topo em situação de muito maior risco que a do caso em tela.

A título de exemplo, é imperioso analisar as fotos aéreas juntadas aos autos, nos mais variados exames técnicos, para constatar a ocupação do topo do vizinho morro do José Menino, cuja densidade habitacional coloca em risco o equilíbrio do ambiente e a própria segurança dos moradores.

Há apenas um muro a separar os morros.

Não se pode discriminar por ser pobre, mas também não se pode discriminar por ser rico.

É evidente que a pretensão tal como colocada aniquila o direito de propriedade dos réus e sem amparo em justificativa razoável e proporcional, na medida em que, afastado o direito de edificar no caso concreto, em nada mudaria o panorama da área como sendo de uma ocupação consolidada em perímetro urbano, igual a de tantos outros morros da cidade.

E onde ficou a preservação do direito ao ambiente ecologicamente

Acesso ao Sumário

equilibrado? Está a exigir, do Ministério Público ou de outro legitimado a defendê-lo, que se cobre do próprio condomínio, enquanto pessoa jurídica de direito privado, a compensação do dano ambiental que se provar existente, em área situada no interior do próprio condomínio, se possível, ou em outra área externa que se revelar compatível com a preservação do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DIREITO ADQUIRIDO

Estatui o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nesta esteira, repisando a data da aprovação, o condomínio denominado "Vila Residencial Jardins de Santa Thereza" foi aprovado pela Prefeitura Municipal de Santos em 1963, tendo ocorrido o registro de sua especificação em 1964, obtendo a licença de instalação da CETESB em 1980.

A garantia da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, erigidos pelo legislador constituinte originário à condição de cláusula pétrea, constitui o escudo protetor do postulado da segurança jurídica, como de observância rigorosa para a permanência da vida em sociedade.

Na hipótese dos autos, o direito adquirido revelou-se com a formação do ato jurídico perfeito que nasceu da aprovação do condomínio à luz das exigências fixadas à época, não se podendo pretender alterar a regra, senão para os novos empreendimentos, sob o risco de, do contrário, haver claro comprometimento da segurança jurídica.

Ao meu sentir parece irrelevante perquirir acerca da data da aquisição do lote pelos réus ou mesmo do início da construção da residência, na medida em que o direito foi adquirido com a formação do ato jurídico perfeito de aprovação do condomínio, ainda que o seu exercício tenha sido postergado no tempo a critério do seu titular.

Esse mesmo direito, uma vez adquirido pelo titular do domínio original, por se referir à própria coisa, transmite-se ao sucessor ou adquirente, que, por sua vez, o incorpora ao seu patrimônio juntamente com o bem, podendo exercê-lo a qualquer tempo segundo seu juízo de oportunidade.

Apenas para exemplificar a tese, uma vez que o titular tenha

Acesso ao Sumário

adquirido o bem com a formação do condomínio em 1964, portanto, há quarenta e oito anos, adquiriu para o si o direito de edificar o seu lote, ainda que tenha, por conveniência, postergado no tempo o seu exercício. É evidente que o postulado do direito ambiental a preconizar a ausência de direito adquirido para a formação do dano ao ambiente é importante, todavia não pode ser conduzido a patamar absoluto, devendo ser utilizado com o tempero necessário para não inviabilizar a vida em sociedade.

Assim, não se deve admitir a aplicação retroativa das Resoluções CONAMA 04/1985 e 303/2002, de sorte a prevalecer válida e eficaz a licença concedida pela CETESB em 1980 como a única exigível na época em que expedida.

Nesse sentido, trago à baila lapidar trecho do voto proferido pelo Desembargador Samuel Júnior, nos autos da Apelação Cível 859.940-5/7, da Câmara Reservada do Meio Ambiente, do Tribunal de Justiça de São Paulo, veja-se:

"... No entanto, como satisfatoriamente demonstrado nos autos, a CETESB, em 18 de junho de 1982 (fl. 350), no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Estadual 997, de 31 de maio de 1976, regulamentada pelo Decreto 8.468, de 8 de setembro de 1976, havia concedido licença de Instalação ao loteamento Terras de Santa Cristina, Gleba VII, com as exigências: de instalação, antes da ocupação dos lotes, de rede distribuidora de água; de constar dos contratos obrigação do comprador de construir para os esgotos, fossa séptica seguida de poço absorvente de acordo com a NB-41 da ABNT; e observância de faixas de proteção "non edificandi" ao longo dos córregos Mandaçaia e da Fumaça, bem como da represa Jurumirim. Aliás, **na época da concessão da licença já havia ficado reconhecido pela administração estadual (fls. 352) que o loteamento estava em zona de expansão urbana de uso residencial/comercial conforme Lei 32/80, e que encontrava- se fora de área de proteção de manancial**. Ora, a mencionada lei 997/76 havia atribuído, no seu artigo 58, inciso I, à CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - a competência para licenciamento ambiental de loteamento. Mesmo após a edição da Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, que criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente, a CETESB continuou a deter tal competência, que apenas foi alterada em 1986, quando transferida para a Secretaria do Meio Ambiente. **Portanto, o loteamento, quando da autuação e das apurações feitas, detinha licença expedida pelo órgão**

Acesso ao Sumário

competente, acrescentando-se que as normas só falavam, para tal empreendimento, em licença de instalação (Lei Estadual 997/76 e Decreto 8.468/76). É claro que a concessão da licença abrangeu também a sua ocupação, que dependia de desmatamentos, pois, como ressaltado às fls. 659 pela própria Secretaria de Estado do Meio Ambiente: **"por óbvio, que se o loteamento foi aprovado, à evidência que sua ocupação também o foi, pois inconcebível fazer-se um loteamento que não seja para os fins que se destina." Por isso, não é possível cogitar-se, no caso, de licença de desmatamento para cada lote quando o todo, o loteamento, achava-se devidamente aprovado, licenciado e registrado em cartório.** E o loteamento foi também aprovado pela Prefeitura Municipal local e já estava devidamente registrado, em consonância com as Normas da Corregedoria Geral, quando da ocorrência dos fatos que nortearam a propositura da ação. Observe-se, ademais, que a ação não diz que o empreendimento estivesse contrário à licença concedida e nem mesmo que essa tivesse sido dada ao arrepio das normas que vigoravam à época. A hipótese é diferente do precedente mencionado às fls. 5, pois, não tinham obtido os apelantes apenas autorização para registro do loteamento, mas, sim, de sua efetiva implantação, concedida pelo órgão que detinha competência para tanto, e que não pode ser tido como revogado por normatizações e entendimentos posteriores. Não houve apenas reconhecimento da possibilidade do direito de parcelar o imóvel jurídica e faticamente. Houve, também, autorização para efetiva implantação do empreendimento, com óbvia e implícita permissão para os desmatamentos. E tanto é verdade, que a licença, a não ser as exigências mencionadas, nada mais impôs aos loteadores. E foi por isso que a Secretaria do Meio Ambiente acolheu o recurso administrativo que eles interpuseram para afastar a multa imposta, reconhecendo expressamente que o desmatamento estava autorizado. Consequentemente, impossível, agora, sustentar-se ser necessária outra autorização por parte do DEPRN, criado em 1986 (ainda que para assumir atribuições do antigo DPRN), posteriormente à licença, mesmo porque ele está vinculado àquela mesma Secretaria, de sorte que não se pode falar em supressão de vegetação clandestina. Nem mesmo o fato de ter a perícia afirmado que o loteamento está situado em área de transição entre Mata Atlântica e Cerrado serve para alterar a situação, pois, à evidência, deve ter sido considerado pela administração quando da autorização. **Ademais, a área é urbana**

Acesso ao Sumário

e a Municipalidade autorizou o empreendimento. Embora não seja o caso de aprofundar-se na discussão da aplicabilidade, ou não, do Código Florestal em áreas urbanas, em face da tese que está sendo acolhida e que prejudica todas as demais articuladas, não é demais ressaltar que em consonância com o princípio fundamental do desenvolvimento sustentável, o homem deve apenas compatibilizar o progresso econômico com a capacidade da natureza repor os recursos naturais dela retirados ou utilizados e com a preservação do que resta do patrimônio natural, o que implica na conclusão de que não se pode cercear a atividade econômica, que é essencial à satisfação das necessidades e aspirações humanas. E nada existe nos autos a demonstrar que tal compatibilidade não esteja seja sendo observada, mesmo porque existem áreas verdes no loteamento e, inclusive, exigência de manutenção de áreas sem edificações à margem da represa e de cursos d'água...". Grifei.

Confira-se, ainda, do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Reservada do Meio Ambiente, Apelação Cível 658.199-5/9-00, Relator Desembargador Aguilar Cortez: **Mandado de segurança. Loteamento em área de expansão urbana aprovado com observância de diretrizes impositivas de recuo de cinquenta metros de reservatório artificial de água, para preservação de área non aedificandí. Posterior publicação de normas administrativas do CONAMA com previsão de recuo de cem metros em áreas rurais. Legalidade. Possibilidade, não obstante, de ampliação ou redução das faixas de preservação permanente. Ato jurídico perfeito. Direito adquirido a construção com recuo de cinquenta metros, observada a regra do artigo 3º, § 1º da Resolução 302/02. Apelação provida.**

Extrai-se do corpo do Acórdão o trecho importante a seguir transcrito: "**...Como se vê, não faz sentido exigir que para construção em lote urbano, ou de expansão urbana, se observe exigência legal posterior à aprovação e registro de loteamento consolidado. Há que respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido...**".

DA FUNÇÃO AMBIENTAL

Para o correto julgamento do feito, é necessário novamente trazer à lume o disposto no artigo 225, da Constituição Federal, a impor aos cidadãos a obrigação de preservar um ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem de uso comum do

povo e essencial à vida sadia.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 4771/65, em seu artigo 1º, parágrafo segundo, inciso II, define o conceito de Área de Preservação Permanente - APP, remetendo-se o aplicador aos artigos 2º e 3º, da mesma legislação, fixando a sua função ambiental na preservação dos recursos ali indicados.

Digo isso para concluir que não se justifica a incidência do Código Florestal em área de zona urbana consolidada, por faltar-lhe o requisito da função ambiental.

E, no caso dos autos, como sobejamente já afirmado, o condomínio está estabelecido desde o ano de 1964, contando com a aprovação da CETESB desde 1980, havendo ali sido instalada uma série de imóveis exclusivamente residenciais, verificando-se pelo conteúdo das fotos áreas que o morro está inserido bem no centro da área urbana do município de Santos.

Aliás, esta situação não passou despercebida pelos dignos representantes do Ministério Público, pois, como já afirmei, constou da inicial e foi exaustivamente debatida quando da tentativa de celebração do TCAC que somente não se aperfeiçoou pela recusa da Secretaria Estadual de Meio Ambiente.

Aqui, mais uma vez invoco a falta de razoabilidade da medida, calcada na falta de função ambiental para a aplicação do Código Florestal em condomínio estabelecido há mais de quarenta anos e em área de zona urbana consolidada.

O princípio do desenvolvimento sustentável está a exigir a compatibilização do progresso com a proteção do ambiente, não se revelando consentâneo com o seu postulado pretender modificar condomínio residencial instalado há vários anos em área de zona urbana consolidada.

Friso, por ser oportuno, que em atenção ao princípio do desenvolvimento sustentável a saída não me parece passar pelo aniquilamento do direito de propriedade dos titulares de lote, edificados ou não, mas exigir do condomínio, formas de prevenção e compensação de eventuais danos passados e futuros.

Pelo exposto e pelo que mais dos autos consta, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE o pedido."

Irresignado, o apelante afirma ser nula a sentença, em razão do cerceamento de defesa ocorrido com o julgamento antecipado da lide, pois que o pedido de demolição não era o único contido na inicial e que o juiz se contradisse ao

Acesso ao Sumário

falar em compensação e não oportunizar a produção de prova para verificar se houve dano e quais os meios de repará-lo. No mérito, reafirma a aplicação da legislação ambiental e a proibição de construir em APP, inexistindo qualquer direito adquirido à degradação do meio ambiente. Assim, busca a anulação ou reforma da decisão.

O recurso foi regularmente recebido e processado, com a apresentação das contrarrazões recursais[3] e parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça,[4] pelo provimento.

É o relatório.

Ao contrário do alvitrado, com o costumeiro acerto, pela ilustre e ilustrada parecerista, o recurso não comporta provimento.

Senão, vejamos:

A preliminar de cerceamento de defesa deve ser repelida, uma vez que, para a solução do caso realmente bastavam as provas trazidas com a inicial e colhidas no bojo do procedimento preparatório.

Era desnecessária a produção de prova adicional, uma vez que as questões de direito trazidas à lume pelo magistrado eram suficientes para fulminar a pretensão do *parquet*.

No mérito, ainda que seja questionável a alegação de um direito adquirido à poluição ambiental, é certo que a argumentação jurídica baseada no conflito entre direitos fundamentais bastava para julgar improcedente a ação.

Isto porque, como bem destacado pelo magistrado, trata-se de área urbana consolidada, com baixíssima densidade populacional e impacto ambiental mínimo, diante do que era mesmo o caso de se fazer "prevalecer" os direitos à propriedade e moradia, este último também assegurado a pessoas de condição econômica superior.

E nem mesmo se poderia falar em "prevalecer", vez que com a decisão proferida o direito ao meio ambiente equilibrado não foi aniquilado, tendo em vista o baixo impacto de eventual construção de uma única residência.

Acesso ao Sumário

Aniquilação de um dos polos do conflito é o que ocorreria, isto sim, caso acolhido o pedido de demolição efetuado pelo apelante, desprovido de razoabilidade e corretamente repelido pelo juízo *a quo*.

Caberia realmente ao *parquet* buscar junto ao condomínio, enquanto pessoa jurídica, ou junto a todos os proprietários, uma solução de conjunto para compensação de eventuais danos ambientais, mas jamais pretender interferência excessiva no direito de apenas um deles.

Consigne-se, ademais, que esta solução intermediária nem mesmo consta

3 Fls. 1114-1127.

4 Fls. 1131-1143, Dra. Cristina Di Giaimo Caboclo.

dos pedidos formulados na inicial da ação civil pública, pelo que não estava o juízo recorrido obrigado a apreciá-lo ou produzir provas para tanto.

Em tais circunstâncias, meu voto propõe à E. Turma Julgadora que negue provimento ao recurso, mantendo-se na íntegra a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037884-21.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FUNDAÇAO ANTONIO PRUDENTE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.815)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) E MARREY UINT.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE - FUNDAÇÃO ANTONIO PRUDENTE - IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO HOSPITALAR - PRETENSÃO AO NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS - ART. 150, VI, ALÍNEA "C" E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VINCULAÇÃO DA MERCADORIA ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS - REQUISITO COMPROVADO POR DOCUMENTAÇÃO TRAZIDA PELA IMPETRANTE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO A NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA - SENTENÇA CONFIRMADA.

RECURSOS DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela FUNDAÇÃO ANTONIO PRUDENTE contra ato do DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO DRTC-I, consistente em indeferir pedido de isenção de ICMS incidente sobre a importação de produtos, consistentes em três mesas cirúrgicas, utilizadas para melhor dotar seus meios próprios de pesquisa e diagnóstico de agravos à saúde causados pelo câncer. Requer a concessão de liminar e, ao final, a concessão da segurança, para afastar a incidência do ICMS sobre a entrada no país dos equipamentos constantes da licença de importação nº LI 11/2355085-3.

A r. sentença, de relatório adotado, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar, para que se proceda o desembaraço aduaneiro dos equipamentos mencionados na inicial sem o recolhimento do ICMS (fls. 157/158).

Apela a Fazenda do Estado de São Paulo, arguindo, preliminarmente, a ausência de direito líquido e certo em favor da apelada. No mérito, sustenta, em síntese, a incidência de ICMS sobre qualquer entrada de mercadoria importada do exterior, nos termos do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea 'a', da Constituição Federal. Alega que o benefício previsto na legislação deve ser interpretado restritivamente. Aponta, ainda, que a exigência do imposto, encontra amparo no artigo 2º, parágrafo 1º, inciso I, e no artigo 4º, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96. Defende que a hipótese descrita não encontra amparo na imunidade constitucional do artigo 150, inciso VI, alínea 'c', porque enquadrada na restrição do parágrafo 4º do mesmo dispositivo (fls. 164/186).

Processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 201/234).

Parecer, da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo desprovimento do recurso (fls. 158/260).

É o relatório.

Considera-se interposto o reexame necessário, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 14, da Lei nº 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

A preliminar arguida pela apelante confunde-se com o mérito e com ele será analisado.

A impetrante é fundação, que não tem qualquer objetivo de lucro, e que possui seus objetivos descritos no artigo 2º de seu estatuto:

"Artigo 1º - A Fundação Antônio Prudente, sucessora por transformação da Associação Paulista de Combate ao Câncer A.P.C.C., com sede na Rua Professor Antônio Prudente n° 211, na cidade de São Paulo, e foro nesta Capital, terá duração indeterminada. O exercício social coincidirá com o ano civil.

Artigo 2º - A Fundação Antônio Prudente, que não tem qualquer objetivo de lucro, tem por fim, nos campos científico, técnico, assistencial e social, o combate ao câncer, mantendo um Instituto Central composto de:

a) Hospital A.C. Camargo, atualmente denominado Hospital do Câncer Centro de Tratamento e Pesquisa A.C. Camargo, o qual será provido dos serviços indispensáveis ao atendimento, em ambulatório e internação, de pacientes portadores de câncer. Da sua capacidade operacional, observado o estabelecido na legislação pertinente, a Diretoria Executiva da Fundação destinará uma porcentagem variável para sua finalidade filantrópica.

b) Escola de Cancerologia, denominada Celestino Bourroul, que se destinará ao ensino de Cancerologia, em nível de pós- graduação, a médicos e profissionais qualificados do País e do Exterior, que se candidatem e preencham os requisitos de seu regulamento;

c) Centro de Estudos, que reunirá médicos do Hospital, alunos da Escola de Cancerologia e outros interessados, na forma do regulamento que para esse fim a Fundação outorgará;

d) Centro de Pesquisas Básicas, denominado Haroldo R. Levy, destinado a estabelecer, manter e desenvolver a pesquisa científica, básica e clínica, para esclarecer os problemas da Cancelorogia e aperfeiçoar os meios de controle do câncer, dentro de suas possibilidades;

e) Escola de Enfermagem, destinada a formar profissionais técnicos na área da Saúde;

f) programas de Pós-Graduação na área de Oncologia;

(...)" (fls. 21/22)

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 4º do estatuto da impetrante determina que: "Toda a renda obtida pela Fundação reverterá em benefícios de suas atividades estatutárias, não podendo ter qualquer outra destinação e devendo ser integralmente aplicada no País" (fls. 24).

Já o artigo 6° do estatuto prevê, ainda, que os membros do Conselho Curador e da Diretoria Executiva não serão remunerados.

O artigo 30 do estatuto, por sua vez, estabelece o quanto segue: "Artigo 30 - A Fundação, que aplicará suas rendas integralmente no País, na execução de suas finalidades, não distribuirá, sob nenhuma forma ou pretexto, lucros, bonificações ou vantagens, a seus curadores e dirigentes" (fls. 41).

A impetrante foi declarada de utilidade pública pelo Município de São Paulo, pelo Estado de São Paulo e pela União (fls. 73/84), tendo sido reconhecida como entidade beneficente de assistência social pelo Conselho Nacional de Assistência Social.

A impetrante comprovou a apresentação de relatório anual de serviços para fins de manutenção do título de utilidade pública federal, demonstrou a prestação de contas perante o Ministério da Justiça, e juntou cópia do seu balanço patrimonial e demonstrações financeiras (fls. 43/72).

Acesso ao Sumário

A imunidade das instituições de assistência social, sem fins lucrativos, decorre da proibição de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviço (art. 150, VI, "c", CF/88) desde que vinculados às suas finalidades essenciais (§ 4º).

O Supremo Tribunal Federal tem apreciado conflitos entre o Fisco e tais entidades delimitando o alcance dessa imunidade. Por isso já decidiu que as operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, estão cobertas pela imunidade prevista no art. 150, VI, "c", da CF/88, em relação à entrada de mercadorias importadas do exterior, mas destinadas a integrar o seu ativo fixo (RE 203.755-ES, rel. Min. Carlos Velloso, 17.09.96). Por outro lado não abrange o ICMS, cujo ônus, podendo ser repassado aos adquirentes das mercadorias, produzidas e vendidas para atingir seus fins filantrópicos, não recai sobre seu patrimônio ou renda (RE 134.573-SP, DJU de 29.09.95; RE 164.162-SP, DJU de 13.09.96; RE 191.067-SP, rel. Min. Moreira Alves, 26.10.99; RE 189.912-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 26.03.99). Nem é menos verdade que tal imunidade abrange os serviços que não se enquadrem em suas atividades específicas, embora com elas relacionadas (RE 116.188, in RTJ 131/1295; RE 144.900, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 22.04.97).

Assim, existe noticiado entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal de que não há se invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. (AI 389118 AgR/SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 24/09/2002, 2ª.Turma, Publicação: DJ 08-11-2002 PP-00049 EMENT VOL-02090-10 PP-01970).

São arrolados no mesmo sentido os julgados seguintes: RE 237.497 AgR, ANO-2002-SP, TURMA-02, MIN-NELSON JOBIM, N.PP-006, DJ 18-10-2002, PP-00060, EMENT VOL-02087-02, PP-00224; RE 225.778 AgR, ANO-2003-SP, TURMA-02, MIN-CARLOS VELLOSO, N.PP-009, DJ 10-10-2003, PP-00038, EMENT VOL-02127-02, PP-00251; RE 236.240 AgR, ANO-2003-SP, TURMA-02, MIN-CARLOS VELLOSO, N.PP-009, DJ 10-10-2003, PP-00038, EMENT VOL-02127-02, PP-00269.

Acesso ao Sumário

Neste campo, tem o Colendo Supremo Tribunal Federal se sensibilizado sobre a onerosidade do tributo em seu conteúdo fático e real. Por isso já decidiu no seguinte sentido:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO

DE MERCADORIA REALIZADA POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal abrange o ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos.

II Agravo improvido".

(AgR no AI n.º 669.257/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJE 17.4.2009).

Editou a respeito, ainda, a Súmula 660:

"Súmula 660. Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto".

No caso presente, pela própria natureza jurídica da apelante, não se pode negar estar sua atividade distanciada do fim de lucro, tendo em vista que seu estatuto, dentre inúmeras outras, é o de promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas com câncer.

Ficou comprovado mediante robusta documentação coligida com a inicial que a impetrante faz jus à imunidade tributária garantida pela Constituição da República, restando indene de dúvida que as mercadorias que deseja importar - mesas para operação cirúrgica -, sem o recolhimento do ICMS, têm relação com suas finalidades essenciais.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002377-53.2006.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CLAUDIO DA SILVA LUCAS e ELIANE GOMES LUCAS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13239)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO - Morte intrauterina de feto, no sexto mês de gestação - Necessidade de retirada do corpo fetal, mediante procedimento hospitalar - Envio do cadáver ao Instituto Médico Legal para realização de laudo necroscópico - Sumiço do cadáver, com suspeita de extravio criminoso - Responsabilidade estatal configurada - Frustração do direito fundamental à inumação dos entes queridos - Exegese do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - Precedentes jurisprudenciais - Apelação fazendária e reexame necessário parcialmente providos, tão somente para readequação do padrão monetário do quantum indenizatório e dos honorários sucumbenciais.

QUANTUM INDENIZATÓRIO - Arbitramento com base em fração de salário mínimo - Fórmula vedada no art. 7º, inc. IV, parte final, da Constituição Federal - O texto constitucional veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim - Readequação do padrão monetário da condenação.

CONSOLIDAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - Juros de mora - Incidência à razão de 1% ao mês, a contar do evento danoso - Exegese do disposto na Súmula nº 54 do STJ - Atualização monetária - Aplicação da Tabela Prática do Eg. Tribunal de Justiça - Incidência a partir do arbitramento, no tocante à indenização moral (Súmula nº 362 do STJ).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Pedido de redução do montante arbitrado - Acolhimento - Estabelecimento equitativo da verba honorária, à razão de 10% sobre o calor da condenação, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela Fazenda Paulista contra r. sentença do digno Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra (fls 286/289),

que julgou procedente ação ajuizada pelo casal Cláudio da Silva Lucas e Eliane Gomes Lucas, por reparo moral e material em razão do desaparecimento do cadáver do feto de sua filha nas dependências do Instituto Médico Legal de Taboão da Serra.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) a morte do feto não ocorreu por culpa do Estado; b) inexistência de nexo de causalidade; c) valor exorbitante da condenação; d) redução de verba honorária (fls 293/298).

Apelo respondido (fls 303/321).

É o relatório.

1 - De início, considero interposto o reexame necessário.

No caso em tela a sentença condenatória é ilíquida, devendo ser efetuada a consolidação dos valores devidos, incluindo-se a correção monetária. *Somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do art. 475 do CPC, 'caso a sentença seja líquida' e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito 'de valor certo' que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese, não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido* (Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha - Curso de Direito Processual Civil, 5ª edição, volume 3, páginas 456/457, Editora Jus Podivm, 2008).

2 - Ao mérito:

Ação ajuizada por Cláudio da Silva Lucas e Eliane Gomes Lucas em face da Fazenda Paulista, reclamando a indenização material e moral em razão do desaparecimento do cadáver da filha, falecido ainda no ventre materno (óbito fetal intrauterino).

Narram os autores que compareceram ao Pronto Socorro do Jardim São Marcos, Embu, no dia 03/12/2003, sendo constatado que o feto de seis meses de gestação estava morto há uma semana, necessitando retirada. Assim, a gestante foi transferida ao Hospital Geral do Pirajussara, Taboão da Serra, e depois de novos exames, o cadáver foi expulso de seu ventre com indução por medicamentos, seguida de curetagem (fls 25).

O Hospital encaminhou o cadáver ao Instituto Médico Legal no dia 04/12/2003, para realização do laudo necroscópico, entregando aos genitores documentação para tomada de providências atinentes ao sepultamento. Todavia, ao dirigirem-se ao posto do IML, souberam que o feto da filha havia sumido.

Segundo informação colacionada aos autos, o feto não estava no invólucro em que fora acondicionado, *tendo sido constatado manchas sanguíneas que demonstravam a saída do recinto em direção ao muro nos fundos do IML,*

Acesso ao Sumário

além de alguns blocos colocados em forma de escada, para facilitar a entrada, por sobre o muro que cerca o prédio e papel toalha, alheio aos trabalhos do Instituto, manchados de sangue, utilizado para limpeza de mãos, significando ter sido o corpo levado por indivíduos desconhecidos (fls 28).

Por conseguinte, diante da narrativa dos eventos, foi instaura- do inquérito policial nº 023/2004 para apuração de eventual crime.

Rebate o Estado de São Paulo, de sua parte, a imputação realizada, aduzindo a ausência do dever de indenizar.

Sem razão os argumentos fazendários, sendo flagrante a responsabilidade estatal.

Os entes fazendários, no exercício dos misteres institucionais, devem prezar pelo zelo, cuidado e respeito aos administrados. Afigura-se mesmo inaceitável que o sumiço de um corpo dentro das repartições do Instituto Médico Legal seja tomado sem consequências administrativas e penais contra os respectivos servidores. Pela própria descrição dos vestígios encontrados, sobram indícios veementes do caráter criminoso desse desaparecimento. Absurdo de crueza inominável.

Com isso, os pais foram frustrados do *direito à inumação* do filho, sem a possibilidade de realização de qualquer cerimônia e, o pior, sem que restasse qualquer referência concreta - uma lápide, um jazigo ou campa de acolhimento dos restos mortais - remanescendo apenas o supetão da notícia do desaparecimento do corpo.

O direito de enterrar os entes queridos é reconhecido como verdadeiro direito humano, referenciado na tragédia Antígona, de Sófocles contra o decreto de Creonte. Por isso já decidiu esta Corte em precedente que, *mutatis mutandis*, corrobora o dever de indenizar:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Fazenda Pública Municipal - Indenização por danos morais - Exumação indevida e desaparecimento do corpo - Falha do serviço - Obrigação de indenizar - Art. 37, § 6º, da CF - Ocorrência do dano moral - Indenização bem fixada - Sentença de pro- cedência - Recursos oficial e do Município não providos e provido o do autor, com observações (Apelação Cível nº 0004625-17.2009.8.26.2009.8.26.0405, 6ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Reinaldo Miluzzi, j. 11/04/2011).

Há um *dever* administrativo e moral, de guarda e de adequado acondicionamento dos restos mortais, que devem ser entregues à família para a destinação que esta entender devida, de acordo com suas crenças e convicções. Não se pode considerar meros despojos, sem significação, os corpos custodiados ao IML.

3 - Da indenização fixada.

Considerando os parâmetros que informam o dever de indenizar, reparar

Acesso ao Sumário

sem enriquecer, entendo razoável o valor estabelecido pela douta magistrada sentenciante.

Contudo, um reparo deve ser realizado.

O salário mínimo não pode ser utilizado como fator de indexação para reparação de danos. Chega-se facilmente a esta conclusão pela tão só leitura do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal que assim dispõe (em redação consolidada e sublinhada): *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social... salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*.

Assim, considerando o Decreto nº 7.655/2011, estabeleço a indenização no montante de R$ 18.660,00.

4 - Ainda, sobre o tema, importante observar, a inaplicabilidade ao caso da Lei nº 11.960/2009.

Filiando-me à recente orientação do CADIP - Centro de Apoio ao Direito Público, ditada em comunicado interno (revisto aqui meu posicionamento anterior), passo a considerar que *a Lei nº 11.960 somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, ressalvada a eventual declaração de inconstitucionalidade desta norma*. Da mesma origem, *a Lei nº 11.960/2009 não se aplica aos processos com trânsito em julgado, em respeito à coisa julgada*.

Necessário então considerar a redação anterior do artigo 1º-F que estabelecia: *Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.*

A leitura do artigo não deixa margem a qualquer dúvida, restringindo-se o dispositivo aos casos envolvendo *condenação de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos*. Mas o caso em análise refere-se à responsabilidade civil do Estado, o que enseja a aplicação do artigo 406 do Código Civil[1].

Nestes termos, a indenização há de ser monetariamente atualizada, e corrigida por juros de mora à razão de 1% ao mês, com a seguinte observação: a atualização do montante da indenização moral tem incidência a partir do arbitramento dos valores (Súmula 362 do Eg. STJ).

5- Da verba honorária.

O magistrado sentenciante estabeleceu os honorários advocatícios à razão

1 Art. 406 - *Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.*

Acesso ao Sumário

de 15% sobre a condenação. Todavia, entendo excessivo o montante estipulado.

Reduzo, equitativamente, a verba honorária fixada ao valor de 10% sobre o valor da condenação, o que servirá à remuneração condigna da causídica. Faço-o com lastro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Por meu voto, dou provimento parcial à apelação e ao reexame necessário. Em consequência, fica o dispositivo assim sistematizado:

a) Condeno a Fazenda Paulista à reparação moral de R$ R$ 18.660,00 (dezoito mil, seiscentos e sessenta reais);

b) Os juros de mora incidirão à razão de 1% ao mês, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça;

c) A correção monetária observará a Tabela Prática desta Corte Paulista, incidindo, quanto aos danos morais, a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça);

d) Reduzo a verba honorária ao montante de 10% sobre o valor da condenação;

e) Custas *ex lege*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035507-24.2004.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOEUSA VITOR DOS ANJOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados AUTARQUIA HOSPITALAR MUNICIPAL REGIONAL CENTRAL e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.339)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - HOSPITAL PÚBLICO - ERRO MÉDICO - LAQUEADURA

- GRAVIDEZ INDESEJADA - POSSIBILIDADE - ATO ILÍCITO – INEXISTÊNCIA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

2. Inexiste método contraceptivo absolutamente infalível, com garantia de eficiência total e absoluta. Precedentes.

3. Cirurgia de laqueadura. Gravidez indesejada. Alegação de erro médico. Médico que adotou todos os procedimentos adequados e esperados durante o ato cirúrgico. A gravidez indesejada após bem sucedida cirurgia de laqueadura, conquanto remota e excepcional, é factível e uma vez ocorrida qualifica-se como caso fortuito ou força maior. Obrigação de indenizar inexistente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 180/190, cujo relatório se adota, julgou improcedente pretensão condenatória no pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de erro médico.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto sustenta, em síntese, que não lhe foi esclarecido acerca da possibilidade de gravidez após a cirurgia de laqueadura e que acreditou estar se submetendo a procedimento permanente.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo da apelante, merece confirmação a acertada sentença apelada, de lavra da competente juíza Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, cujos doutos fundamentos ficam ratificados, nos termos do art. 252, RITJESP.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado

Acesso ao Sumário

o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, tratando-se de comportamento danoso comissivo, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

Quando, porém, o dano decorre de omissão do Estado aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Todavia, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva". E conclui: "a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 22ª edição, 2006, pág. 966).

No caso vertente, a apelada alega erro médico por ter engravidado após realização de cirurgia de laqueadura tubária, que deveria ser método definitivo de contracepção. Aduz que em virtude da gravidez inesperada teve seu orçamento familiar conturbado e que sofreu danos morais e materiais.

Com efeito, não há método contraceptivo absolutamente infalível, com garantia de eficiência total e absoluta, haja ou não informação a respeito disso ao paciente. No caso vertente, ressalte-se, há prova da ciência da autora acerca da possibilidade de falha do procedimento cirúrgico (fls. 40).

Como já reconhecido por essa E. Corte, "é fato notório e de conhecimento geral que cirurgias de laqueadura e vasectomia, bem como os remédios anticoncepcionais, possuem uma margem de ineficácia, haja vista a natureza não exata da ciência biomédica" (Apelação nº 990.10.197991-8, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 05/08/10).

Acesso ao Sumário

"A laqueadura tubária é considerada teoricamente um método contraceptivo definitivo, com 0,3 a 0,5 gestações para cada 100 mulheres ano, ou seja, aproximadamente 01 a cada 200 mulheres que se submeteram ao procedimento" (fls. 133).

Na espécie a perícia constatou, sem divergência das partes, que a técnica cirúrgica empregada para a realização do procedimento foi correta e realizada com sucesso, uma vez que a histerossalpingografia realizada não caracterizou as trompas.

Portanto, a gravidez que se sucedeu posteriormente à cirurgia devidamente realizada, conquanto remota e excepcional, é factível e uma vez consumada

considera-se fato necessário, superveniente, inevitável, irresistível, fora do alcance do poder humano, qualificando-se como caso fortuito ou de força maior (art. 1.058 CC de 1916). Daí porque, como bem assinalado pela r. sentença apelada, não há nexo de causalidade entre o fato e o dano.

A propósito, a matéria tem precedentes na jurisprudência da Corte, consoante se infere da ementa dos seguintes venerandos arestos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO SERVIÇO - Autora sustenta defeito na realização de cirurgia de laqueadura de trompas - Afirmação de que não foi submetida ao necessário procedimento prévio à esterilização estabelecida por Lei, de maneira a ser informada a respeito das conseqüências do ato – Impertinência da alegação - Lei nº 9.326/96 que tem por escopo prevenir arrependimento decorrente de intenção posterior de gerar filhos, ante o caráter teoricamente definitivo do procedimento cirúrgico - Autora que pretende ser indenizada por gravidez superveniente indesejada - Inexistência de eficácia absoluta de métodos contraceptivos - Ausência de erro na realização da cirurgia - Inexistência de nexo causal entra a suposta falta de observância dos preceitos da L. 9.326/96 e o dano - Recurso improvido, para manter a improcedência da ação" (Apelação nº 990.10.197991-8, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 05/08/10).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - VASECTOMIA - GRAVIDEZ INDESEJADA - A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE IMPLICA NA OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - É NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL, O QUE, NO CASO, NÃO FOI CONCRETIZADO - A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA FOI NORMAL, PORQUANTO REALIZADA DENTRO DAS NORMAS MÉDICAS EXIGIDAS - RECURSO PROVIDO" (Apelação Cível nº 990.10.221598-9, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Pires de Araújo, j. 27/09/10).

"Responsabilidade civil. Erro médico. Indenização. Danos materiais e morais. Improcedência. Reversão espontânea de cirurgia de vasectomia. Possibilidade. Facultativos que adotaram todos os procedimentos adequados e esperados durante o ato cirúrgico e no período pós-operatório. Precedentes da Corte. Não comprovação de culpa, a afastar a responsabilidade civil. Apelação desprovida" (Apelação Cível nº 994.05.092180-7, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Bedran, j. 24/08/10).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA. ÔNUS DA PROVA - ART. 331, I, CPC. O MÉDICO, NA QUALIDADE DE FORNECEDOR

Acesso ao Sumário

DE SERVIÇO, SUJEITA-SE ÀS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E A SUA RESPONSABILIDADE, POR FORÇA DE DISPOSIÇÃO LEGAL - PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 14 -, SERÁ APURADA MEDIANTE A VERIFICAÇÃO DE CULPA. - A JURISPRUDÊNCIA TEM CLASSIFICADO A CIRURGIA DE VASECTOMIA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO, NÃO GERANDO INDENIZAÇÃO, EVENTUAL GRAVIDEZ INDESEJADA, POR NÃO SE TRATAR DE MÉTODO ABSOLUTO, EIS QUE, ESTATISTICAMENTE, HÁ UMA POSSIBILIDADE CONSIDERÁVEL DA FALHA. - DEIXANDO OS RECORRENTE DE PRODUZIR PROVAS QUANTO AO ALEGADO ERRO NO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, VISTO TRATAR-SE DE FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO - ARTIGO 331, I, DO CPC -, DESFIGURA-SE A RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS OU MATERIAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL - RECURSO PROVIDO" (Apelação Cível nº 355.609-4/9-00, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 25/03/09).

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença apelada, cujos doutos fundamentos ficam ratificados no termos do art. 252, RITJESP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033002-16.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALD AUTOMOTIVE LTDA, é apelado COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 834)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES E RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - MANDADO DE

SEGURANÇA PREVENTIVO - IPVA - EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS - Tributação realizada pelo Estado de São Paulo sobre a propriedade de veículo registrado em outro ente da Federação, mas utilizados no âmbito de seu território - Inteligência do art. 3º, inciso X, b, e art. 4º §§ 1º, 4º e 7º, da Lei Estadual nº 13.296/2008 - Constitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial, deste Tribunal de Justiça - Ressalvada a possibilidade de utilização dos instrumento de controle da bitributação - Art. 26, da Lei Estadual nº 13.296/2008. Recurso da impetrante não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ALD AUTOMOTIVE LTDA.**, nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato coator do **COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, cuja ordem de segurança foi denegada pelo Juízo "a quo", sob o fundamento de ser legítima a exação tributária procedida pelo Estado de São Paulo referente ao IPVA devido por empresas locadoras de veículos que disponibilizam seus bens para utilização em território paulista (art. 3º, X, b, da Lei Estadual nº 13.296/2008, consoante r. sentença de fls. 217/220, cujo relatório se adota.

Inconformada, a empresa-contribuinte, em suas razões de apelação (fls. 240/267), suscitou a inconstitucionalidade da Lei Estadual Paulista nº 13.296/2008 no ponto em que permite ao ente Federado tributar a propriedade de veículos que circulem em seu território em razão de simples contrato de locação. Em sequência, discorreu sobre a necessária relação entre o local de registro do veículo e o ente tributário competente para realizar a cobrança do IPVA, que proibiria o Estado de São Paulo de promover a exação tributária apenas pelo fato de veículos serem utilizados transitoriamente em seu território. Por fim, defendeu a liberdade de eleição do domicílio tributário pelo próprio contribuinte, de modo a evitar uma possível *bitributação*, sendo de rigor a procedência integral do *mandamus* ou, subsidiariamente, a aplicação da alíquota reduzida de 2%, conforme disposição do art. 9º, §1º, da Lei Estadual nº 13.296/08.

Recurso regularmente processado e preparado, desafiando contrarrazões de ambas as partes (fls. 273/314).

Parecer do i. Procurador Geral de Justiça pela desnecessidade de

Acesso ao Sumário

manifestação no caso, diante da natureza disponível do direito em litígio (fl. 173/174 e 315).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Insurge a impetrante contra a r. sentença de primeiro grau que denegou a ordem de segurança pleiteada, sob o fundamento de ser legítima a exação tributária procedida pelo Estado de São Paulo em relação ao IPVA devido por empresas locadoras de veículos que disponibilizam seus bens para utilização em território paulista (art. 3º, X, b, da Lei Estadual nº 13.296/2008.

In casu, a empresa-contribuinte, cujo objeto social está voltado para a locação de veículos automotores em diversos estados da Federação, impetrou mandado de segurança preventivo contra o FISCO paulista, em razão de supostas autuações ilegais promovidas pelo ente estatal ao proceder a cobrança do IPVA relativo à frota automotora que, em razão de contrato de locação, tem sido colocada em circulação em seu campo territorial, ainda que o registro dos veículos tenham sido efetuados em Estado distinto, conforme disposição do art. 3º, X, b, da Lei 13.296/2008.

Artigo 3º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto:

(...)

X - relativamente a veículo de propriedade de empresa locadora:

(...)

b) na data em que vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no território deste Estado, em se tratando de veículo usado registrado anteriormente em outro Estado.

A lei em questão traz positiva inovação às legislações estaduais relativas ao IPVA, uma vez que descrimina o efetivo local em que se considera realizado o fato gerador e detalha as regras especificadoras do *domicílio tributário*, isto é, do ente Federado a quem o imposto é devido, com intuito de evitar fraudes e o registro indevido de veículos em entes federativos com menores alíquotas tributárias.

Acesso ao Sumário

Observe-se que tal previsão visa mitigar os efeitos da perene guerra fiscal existente entre os entes federados que, ao instituírem alíquotas mais benéficas aos contribuintes com o fito de atrair investimentos (externalidade positiva), acabam por ocasionar a fuga de receita da unidade federativa que, no caso do IPVA, seria investida na melhoria das condições de tráfego local (*planejamento tributário* causador de externalidades negativas).

Não raro empresas (formalmente) registradas em outros Estados permitem que grandes frotas fiquem à disposição no território paulista, ensejando verdadeiro impasse, pois os recursos decorrentes da tributação não são destinados ao ente

político que efetivamente realiza o incremento e políticas referentes a estradas, ruas, tráfego. Assim, por artifícios de questionável legalidade, a receita fiscal provinda da propriedade de veículos automotores não retorna à pessoa política que efetivamente realiza as atividades a eles correlatas, servindo, de outro lado, apenas como ferramenta de aumento da receita de outros Estados.

E, em que pese os argumentos tecidos pela apelante no sentido de evidenciar eventual inconstitucionalidade na legislação estadual, o Órgão Especial desta Corte de Justiça já se posicionou em sentido diametralmente oposto, reconhecendo a plena legalidade e constitucionalidade dos dispositivos nela insertos. Confira-se:

> "Arguição de inconstitucionalidade - Lei do Estado de São Paulo nº 13.296/2008 que é impugnada por empresa locatária de veículos por possibilitar a sua responsabilidade na obrigação de recolhimento do IPVA - Não acolhimento - Não se vislumbra inconstitucionalidade na previsão da responsabilidade solidária da empresa que aluga veículos, mormente considerando-se que a lei prevê mecanismos para exclusão da obrigação (diante da prova de regular inscrição da locadora no Cadastro de Contribuintes e precedente pagamento do imposto), assim como prevê regras específicas para o caso de o tributo já ter sido recolhido em outra unidade da federação - **Especificações sobre o domicílio que não contrariam regras gerais civis ou tributárias e que representam inovação com intuito de combater guerra fiscal, fraudes e simulações que levam à perda de contribuições ao estado em que efetivamente acaba ocorrendo o fato gerador - A ocorrência ou não de fraudes, de hipóteses de subsunção, de indevida bitributação e de óbice à livre iniciativa e alocação empresarial de recursos será avaliada em cada caso concreto** - Arguição rejeitada, com remessa dos autos à 13ª Câmara de Direito Público, para que prossiga no julgamento do recurso" **(Incidente de Inconstitucionalidade nº 0127403-35.2012.8.26.0000, Rel. Des. ÊNIO ZULIANI, Órgão Especial, j. 22.08.2012).**

Destarte, muito embora a regra ordinária determine que ente Federado responsável por aferir a ocorrência do fato gerador do IPVA seja aquele em que houve o registro da propriedade do veículo, inexiste óbice constitucional ou legal que impeça o Legislativo Estadual de estabelecer normas específicas sobre *domicílio tributário*, com o fito de prestigiar a eficiência fiscal.

Ademais, no que diz respeito à suposta *bitributação*, impende salientar que a própria a Lei nº 13.296/2008 estabeleceu mecanismos de evitá-la.

Neste sentido, o art. 26, da legislação estadual, dispõe acerca da inexigibilidade pelo FISCO paulista do IPVA que já tenha sido quitado em outro Estado da Federação, sendo que, na específica hipótese de empresas locadoras,

Acesso ao Sumário

permitir-se-ia, inclusive, a cobrança do IPVA do exercício de inscrição ou transferência do registro de forma proporcional ao número de meses faltantes do ano civil, compensando-se eventuais valores que já tenham sido recolhidos junto ao ente federativo em que efetuado o registro original.

Em verdade, a lei estabelece espécie de *reciprocidade* entre os órgãos fiscais, dispondo que, em caso de transferência de veículos para outro Estado, há dispensa do IPVA pelo Estado de São Paulo caso o tributo já tenha sido integralmente recolhido, prevendo-se, inclusive, a restituição do que porventura fosse recebido indevidamente.

> **Artigo 26 - Não se exigirá, nos casos de inscrição no Cadastro de Contribuintes do IPVA, novo pagamento do imposto já solvido em outra unidade da federação**, observado sempre o respectivo exercício fiscal, ressalvadas as hipóteses em que:
>
> **I** - deveria ter sido integralmente pago ao Fisco deste Estado;
>
> **II** - seja devido proporcionalmente a este Estado por empresa locadora, nos termos das alíneas b e c do inciso X do artigo 3º e do artigo 11, desta lei.
>
> **§ 1º** - Os efeitos da insolvência ou do pagamento do imposto transmitem-se ao novo proprietário do veículo para fins de registro ou alteração de assentamentos perante o órgão de trânsito e o Cadastro de Contribuintes do IPVA.
>
> **§ 2º** - Se não comprovar o pagamento do imposto a outra unidade federada, o proprietário deverá, para proceder à transferência, recolher o imposto proporcionalmente ao número de meses restantes do exercício fiscal, calculado a partir do mês em que deveria ter se inscrito no Cadastro de Contribuintes do IPVA deste Estado, conforme o disposto no artigo 11 desta lei.

Diante da falta de regras gerais aplicáveis ao IPVA e ressalvando haver casos de locadoras que alteram o contrato social e simulam a abertura de estabelecimentos em outros Estados, principalmente no Paraná, para se aproveitarem das menores alíquotas ali impostas, em prejuízo do Estado no qual se encontra o bem e, de fato, perfaz-se o fato gerador, deve prevalecer a conduta do Fisco paulista como forma de privilegiar o verdadeiro axioma da atividade tributária.

Nada obsta, porém, que a empresa- contribuinte, por meio da via administrativa, impugne as futuras exações tributárias procedidas pelo FISCO paulista, demonstrando, em cada caso, que determinado veículo apenas circulou transitoriamente no espaço territorial de São Paulo, ou outra circunstância obstativa do fato gerador, de forma a não se subsumir à hipótese normativa aqui questionada.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, confiram-se os seguintes julgados desta Egrégia Corte de Justiça em casos análogos:

"Mandado de Segurança - Cobrança de IPVA em face de empresa locatária de veículo registrado em outro Estado da Federação, nos termos do art. 6.º, inciso VIII e § 2.º, da Lei Estadual n.º 13.926/08 - Ausência de direito líquido e certo da impetrante e de ato ilegal ou abusivo por parte da autoridade apontada como coatora - O C. Órgão Especial desta E. Corte já se manifestou acerca da constitucionalidade da Lei Estadual n.º 13.926/08 - Denegação da ordem que se impõe - Preliminares afastadas - Recursos providos". **(Apelação Cível nº 0018854-63.2012.8.26.0053, Rel. Des. RENATO DELBIANCO, 2ª Câmara de Direito Público, j. 11.06.2013).**

"MANDADO DE SEGURANÇA - LOCADORAS DE VEÍCULOS - TRIBUTAÇÃO - IPVA - LEI 13.296/08

I - Impetrantes -empresas locadoras de veículos- que pretendem se desobrigar das disposições dos artigos 3º e 4º da Lei 13.296/08 - Gestão do Fisco no sentido de fazer lançar IPVA referentes a veículos destas empresas, apesar do fato de se acharem registrados em outro Estado. II - O mecanismo adotado por empresas do setor com o fim de recolher menor valor de IPVA é amplamente conhecido; -trata-se de conduta eleita em planejamento tributário que, por sua vez, não infirma a possibilidade de se quebrar presunção (de veracidade) do domicílio fiscal eleito pelo contribuinte; (...)". **(Apelação Cível nº 0003039-94.2010.8.26.0053, Rel. Des. NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, 5ª Câmara de Direito Público, j. 12.11.2012).**

Enfim, quanto à possibilidade de aplicação da alíquota reduzida de 2%, nos termos do art. 9º, §1º, da Lei nº 13.296/2008, é certo que tal benesse só será concedida aos casos em que as empresas locadoras registrem a sua frota de veículos no Estado de São Paulo e desde que preenchido o requisito do §2º do mesmo dispositivo legal, não podendo ser estendida indistintamente a toda e qualquer empresa locadora, até mesmo como forma de estímulo à regularização dos registros.

Artigo 9º - A alíquota do imposto, aplicada sobre a base de cálculo atribuída ao veículo, será de:

I - 1,5% (um inteiro e cinquenta centésimos por cento) para veículos de carga, tipo caminhão;

II - 2% (dois por cento) para:

a) ônibus e microônibus;

b) caminhonetes cabine simples;

c) motocicletas, ciclomotores, motonetas, triciclos e quadriciclos;

Acesso ao Sumário

d) máquinas de terraplenagem, empilhadeiras, guindastes, locomotivas, tratores e similares;

III - 3% (três por cento) para veículos que utilizarem motor especificado para funcionar, exclusivamente, com os seguintes combustíveis: álcool, gás natural veicular ou eletricidade, ainda que combinados entre si;

IV - 4% (quatro por cento) para qualquer veículo automotor não incluído nos incisos I a III deste artigo.

§ 1º - A alíquota dos veículos automotores a que se refere o inciso IV deste artigo, destinados à locação, de propriedade de empresas locadoras, ou cuja posse estas detenham em decorrência de contrato de arrendamento mercantil, desde que registrados neste Estado, será reduzida em 50% (cinquenta por cento).

§ 2º - Considera-se empresa locadora de veículos, para os efeitos do § 1º, a pessoa jurídica cuja atividade de locação de veículos represente no mínimo 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta, mediante reconhecimento, segundo disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda.

§ 3º - Será aplicada, excepcionalmente, a alíquota de 3% (três por cento) para veículos fabricados até 31 de dezembro de 2008 que utilizarem motor especificado para funcionar exclusivamente a gasolina, quando adaptado, até a mesma data, para funcionar de maneira combinada com gás natural veicular, ficando convalidados os procedimentos anteriormente adotados.

Por isso, o apelo não comporta provimento e a r. sentença de primeiro grau merece ser integralmente mantida, tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da impetrante, a fim de manter a r. sentença de primeiro grau, tal como lançada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014171-90.2007.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é apelante VIOLETA COZZOLINO DE PAULA, 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 15.336)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIZ DE

LORENZI (Presidente sem voto), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO E LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO - PROFESSORA - LESÕES NAS CORDAS VOCAIS - LAUDO MÉDICO-PERICIAL QUE CONCLUI PELA INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - OBREIRA JÁ AMPARADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA - DEFERIMENTO DE BENEFÍCIO DIVERSO - DESCABIMENTO.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação acidentária julgada improcedente, movida por obreira alegando ser portadora de lesões nas cordas vocais adquiridas no desempenho de seu trabalho, o que lhe teria causado redução da capacidade laborativa.

Apela a parte sucumbente pleiteando a reforma da sentença, por estarem presentes os requisitos autorizadores à concessão do benefício, razão pela qual é devido o amparo definitivo (auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez), em substituição ao auxílio-doença que vem percebendo.

O recurso não foi respondido e o Ministério Público não mais opina em questões acidentárias.

É o relatório.

A sentença deve ser mantida.

Realizada perícia médica, constatou-se que a obreira é portadora de *alterações de revestimento de pregas vocais (crônica) com prejuízo da voz (disfonia orgânica funcional) associada ao mau uso-abuso vocal, causando limitação total e temporária para o exercício das suas funções habituais* (fls. 91-94).

Seguindo a conclusão obtida pela perícia e, considerando que a obreira já estava em gozo de auxílio-doença, a MMa. Juíza "a quo" julgou improcedente a demanda.

Com efeito, a obreira está adequadamente amparada pela Previdência Social, descabendo a concessão de benefícios diversos, já que o auxílio-doença é capaz de ampará-la adequadamente uma vez que não constatada a consolidação do mal, de modo que a sentença deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037104-85.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LIVIA RONCON MARCONDES DE FREITAS (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e CRISTIANE RONCON MARCONDES DE FREITAS, é apelado ASSOCIAÇAO PELA FAMILIA.

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 17340)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

URBANO RUIZ, Relator

Ementa: PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS - Síndrome de down - Matrícula recusada por instituição de ensino privada - Inocorrência de discriminação ou preconceito - Escola que alega não estar preparada para a necessária inclusão - Apenas a rede pública de ensino tem essa obrigação - Arts. 205 e 208, III, da CF - Danos morais indevidos - Ação improcedente - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença julgou improcedente ação de reparação de danos morais decorrentes da recusa, por entidade privada, da prestação de serviços educacionais à menor, portadora da "síndrome de down".

Sobreveio apelação buscando a procedência da ação. Sustenta, em resumo, que a recusa a matricula de sua filha Livia, menor portadora da síndrome de down, implicou em discriminação e ocasionou enorme sofrimento. Esclarece que foi induzida a matricular seu filho Felipe para o ano letivo de 2004, com a promessa da coordenadora de ensino de que no ano seguinte, de 2005 teriam condições adequadas para receber sua filha Livia, portadora da síndrome de down. Entretanto a escola recusou-se a recebê-la, única e exclusivamente, por

ser portadora de necessidades especiais. Tal ato ofende os princípios e direitos Constitucionais, pois viola o disposto nos arts. 3º, IV, 5º, caput, 205, 206, I e 214, II, da CF e art. 54 do ECA, que garantem o direito à educação a todas as pessoas, portadoras ou não de deficiências. Entende, assim, ter direito à pretendida indenização.

O Ministério Público opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que a autora, menor portadora da síndrome de down, teve sua matrícula recusada por instituição privada de ensino, sob alegação de não possuir condições adequadas para a necessária prestação dos serviços.

Incontestável o direito da autora à educação, conforme previsão expressa no art. 205 da Constituição Federal que estabelece: "a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Em sentido mais estrito, o art. 208, inciso III, da CF, esclarece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede pública de ensino, sendo certo que o parágrafo segundo deste mesmo dispositivo é expresso ao declarar que "o não atendimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente".

Como se vê, a educação expressa direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado, não podendo ser imputada à requerida responsabilidade direta pela adequação de seu quadro de funcionários e instalações para a aceitação da matrícula da criança.

Em que pese os esforços dispendidos pela autora, a simples recusa da matrícula da menor não implica discriminação tampouco é capaz de caracterizar o alegado dano moral. Não expôs a autora à situação vexatória, não ostentando discriminação ou preconceito. Destacou, com efeito, sua impossibilidade técnica para receber a aluna e lhe prestar o serviço adequado, já que patente a necessidade de capacitação específica de profissionais para a integração e acompanhamento educacional da criança.

Embora não se questione os aborrecimentos sofridos, não há danos a serem reparados. Havia apenas promessa vaga de que em breve a escola teria condições de acolher alunos com necessidades especiais.

Ensina Sérgio Cavalieri Júnior 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-

Acesso ao Sumário

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, 8ª ed. Ed. Malheiros, pág. 81/82).

O mero incômodo, desconforto, ou decepção, como no caso em apreço, que o homem médio tem de suportar, porque vive em sociedade, não autoriza a concessão de indenização por dano moral.

Pelo exposto, correta a r. sentença, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017898-47.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO RODRIGO DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação, vencido o 3º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente), RICARDO ANAFE E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

PEIRETTI DE GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR E MATIVIDADE. Pretensão à incorporação do valor percebido sob a rubrica de ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO - ALE (LC 689/92 e alterações posteriores) - Gratificação vinculada ao exercício da função em determinado local de trabalho - Impossibilidade de incorporação aos vencimentos, conforme expressa vedação legal - Vantagem de

caráter pro labore faciendo - Superveniência das Leis Complementares nº 1.114/10 e nº 1.117/10, que não altera a solução jurídica dos autos - Lei Complementar nº 1.197/2013 que promove a absorção apenas a partir de sua vigência. Sentença denegatória de segurança mantida. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcelo Rodrigo da Costa, policial militar ativo, em face de ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, consistente na vedação da incorporação do valor referente ao Adicional de Local de Exercício - ALE - ao salário padrão do impetrante, para todos os fins legais, em especial para o fim de integrar a base de cálculo dos benefícios do *Quinquênio, Sexta-parte e RETP*. O impetrante postula a concessão da segurança pretendida com o pagamento das diferenças decorrentes da incorporação, desde a data da propositura da ação, com juros moratórios e correção monetária, apostilando-se os títulos.

A r. sentença de fls. 22/33, prolatada na forma do artigo 285-A do CPC, denegou a segurança.

Apela o autor postulando a reforma do julgado (fls. 42/57).

Contrarrazões pela Fazenda, apresentadas às fls. 78/91.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, informando que deixa de manifestar-se sobre o mérito do presente *mandamus*, nos termos da orientação das Egrégias Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria do Ministério Público (Ato nº 313/03 - PGJ/CGMP, DOE 25.06.03) (fls. 93).

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por policial militar em atividade, em face de ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, consistente na vedação da incorporação do valor referente ao Adicional de Local de Exercício (ALE) ao salário padrão do impetrante, para todos os fins legais, em especial para o fim de integrar a base de cálculo dos benefícios do *quinquênio, sexta-parte e RETP*.

A r. sentença denegatória de segurança merece prevalecer.

A Lei Complementar Estadual nº 689, de 13 de outubro de 1992, instituiu o Adicional de Local de Exercício (ALE), benefício devido aos policiais militares que se preencham os requisitos previstos no artigo 1º do referido diploma, a saber: *"Fica instituído Adicional de Local de Exercício aos integrantes das carreiras da Polícia Militar do Estado que estejam exercendo suas atividades profissionais em Organização Policial Militar (OPM), classificadas em razão da complexidade das atividades exercidas e dificuldade de fixação do*

Acesso ao Sumário

profissional." (art. 1º).

Conclui-se que a referida Lei Complementar não concedeu o benefício a todos os policiais militares em atividade, mas somente àqueles que estejam exercendo funções em locais e condições descritas na referida lei, a fim de compensar as dificuldades enfrentadas pelo policial militar no local de trabalho, havendo expressa vedação legal à incorporação, conforme dispõe o artigo 4º da LC nº 689/92:

"Art. 4º. O Adicional de Local de Exercício será computado no cálculo das férias e do décimo terceiro salário, na conformidade do § 2º, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 644, de 26 de dezembro de 1989, ***não se incorporando aos vencimentos para nenhum efeito****."* (g.n.).

Consoante ensinamento de Hely Lopes Meirelles: *"O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo período de tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito ('pro labore facto'), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito ('pro labore faciendo'), ou, por outras palavras, são adicionais de função ('ex facto officii'), ou são gratificação de serviço ('propter laborem'), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor ('propter personam'). Daí por que quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor"* (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 30ª. ed., 2005, p. 471).

Pois bem. Referido benefício não ostenta a natureza de aumento de vencimentos, pois se encontra adstrito ao efetivo exercício de função em áreas definidas e classificadas.

Assim, o impetrante não faz *jus* à incorporação da vantagem do Adicional de Local de Exercício (ALE) aos seus vencimentos, haja vista o seu caráter eventual e transitório, de modo que este somente poderá ser pago quando o servidor estiver em efetivo desempenho do serviço, nas condições legalmente previstas.

E ainda, válido ressaltar que a superveniente Lei Complementar nº 1.114, de 26 de maio de 2010 (que altera as Leis Complementares nº 689/92, 696/92, 1.062/08 e 1.065/08), bem como a Lei Complementar nº 1.117, de 27 de maio de 2010, que dispõe sobre a concessão do ALE aos policiais militares reformados

e policiais civis aposentados em decorrência de invalidez permanente, nas condições que especifica, em nada alteram o resultado da presente demanda, vez que a percepção do adicional, pelos inativos e pensionistas, adstrita está ao tempo e à forma determinada pelos referidos diplomas.

Nesse sentido, bem esclarece o voto do D. Des. Ricardo Anafe, em acórdão de sua relatoria:

"Sem sombra de dúvida, o adicional em testilha guarda o perfil propter rem, não desvirtuado em razão das majorações implementadas pela Lei Complementar nº 1.020/07, não repercutindo, pois, de forma perene, pelo simples fato de que na essência é efêmero e dependente do local de exercício, com variação do valor percebido, ex vi da inteligência dos artigos 2º e 3º da lei de regência, azo pelo qual, inclusive, esta Colenda Corte não tem admitido a incorporação para efeitos de provento e pensão.

*Em verdade, nem sequer o exercício de liberalidade do legislador bandeirante - compreendendo-se aqui regra de capacidade legislativa - manifestado na elaboração da Lei Complementar nº 1.045/2008, a qual determina a manutenção do Adicional de Local de Exercício no provento do miliciano "**considerado definitivamente incapaz para a função policial em decorrência de lesão ou enfermidade adquirida em razão do exercício da função policial**" e na pensão do beneficiário de "**policial militar morto em decorrência de lesão ou enfermidade adquirida em razão do exercício da função policial**", no artigo 3º da Lei Complementar nº 1.065/2008, a qual possibilitou a incorporação da vantagem aos inativos e pensionistas "**na base de 50% (cinqüenta por cento) da média dos valores efetivamente percebidos nos 60 (sessenta) meses imediatamente anteriores ao de sua aposentadoria, a ser pago, em valor fixo, na razão de 1/10 (décimo) por ano, até o limite de 10/10 (dez décimos)**", e nas alterações promovidas na referida legislação pela novel Lei Complementar nº 1.114/2010, semelhante ao que determina a Lei nº 432/85, que regulamenta a concessão do Adicional de Insalubridade, tem o condão de fulminar o caráter pro labore faciendo da vantagem, o que equivale dizer que a percepção do adicional, pelos inativos e pensionistas, adstrita está ao tempo e à forma determinada pelos referidos diplomas."* (Apelação Cível nº. 0001154-45.2010.8.26.0053, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 18.04.2012).

Insta salientar, que com o recente advento da Lei Complementar nº 1.197 de 12 de abril de 2013, foram absorvidos aos vencimentos dos integrantes das carreiras das polícias militar e civil, a gratificação de Adicional de Local de Exercício - ALE, a partir de sua vigência.

Ante o exposto, mantém-se a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

No que se refere ao prequestionamento, importa registrar que a presente

Acesso ao Sumário

decisão apreciou as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

Recurso desprovido, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004553-76.2011.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVA, é apelado HELIO GERALDO FERRAZ.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) E REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação Anulatória - Auto de infração pelo não recolhimento de ISS no período de abril de 2006 a 2009 - Despachante Policial - Apuração fiscal com base em dados bancários do contribuinte - Violação do sigilo bancário - Ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo de dados assegurado pelo art. 5º, X e XII da CF/88 - Impossibilidade de repasse de dados bancários para fins de fiscalização tributária - Precedente do STF. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Cuida-se de ação anulatória proposta por HELIO GERALDO FERRAZ em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVA, objetivando desconstituir os lançamentos fiscais decorrentes de auto de infração relativo à cobrança de ISS dos exercícios de 2006 a 2009, alegando a nulidade do lançamento efetuado mediante ilegal quebra do sigilo bancário do autor e por não contar o auto de infração com a data e hora da lavratura, a fiel descrição do fato infringente e a matrícula do agente autuado, aduzindo ainda a inexigibilidade do tributo por

arbitramento, uma vez que se trata de prestador de serviços pessoa física e como tal recolhe o ISS por alíquota fixa na forma do art. 9º, §1º do Decreto 406/68. Apresentou cópias do procedimento administrativo fiscal às fls. 35/240.

A sentença de fls. 372/376, proferida pelo MM. Juiz Felipe Abraham de Camargo Jubram, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, por entender que o auto de infração foi elaborado em desconformidade com as regras constitucionais atinentes ao sigilo bancário. Condenou a Municipalidade ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em R$2.000,00.

Foram opostos embargos declaratórios às fls. 379/381, rejeitados pela decisão de fls. 392/393.

Inconformada, a Prefeitura de Itapeva apelou às fls. 395/399, requerendo a reforma da sentença. Sustentou não haver nulidade do auto de infração, uma vez que a Lei Complementar nº 105/2001 autoriza que a requisição de dados bancários do contribuinte sem a prévia autorização judicial.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 401/403).

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Com efeito, o auto de infração de fls. 234 refere-se a cobrança de ISSQN, com data de vencimento entre abril de 2006 e dezembro de 2009 e respetivas penalidades pela falta de recolhimento, com base nos artigos 25, 37, 137 e 146 da Lei 1102/97, apurado no processo administrativo nº 10011/2009.

Verifica-se do processo administrativo fiscal que a apuração do ilícito tributário e quantificação do montante devido foram realizadas com apoio em informações sobre os dados bancários do contribuinte fornecidos pelo banco Bradesco, em resposta do ofício SMAF/DFT 439/2009 firmado pelo chefe de divisão de fiscalização de tributos (fls. 44/46).

Alega a Municipalidade que o acesso aos dados bancários do contribuinte de forma direta pela fiscalização tributária está assegurada pelo art. 6º da LC 105/2001.

Acerca do tema, constata-se que há questionamento da constitucionalidade da referida norma perante o Supremo Tribunal Federal por meio das ADIs nº 2.386/DF, 2.390/DF, 2.397/DF e 4.010/DF e foi reconhecida em 22/10/2009 a existência de repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, contudo, até a presente data não foi proferido julgamento definitivo nestes casos.

Não obstante, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº

Acesso ao Sumário

389.808/PR, em 15/12/2010, o pleno do STF, por maioria e nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, proferiu a decisão a seguir ementada:

> "*SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XI 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 Carga da República norma legal atribuindo à Receita Federal -parte na relação jurídico – tributária- o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*"

De sorte que a conclusão do julgamento foi no sentido de "*afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso, confiro à legislação de regência - Lei nº 9.31196, Lei complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 - interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do judiciário.*".

Neste sentido, recentes decisões deste Tribunal de Justiça já observam o entendimento firmado pela Suprema Corte, como o acórdão unânime proferido pela 13ª Câmara de Direito Público no AI nº 0052848-47.2012.8.26.0000, em cujo voto, da lavra do Ilustre Desembargador Ricardo Anafe, constou:

> " *...se vislumbra que os dados bancários não podem ser utilizados para quebra do sigilo bancário, com fundamento na Lei complementar n. 105/2001, que serviu de base para Lei Estadual n. 12.186/2006, a qual fundamentou a quebra para as empresas, porquanto referida lei complementar não excluiu a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário em consonância ao disposto na Carta Política (art. 5º, inciso XII).*"

Dessa feita e na medida em que, sendo o Supremo Tribunal Federal o legítimo guardião da Constituição, o acatamento de suas decisões é medida que se impõe, não restando, com isso, hipótese para qualquer discussão sobre a matéria, é devida a anulação do lançamento, uma vez que é incontroverso dos autos que a Municipalidade utilizou-se da quebra do sigilo bancário do contribuinte mediante expediente direto da fiscalização administrativa, sem prévia autorização judicial, para constatação da existência dos débitos e seus respectivos valores.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006334-71.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO DAS SUBPREFEITURAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (E OUTROS(AS)) e SECRETÁRIO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TRABALHO, é apelado GUOTONG YAO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.095.)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), BURZA NETO E VENICIO SALLES.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Impetrante que exerce sua atividade na "Feira da Madrugada" - Pretensão à anulação do cancelamento da permissão de uso, bem como a reabertura dos boxes, sob alegação de que as mercadorias comercializadas não são falsificadas ou piratas - Descabimento - Ausência de direito líquido e certo - Impetrante que não comprovou a origem lícita da mercadoria apreendida - Ato administrativo decorrente do Poder de Polícia - Competência da Guarda Civil Metropolitana para fiscalizar tal ato, perfeitamente válido - Sentença reformada - Recursos providos.

PRELIMINARES - Ilegitimidade passiva e litigância de má-fé - Rejeitadas.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

GUOTONG YAO, qualificado nos autos, impetra o presente mandado de segurança (proc. n. **0006334-71.2012.8.26.0053**, da E. 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital) contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE**

COORDENAÇÃO DAS SUBPREFEITURAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e outro, alegando, em síntese, ser detentor de permissão de uso para exercer o comércio de ambulante na "Feira da Madrugada", localizado no pátio do Pari, e que teve seus Boxes H 29 e H 30 lacrados e as mercadorias apreendida, sob alegação de que vencia mercadorias ilegais (pirata). Sustenta que está instado nesta feira desde o seu início, nos mesmos boxes devidamente registrados, inscrições nº 60290155 e 68320411. Afirma ainda que não vende mercadorias piratas ou falsificadas . Além disso, aduz que a Guarda Civil não tinha competência para averiguação da suposta prática de crime, motivos pelos quais impetrou o "*mandamus*". Ao final, requer, preliminarmente, que autoridade coatora determine o deslacre da loja Boxes H 29 e H 30. Ao final, pleiteia pela concessão da segurança em definitivo.

Registra-se que foi prolatada a r. sentença de primeiro grau, que concedeu a ordem (fls. 65/79).

A Municipalidade de São Paulo interpôs recurso de apelo (fls. 164/207, com cópias às fls. 208/223), resumidamente, em preliminar, alega que o douto magistrado ignorou a preliminar arguida pela Municipalidade referente à ocorrência de litigância de má-fé, bem como a ilegitimidade passiva do Secretário de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho. No mérito, alega é equivocada a convicção do magistrado ao entender que os atos de fiscalização municipal da venda de produtos ilegais no comércio ambulante, quando os atos são praticados pela Guarda Civil Metropolitana é incompetente, pois não há defeitos na atuação municipal outrossim, a área do Pátio do Pai, onde funciona a feirinha da madrugada é de domínio da União, que jamais outorgou permissão de uso para o exercício do comércio local, de forma que a mera anuência da administração com a manutenção provisória de comerciante nesse espaço dá-se pela regularidade do cadastro. Argumenta, outrossim, que no caso em tela não havia, por parte do apelado, nenhum cadastro para sua manutenção provisória, de forma que a atuação municipal sobreveio no imperativo poder de polícia, conferido pelo texto constitucional (art. 30, VIII, da C.F.). Assim, patente a inexistência de direito líquido e certo a amparar o apelado, que não observou o procedimento na época oportuna para efetuar o cadastramento estipulado na Portaria Intersecretarial n. 02/2011. Ao final, pugna pela reforma do julgado.

Acesso ao Sumário

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente recebido e processado, sem a apresentação das contrarrazões (fl. 230).

Subindo os autos a esta Corte, o douto Procurador de Justiça eximiu-se de se manifestar (fl. 237).

É o relatório.

Primeiramente, considera-se interposto o recurso "*ex officio*", obrigatório, nos termos do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a omissão na análise de questão na r. sentença deve ser combatida por embargos de declaração, sob pena de supressão de instância; mas, como a matéria arguida pela Municipalidade pode ser apreciada de ofício e em qualquer grau jurisdicional, passe-se a análise das questões discutidas.

Quanto à questão referente à *ilegitimidade passiva das autoridades impetradas*, a mesma não merece ser acolhida, uma vez que as referidas autoridades coatoras compareceram aos autos para defender o ato objeto da impetração, inclusive adentrando no seu mérito, o que faz incidir a teoria da encampação (STJ, 2ª Turma, REsp 646.948, relator o eminente Ministro Castro Meira, j. 21.2.2006, DJU 13.3.206, pág. 260), entendendo-se que se torna parte legítima aquele que, sem estar legitimado em princípio, acaba por encampar o ato da autoridade que lhe é subordinada: "*...se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo arguido a sua ilegitimidade, assumir a coautoria e prestar informações, por economia processual, aplica-se a teoria da encampação, continuando-se com o writ*" (REsp nº 574.981-0/RJ, v.u., j. 16.12.03, Rel. Ministra Eliana Calmon).

Também não há que se falar em litigância de má-fé, uma vez que não restou caracterizada a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC. Outrossim, a eventual recalcitrância do impetrante na fase processual de conhecimento não constitui a má-fé instituída pelo referido texto legal; entendimento contrário daria ensejo a uma provável institucionalização da multa por litigância de má- fé como parte indissociável de toda e qualquer condenação judicial.

Em razão disso, rejeitam-se as preliminares arguidas.

No mais, malgrado o notório saber jurídico do ínclito magistrado sentenciante, entende-se, com a devida vênia, que a r. sentença de primeiro grau merece ser alterada.

Senão, vejamos.

Cuida-se de um mandado de segurança, em que objetiva o impetrante, ex-permissionário de uso dos Boxes de nºs H-29 e H-30, localizados no interior do Pátio do Pari, onde se encontra instalada a chamada "Feira da Madrugada", a invalidação do ato administrativo que determinou o cancelamento do seu cadastro, em virtude da apreensão de mercadorias contrafeitas em seu ponto comercial.

Consta do processo administrativo da tentativa de liberação dos Boxes Lojas H-29 e H-30, oferecidos ao impetrante, e suas mercadorias apreendidas (fls.12/28), ao qual foi negado provimento, com o cancelamento de seu cadastro, que a manutenção provisória dos comerciantes na área pública denominada Pátio do Pari, cuja guarda foi transferida pela União Federal ao Município

Acesso ao Sumário

de São Paulo, por meio do Decreto Municipal nº 51.938, de 22/11/2010, não limitando a competência do Município no tocante à avaliação da regularização e manutenção ou não dos comerciantes.

E com vistas ao combate à pirataria, ao contrabando e à sonegação fiscal, foram realizadas ações fiscalizatórias no local, com participação de agentes das Polícias Federal e Estadual Civil (DEIC), Militar, Guarda Civil Metropolitana, Companhia de Polícia de Trânsito e de Engenharia de Tráfego (CPTran e CET, respectivamente), entre outros.

Portanto, o Município de São Paulo está amparado pelo referido Decreto, e a Guarda Municipal Metropolitana pode atuar nas atribuições envolvidas no processo de fiscalização (com base no referido Decreto Municipal, além da Lei Municipal nº 13.866, de 1º/7/2004, em seu art.1º, e Decreto Municipal nº 52.344, de 21/6/11), sem falar que a atividade fiscalizatória realizada pela autoridade coatora está inserida no poder de polícia, inerente ao seu exercício, que tem como atributo a coercibilidade.

Assim sendo, não assiste razão quanto à afirmação de que a Guarda Civil Metropolitana não tem competência para fiscalizar as irregularidades no comércio e pirataria, uma vez que a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 147, prevê que: "*Os Municípios poderão, por meio de lei municipal, constituir guarda municipal, destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, obedecidos os preceitos da lei federal*".

Ademais, como bem salientou o ilustre Des. Ênio Santarelli Zuliani, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 0244740-79.2011.8.26.0000, em que reconheceu a possibilidade da Guarda Civil Metropolitana fiscalizar as irregularidades no comércio:

"*... uma interpretação contextualizada permite a conclusão de que a previsão constitucional autoriza que se determine à Guarda a verificação de licenças para a exploração de atividades lícitas no comércio, o que se revela adequado para que não haja omissão da Municipalidade favorecendo o desenvolvimento de práticas ilícitas.*"

"*A opção de criar a Guarda e estabelecer que ela também reforce a fiscalização dessas atividades não deixa de ser uma questão de interesse local de preservação da cidade e de seu comércio regular. Reitere-se que a responsabilidade do Município não está adstrita à expedição de alvarás e licenças de funcionamentos, mas deve abranger igualmente a função de vistoria na utilização de tais concessões, o que interessa, inclusive, ao patrimônio e incolumidade das pessoas.*"

(...)

"*A rejeição da inconstitucionalidade não está conferindo salvo conduto para que os guardas civis metropolitanos cometam abusos, excessos e violência*

Acesso ao Sumário

contra comerciantes honestos e que labutam no competitivo mercado em busca de sustento próprio ou familiar, porque da mesma maneira que se reclama responsabilidade de qualquer povo autorizado a prender o infrator em flagrante delito (art. 301, do CPP), será exigida a probidade funcional e instaurado os competentes procedimentos em caso de transgressão ou violência. Cabe fiscalizar e atuar de forma produtiva, sem práticas truculentas, arbitrárias e de corrupção" (Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça; j. 27.02.2013).

Em se tratando de permissão de uso, que se caracteriza pela precariedade, que pode ser revogada a qualquer tempo, o Município possui poder discricionário para instituição de novo cadastro, não prosperando a alegação do impetrante de que lá deveria permanecer, pois já havia se cadastrado anteriormente.

A respeito disso, preleciona Hely Lopes Meirelles:

"Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular ***a execução de serviços de interesse coletivo****, ou o* ***uso especial de bens públicos****, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração." (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, Editora Malheiros, p. 189).*

E mais, o impetrante não comprovou a origem lícita das mercadorias apreendidas; isto porque não apresentou as notas fiscais correspondentes aos itens considerados contrafeitos, seja no pedido administrativo de liberação, seja no presente *mandamus*, de modo que não lhe assiste o *direito líquido e certo*, ventilado na exordial.

Por outro lado, a fiscalização feita pelas autoridades coatoras decorre do Poder de Polícia Administrativa, presumindo-se a legalidade e legitimidade dos atos praticados pela Administração, como já mencionado no corpo v. acordão.

Neste sentido, novamente o notável HELY LOPES MEIRELLES aduz que: "*a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução", asseverando ainda que "outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca*". (ob. cit. pág. 159).

Outrossim, pode a Administração, por meio do controle administrativo, rever seus próprios atos, apreciando a legalidade, a conveniência e oportunidade de suas atividades, sempre em busca do interesse público, conforme reza a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

"*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos*

Acesso ao Sumário

adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Assim sendo, inexiste qualquer ilegalidade na apreensão de mercadorias consideradas suspeitas de falsificação ou contrabando, bastando ao interessado comprovar a sua origem lícita para obter a liberação e impedir, em tese, a cassação de seu cadastro ou permissão de uso, lembrando que tais autorizações possuem caráter precário, podendo ser revogadas a qualquer tempo, segundo a conveniência e oportunidade da Administração, observado o interesse público.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

"Apelação - São Paulo/SP - Apreensão de mercadorias e lacração de box localizado no Pátio do Pari "feira da madrugada" - Admissibilidade - Caráter precário do ato de permissão de uso - Presunção de legalidade, veracidade e legitimidade do ato administrativo não infirmada Atribuição da Guarda Civil Municipal paulistana em fiscalizar e apreender produtos contrafeitos e afins que não colide com o disposto no art. 144, § 8.º, da Constituição Federal - Precedentes - Preliminar afastada - Sentença reformada - Recurso provido" (Apelação nº 0001324-46.2012.8.26.0053; 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 04.06.2013; Rel. Des. Renato Delbianco).

E ainda:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetrantes que exercem suas atividades na 'Feira da Madrugada' - Fiscalização promovida pelo Poder Público - Pedido de que os respectivos boxes permaneçam e/ou sejam reabertos e que seja oportunizada a entrega da documentação necessária para que os órgãos competentes possam avaliar com exatidão seu cadastramento e/ou recadastramento - Não comprovação do direito líquido e certo - Via mandamental que não comporta dilação probatória - Sentença mantida - Recurso não provido" (Apelação nº 0041150-16.2011.8.26.0053; 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 28.05.2013; Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez).

Neste também, é o entendimento desta Colenda Câmara:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Pretensão de reabertura de espaços comerciais na Feira da Madrugada até entrega e análise da documentação para o cadastramento dos impetrantes - Recorrentes que deixaram de apresentar a documentação quando da oportunidade pela Administração (Portaria nº 02/2011 SMSP/SEMDET) - Ausência de comprovação de ilegalidade e de direito líquido e certo - Segurança denegada - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO" (Apelação nº 0042268-27.2011.8.26.0053; j. 06.03.2013; Rel. (a). Isabel Cogan).

Assim, é de se notar que não restou demonstrada qualquer ilegalidade nos atos praticados pelas autoridades coatoras, tendo em vista o caráter precário da autorização concedida e o poder discricionário da Administração para revogar o ato, dentro de sua oportunidade e conveniência.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se, ainda, que a cassação ou revogação da permissão (cadastro), apesar de despicienda, foi precedida de procedimento administrativo.

Assim, evidencia-se a inexistência do direito líquido e certo a ser tutelado, razão pela qual não se vê, com a devida vênia, como manter-se o entendimento do douto magistrado de primeiro grau, impondo-se, assim, a reforma da r. sentença, para ***denegar-se*** *a ordem rogada*. As custas e despesas processuais deverão ser suportadas pelo impetrante, atentando-se ao disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Para os devidos fins de direito, ficam prequestionados os dispositivos legais aqui citados.

Com isto, **dá-se provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012052-74.2006.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes CAIQUE GOMES BARBOSA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e MARIA HELENA BARBOSA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ATIBAIA, IRMANDADE DE MISERICORDIA DE ATIBAIA e HUMBERTO MANOEL CRUZ.

ACORDAM, em 13ª 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 17.561)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI E FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Processual civil. Resultado em expediente administrativo só acontecido quando já prolatada a sentença e apresentadas, de há muito, as razões recursais e as contrarrazões. Documento novo. Pertinência na juntada.

Responsabilidade civil. Cirurgia realizada em lado oposto ao devido. Ocorrência danosa. Pressupostos configurados. Ausência de excludente

Acesso ao Sumário

de responsabilidade. Documento novo que, apesar de resultado favorável a um dos réus em processo administrativo, não modifica o mais que consta dos autos. Critério para arbitramento da indenização por dano moral. Recurso provido.

VOTO

Ao relatório do v. acórdão de fls. 513/527 acrescento que, por v. acórdão proferido em decorrência de embargos de declaração, visto a fls. 577/578, o anterior julgamento foi anulado porque, entrados os autos neste E. Tribunal de Justiça, apenas a ré Prefeitura Municipal de Atibaia foi cadastrada como parte recorrida, quando havia, como há outros dois réus, a Irmandade de Misericórdia de Atibaia e Humberto Manoel Cruz.

Nesse entretempo, o réu Humberto Manoel Cruz trouxe documentos novos e, instados todos a se manifestar, o autor e a Irmandade não se manifestaram, enquanto a municipalidade reiterou as contrarrazões (fls. 632) e Humberto insistiu nas manifestações anteriores e acrescentou que o documento novo, julgamento do caso pelo Conselho Regional de Medicina pela inexistência de erro médico, reafirma o necessário para ser mantida a r sentença de improcedência.

A D. Procuradoria de Justiça reafirmou os termos do anterior parecer, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Supero a questão preliminar acerca de quebra do princípio da dialeticidade, pois a argumentação do recorrido vai além do que se entrevê no recurso, que, se não vem como modelo de peça processual, é o **quantum satis** para conhecimento da disputa e a contraposição ao quanto decidido na origem.

Nada obstante o **imbróglio** havido pelo não cadastramento dos réus Irmandade de Misericórdia de Atibaia e Humberto Manoel Cruz, o certo é que nada há a ser acrescentado ao v. acórdão anulado, pois não houve alteração alguma quanto ao quadro fático.

Acesso ao Sumário

Por isso, mister se faz alentada análise de documento novo, trazido pelo recorrido Humberto, expediente administrativo havido contra ele perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em que, como ele considerou por mais de uma vez, foi tido como não culpado no evento que deu azo a este processo.

Humberto reiterou e reiterou ter sido inocentado naquele Conselho, que concluiu por não ocorrência de erro médico, mas, com a devida vênia, não tem boa pertinência, aqui, a conclusão lá havida.

Ao contrário, e já se vai ao resultado final daquele expediente administrativo, o julgamento do recurso apresentado por Humberto, e, em

síntese, temos que o Conselheiro Relator, Rodrigo Durante Soares votou pelo provimento parcial ao recurso, excluída *a culpabilidade quanto ao artigo 29 do CEM e mantendo a culpabilidade quanto ao artigo 69 do CEM, bem como a proposta de aplicação da pena contida na alínea "a" do artigo 22 da Lei 3268/57, qual seja, ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO.* (fls. 615)

Sem entrar no mérito daquele julgamento e das conclusões do Conselheiro Relator, a narrativa que antecede a conclusão por *não culpabilidade em relação ao artigo 29 do CEM* é antecedida de sérias colocações sobre a conduta de Humberto.

Basta ler fls. 614.

É certo, por outra, ter o Conselheiro Relator indicado sanção pela outra conduta atribuída a Humberto, como está no prolongamento do seu voto e também essa conduta, por certo, concorreu para o resultado descrito pelo autor, pois a falta, entre outras, de *elementos essenciais, elementares da elaboração do prontuário médico não se encontravam presentes em nenhum momento do acompanhamento do paciente. No pré-operatório observa-se uma FAA às fls. 11 dos autos com os dizeres de difícil entendimento "cirurgia de hérnia inquinal (...)", não há descrição de história clínica ou exame físico*.

E prossegue o Relator: *a ficha de descrição cirúrgica apresenta notas sucintas, de difícil leitura, que não correspondem à íntegra dos achados intraoperatórios, bem como não refletem a complexidade alegada durante a fase processual. E finalmente, na observação pós-operatória não há qualquer menção de ocorrências, mudança de plano terapêutico ou mesmo orientações com a alta hospitalar.*

O resultado dessa análise é que o levou a indicar advertência confidencial em aviso reservado por *culpabilidade quanto ao artigo 69 do CEM.*

É saber, agora, que o Código de Ética Média (CEM) dispõe ser *vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência* (artigo 29) *e deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente* (artigo 69).

Concluído o voto do Conselheiro Relator (fls. 614/615), manifestou- se o Conselheiro Revisor, Henrique Carlos Gonçalves, e, com a máxima vênia, seu voto é peculiar: *(...) Concordo "in totum" com o bem elaborado relatório do nobre Conselheiro Relator, Dr. Rodrigo Durante Soares. Pelos fatos e fundamentos explicitados pelo Conselheiro Relator em sede do julgamento de Câmara e pelo fato de entender que o efeito pedagógico do processo já se operou, voto pelo provimento pleno do recurso com a consequente decretação de não culpabilidade do médico denunciado* (fls. 617/618).

A peculiaridade está em que, após referendar o voto do Relator, propendeu

Acesso ao Sumário

por situação inexistente no mundo jurídico, afinal, nem a Lei Federal 3.268/57, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências, indica a possibilidade de se considerar processo como "efeito pedagógico", tampouco a Resolução CFM 1.897/2009 refere sobre essa circunstância.

"Efeito pedagógico" vem referido, v.g., no JORNAL DO CREMESP, Edição 260 - 06/2009, ao tratar de conciliação em fase de sindicância, situação não acontecida aqui.

Pelo interesse, vale transcrição dessa matéria: *a conciliação em fase de sindicância, objeto da súmula DEJ 001, sofreu algumas transformações importantes com a publicação da Resolução* ***CFM nº 1897/2009****, que regulamenta o processo ético-profissional. Com a nova resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), a conciliação é, expressamente, uma prerrogativa do Conselheiro Sindicante, admitida somente nos casos em que não há lesão corporal ou morte a ser investigada. Outra novidade que deverá ser adotada nos procedimentos é o "termo de ajustamento de conduta", no qual o profissional médico investigado tem a oportunidade de firmar um compromisso com o Conselho de não mais praticar determinados atos, evitando-se uma possível condenação. Tal procedimento, que ainda precisa ser melhor analisado, e possivelmente regulamentado pelos Conselhos Regionais, trará maior agilidade aos procedimentos, fazendo com que o próprio profissional entenda que cometeu um erro - desde que não envolva lesão corporal ou morte, como afirmado acima -, mas que não reincidirá em tal conduta por determinado tempo, atingindo assim o* ***efeito pedagógico*** *do procedimento ético-profissional. Tais questões vêm regulamentadas no artigo 9º da* ***Resolução CFM nº 1897/2009***.

Eis a redação desse artigo 9º:

A critério do Conselheiro Sindicante, será facultada a conciliação de denúncias de possível infração ao Código de Ética Médica, com a expressa concordância das partes, até o encerramento da sindicância.

§ 1º Realizada a audiência e aceito, pelas partes, o resultado da conciliação, o Conselheiro Sindicante elaborará relatório circunstanciado sobre o fato, para aprovação pela Câmara, com a respectiva homologação pelo Pleno do Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O procedimento de conciliação orientar-se-á pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual.

§ 3º Não caberá recurso no procedimento de conciliação, se aceito, pelas partes, o resultado da mesma.

§ 4º Resultando inexitosa a conciliação, a sindicância prosseguirá em seus termos.

§ 5º Não será facultada conciliação nos casos de lesão corporal ou morte.

§ 6º Na conciliação serão permitidos ajustamentos de conduta por meio

Acesso ao Sumário

de compromissos documentalmente assumidos pelas partes.

Prossigo em que, resolvido sobre ter ocorrência de situação gravosa na conduta de Humberto, o Pleno I do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, sob **quórum**, aprovou o voto do Conselheiro Revisor por 10 votos, contra o voto do Conselheiro Relator (fls. 623/624), com acórdão visto a fls. 625, provido, assim, o recurso de Humberto, que culminou considerado **não culpado**.

Dir-se-á ter sido longa a análise feita até aqui, mas foi de todo necessária ante o argumento de Humberto de que essa absolvição, essa exclusão de culpa pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo consolidava esse resultado também no processo em análise.

Perceba-se, antes de algum entendimento canhestro, que não se pôs todo aquele expediente administrativo, nem seu resultado, a julgamento aqui, mas, ante a relevância atribuída por Humberto, era impossível acatar-se o resultado para fazer coisa julgada aqui.

Como visto, não entrevi relevância probatória nos referidos documentos, que têm mesmo a natureza de serem novos, pois o julgamento acima analisado só se deu quando de há muito havia a sentença apelada, também já apresentada a apelação e as contrarrazões.

Com esse necessário acréscimo, que, como é possível concluir, em nada alterou o quanto já se tinha de prova anteriormente à vinda dos documentos novos trazidos por Humberto, não vejo razão para alterar o quanto constou no voto condutor do v. acórdão anulado, motivo por que fica ele transcrito na íntegra como fundamento para a procedência do recurso do autor.

O apelante afirma ter sido submetido a cirurgia para retirada de hérnia inguinal no lado direito. Realizado o procedimento, contudo, verificou-se que a incisão fora realizada no lado esquerdo, circunstância da qual decorreu dano moral, vez não ter sido tratado escorreitamente de sua patologia e ter se submetido, posteriormente, a nova cirurgia.

Ajuizou o autor a presente ação indenizatória em face da Santa Casa de Atibaia e do Município de Atibaia. A fls. 80, foi deferida a denunciação da lide ao Sr. Humberto Manoel Cruz, médico que realizou a cirurgia.

O pedido foi julgado improcedente, acolhidos os argumentos do litisdenunciado, segundo o qual foi constatada, durante o procedimento, a existência de hérnia em situação emergencial no lado esquerdo, a caracterizar prioridade em relação ao lado direito. Diante disso, retirou-se essa hérnia e postergou-se a realização da cirurgia inicialmente programada, dado tempo decorrido e as condições insatisfatórias para continuação.

Nesse cenário, entendeu o d. juiz "*a quo*" pela inexistência de culpa do agente.

Acesso ao Sumário

Dá-se que o fundamento jurídico do pedido, visto sob o aspecto da causa de pedir remota, é sobre mau atendimento médico-hospitalar, de que resultou, por desídia, o dano moral suportado pelo autor.

O reclamo do autor, em suma, resulta em atribuir responsabilidade à Municipalidade e ao hospital por **faute du service publique**.

Entendo, neste caso concreto, não ser caso de se enveredar em disputa sobre ser falha do serviço ou culpa do serviço como modalidade de responsabilidade objetiva, ou, segundo outra análise, tema de responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa.

É que todo o quadro fático foi analisado sob esses dois enfoques e, por qualquer deles, não se fugiu à responsabilização dos réus pelo evento descrito na petição inicial.

Sobre os requisitos para que se configure a responsabilidade civil, anota Rui Stoco: *na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade. O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.*

Pese embora ao entendimento original, entendo não caber resultado diverso do pretendido pelo autor, com base profunda e judicioso amparo no parecer da D. Procuradoria de Justiça, visto a fls. 496/508, acerca de responsabilidade dos réus quanto à alegada cirurgia incorreta.

Vale registrar não haver controvérsia sobre a cirurgia estar agendada para a retirada de hérnia no lado direito do autor, que realmente existia e demandou outra intervenção em tempo outro.

Constata-se, por outra, que a versão apresentada pelo médico não encontra respaldo firme no conjunto probatório.

É certo que a narrativa acerca do diagnóstico da existência de patologia mais grave do lado esquerdo está no depoimento das testemunhas, como se vê a fls. 391/411, das quais apenas uma presenciou a cirurgia, Jorge Luiz dos Santos, que afirmou ter participado como auxiliar do cirurgião, mas sem saber informar se a descrição do procedimento constou do relatório cirúrgico (fls. 391/394).

Acesso ao Sumário

As respostas do perito judicial às questões formuladas pelo Ministério Público, com a devida vênia, lançam mais dúvidas à tese acolhida na r. sentença.

Perguntado sobre a posição do paciente para diagnóstico de hérnia, respondeu o perito ser melhor "esteja de pé, pela maior compressão pelo peso proporcional" (fls. 346). Ora, como o autor estava sedado para a realização da cirurgia, razoável supor que estava ele deitado, o que dificultaria o diagnóstico afirmado pelo réu Humberto.

Registrou o perito, ainda, a inexistência de documentos a indicar a realização de avaliação pré-cirúrgica.

Cumpre observar ser impossível aferir qualquer conclusão do relatório cirúrgico, copiado a fls. 140 e v°, a que faltou caligrafia a resultar em total impossibilidade de leitura.

Valho-me, ainda, das observações lançadas da sindicância antes em curso no Conselho Regional de Medicina, que culminou no quanto acima já considerei: *Dos fatos, percebe-se desde o encaminhamento do paciente, pela médica que o atendeu no PSF, até as avaliações realizadas pelo médico que o operou, que a hérnia realmente era à direita, e não à esquerda, fato percebido pela mãe no pós-operatório, quando da mudança do curativo. Os prontuários estão incompletos, falta exame clínico completo da criança, restringe-se o cirurgião ao diagnóstico de "Hérnia Inguinal à Direita", não havendo qualquer alusão à hérnia à esquerda. Tentar explicar o ocorrido pela observação de que no ato cirúrgico notou que a hérnia era bilateral não justifica e não ajuda, já que, déssemos fé ao afirmado, o profissional deveria ter estudado adequadamente o caso antes da cirurgia, o que não foi feito, conforme prontuários anexados. Justificar a não continuidade da cirurgia pela falta de condições do hospital para cirurgia infantil também é informação agravante, pois, sendo verdade, a criança deveria ter sido encaminhada a um hospital com melhores recursos, já que, sabendo da dificuldade, o médico, ao levá-la para a cirurgia eletiva, tinha consciência da existência de riscos* (fls. 253/254).

A d. Procuradoria Geral de Justiça compartilha dessa conclusão e acrescenta: *o médico responsável pela cirurgia alega ter relatado a mudança de planos durante a cirurgia, mas não junta nenhuma comprovação disso* (fls. 504).

No mais, para análise do quadro fático e do quanto há de prova nos autos é imperativo admitir esse parecer como parte integrante e indissociável deste julgamento, mercê da sua precisão técnica e profundidade jurídica.

Exalça-se, ainda, a excelência na análise jurídica feita pela D. Procuradora de Justiça, Dra. Silvana Buogo, para fixar a responsabilidade do Hospital, da Municipalidade e do litisdenunciado, fazendo-o em primoroso parecer.

Ei-lo:

> *O apelo merece provimento.*
>
> *Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que, de fato, o caso aqui apresentado deve ser tratado dentro do tema da responsabilidade civil do estado.*
>
> *Como é cediço, a Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado. Isso significa que a discussão sobre a culpa do seu agente é irrelevante. A prova gira em torno apenas*

Acesso ao Sumário

do dano (que pode ser material e/ou moral), da conduta estatal e do nexo causal entre eles. Admite-se a escusa apenas quando comprovados caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (Teoria do Risco Administrativo). Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, no caso de danos decorrentes de erro praticado por médico integrante de hospital público, a responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República. II - A responsabilidade do nosocômio onde ocorreu o atendimento do paciente deve ser apurada com base na teoria da responsabilidade objetiva, pois decorre da prestação dos serviços colocados à disposição do administrado e independente da constatação de culpa ou dolo na conduta do médico causador do dano. III - O valor da indenização por danos morais deve ter caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima. IV - Recurso manifestamente improcedente, atraindo aplicação do art. 557, caput, do Código de Processo Civil - TJMG1031308240265900 31.

O hospital réu é, nos termos do documento acostado às fls. 39/42, um prestador municipal de serviços públicos de saúde, vinculado ao SUS. Dessa forma, não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor. É sabido que, quando o serviço é oferecido diretamente pelo Estado e custeado mediante receitas tributárias, não se caracteriza uma relação de consumo.

Sob outra ótica, também deve ser considerada a circunstância de que os fatos narrados na petição inicial ocorreram quando o hospital (onde a cirurgia foi realizada) encontrava-se sob intervenção da administração municipal.

A citada medida de intervenção ocorreu por força do Decreto nº 4.058/01 (fls. 79), advindo daí evidente responsabilidade do município pelos danos causados no interior da unidade hospitalar.

Por último, mesmo que não houvesse intervenção, há que se considerar a lúcida manifestação ministerial a fls. 66 dos autos, que lembrou a existência de convênio firmado entre o Município de Atibaia e a Irmandade Santa Casa de Misericórdia, onde aquele tem obrigação de repasse de recursos e, dentre outras incumbências, pode fiscalizar os serviços, inclusive efetuar controle técnico.

Logo, não pode ser amparada a pretensão do poder público

Acesso ao Sumário

municipal de ser excluída da lide.

No que tange aos fatos, cumpre registrar que consta dos autos, mais precisamente da cópia do inquérito policial de fls. 174/175, que o menor já era acompanhado pela Dra. Maria da Conceição da Silva Cruz, médica do Posto de Saúde da Família (PSF), profissional que, após consulta, verificou a presença de hérnia inguinoescrotal à direita do paciente. Diante desse fato, fez o encaminhamento ao cirurgião para futura avaliação.

Conforme ficha de atendimento ambulatorial de fls 47, em 23 de setembro de 2005, a criança foi atendida pelo Dr. Humberto Manoel Cruz em razão de apresentar um caroço na virilha direita, ocasião em que também diagnosticou uma hérnia.

Foi, então, marcada a cirurgia para correção da patologia.

No dia 29 de março de 2006, o menor deu entrada na Santa Casa de Misericórdia às 7h57 - fls. 135. Às 9h30 iniciou-se a operação, sob o comando do Dr. Humberto, e às 10h30 terminou - fls. 141. A alta médica foi dada no dia seguinte, às 11h45, oportunidade em que a mãe da criança percebeu que o curativo estava sendo feito do lado esquerdo, ou seja, exatamente o oposto à doença fls. - 135.

Desesperada com a situação, tentou em vão procurar o médico responsável e levou o caso à direção do próprio hospital, que instaurou sindicância e comunicou ao CREMESP. Inquérito policial também foi instaurado e colhidas algumas provas.

O médico cirurgião, em sua defesa, alegou que, no momento da intervenção e após a sedação do paciente, percebeu uma massa protuberante do lado esquerdo. Suspeitou de uma hérnia encarcerada que, se não fosse tratada imediatamente, poderia ocasionar sérios danos à criança. Optou, diante da situação, por operá-la e deixar a hérnia direita para ser cuidada no futuro, já que não havia nenhuma urgência e o tempo da cirurgia tinha se estendido além do esperado e seria inviável a operação bilateral.

Durante a cirurgia, retirou um gânglio e encaminhou para biópsia, cujo resultado foi positivo para "hiperplasia linfóide reacional" - fls. 48.

Uma testemunha arrolada pelo Dr. Humberto, também médico, esclareceu esse diagnóstico e afirmou tratar-se apenas de uma inflamação típica de criança (fls. 408).

A questão deve ser, portanto, analisada sob a ótica da culpa.

Cabe destacar a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que pontua: ***"Convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Para tanto, basta a culpa levíssima, desde***

Acesso ao Sumário

que haja o dano."[1]

O dano moral (lesão a direito da personalidade) está devidamente comprovado. O menor foi submetido desnecessariamente a uma intervenção cirúrgica. Todas elas, por mais simples que sejam, oferecem riscos (infecção hospitalar, reação à anestesia geral, etc) e restrições durante o período pós operatório. A patologia que realmente portava e que devia ter sido operada, foi deixada para outra oportunidade, sem que a mãe soubesse, e uma segunda cirurgia, dessa vez no lado correto, precisou ser feita.

Ainda que a suspeita de hérnia encarcerada fosse real, o cirurgião deveria ter informado a família, no mínimo antes e no máximo depois da operação.

Segundo o Código de Ética, ***é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.***

Além do mais, há uma contradição grave na defesa do Dr. Humberto. Afirma ele que "o problema de que padecia o autor advém de seu nascimento e a hérnia, salvo se encarcerada ou estrangulada, não causa nenhuma dor ou desconforto de magnitude ao paciente" - fls. 104.

Ora, não seria prudente que antes da cirurgia realizasse uma anamnese, a fim de confirmar ou afastar a suspeita de encarceramento? Como ter certeza do diagnóstico sem uma entrevista com o representante do menor, já que a constatação por ele feita se deu quando o menor já estava sedado (anestesiado)?

Nas respostas do perito, pode-se ver que essa é a conduta devida e esperada do profissional antes da anestesia - fls. 346, quesito "f". Além disso, o Código de Ética, no artigo 32, também dispõe ser ***vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.***

Não se despreza a autonomia que os médicos têm de prescrever e tratar seus pacientes. Eles são os técnicos, os profissionais especializados. Mas alguns cuidados e precauções devem sempre ser tomadas.

A perícia, por exemplo, informa que, havendo necessidade de alteração do curso cirúrgico, o médico responsável deve fazer as anotações na ficha de descrição cirúrgica, na ficha de evolução clínica e

Acesso ao Sumário

1 Responsabilidade Civil. Ed. Saraiva. 12 ed., p. 431.

comunicar a família (fls. 347, quesito "i").

Como se pode perceber, o relatório geral de cirurgia, bem como sua descrição, são ilegíveis - fls. 140 verso - fato esse que também agride o Código de Ética Médica (artigos 11 e 37).

O médico responsável pela cirurgia alega ter relatado a mudança de planos durante a cirurgia, mas não junta nenhuma comprovação disso. Não há nada nesses autos, nem nas cópias do inquérito policial que foi instaurado. Suas testemunhas até tentam corroborar sua versão - fls. 387/411, todavia, apenas uma delas estava presente no ato.

É interessante relembrar que, apesar de os testemunhos serem um meio de provas, é o mais frágil deles.

A cirurgia foi feita do lado esquerdo e retirado apenas um gânglio da criança. Após exames, concluiu-se que não passava de uma infecção, comum em crianças. A patologia anterior, ou seja, a hérnia do lado direito, permaneceu lá, sendo necessária a realização de nova cirurgia para tratamento.

Finalmente, não se pode ignorar a parte conclusiva da sindicância instaurada (fls. 253/254), que diz o seguinte: ***"Dos fatos, percebe-se, desde o encaminhamento do paciente pela médica que o atendeu no PSF até as avaliações realizadas pelo médico que o operou, a hérnia era realmente à direita e não à esquerda, fato percebido pela mãe no pós-operatório, quando da mudança do curativo. Os prontuários estão incompletos, falta o exame clínico completo da criança, restringindo-se o cirurgião ao diagnóstico de 'Hérnia Inguinal à Direita', não havendo qualquer alusão à hérnia esquerda. Tentar explicar o ocorrido pela observação de que no ato cirúrgico notou que a hérnia era bilateral não justifica e não ajuda, já que, déssemos fé ao afirmado, o profissional deveria ter estudado adequadamente o caso antes da cirurgia, o que não foi feito, conforme prontuários anexados. Justificar a não continuidade da cirurgia pela falta de condições do hospital para cirurgia infantil também é informação agravante, pois, sendo verdade, a criança deveria ter sido encaminhada a um hospital com melhores recursos, já que, sabendo da dificuldade, o médico, ao levá-la para cirurgia eletiva, tinha consciência da existência de riscos"***.

Inegável, portanto, a existência da conduta culposa do médico, consistente no erro médico (falha no exercício técnico da profissão, por ação ou omissão), do dano moral e do nexo causal entre eles.

Já destacamos a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, no sentido de que a obrigação de indenizar surge diante da mais leve culpa.

O mesmo autor registra: ***"Jurandir Sebastião, Depois de enfatizar***

Acesso ao Sumário

que o exercício da medicina envolve, como regra geral, contrato de "meio", obtempera que a obrigação assumida compreende 'o dever de empenho técnico adequado e satisfatório, por parte do médico, tal como expresso, dentre outros, nos artigos 2º, 5º, 14, 27 e 57 do Código de Ética Médica. Quando o empenho não é adequado tecnicamente, o quanto necessário, o paciente recebe menos do que deveria" *(op. cit. p. 432).*

De outro lado, também cabe ressaltar que, se cabia ao médico uma investigação mais cuidadosa a respeito da constatação de outra hérnia do lado oposto àquela inquestionavelmente diagnosticada, vislumbra-se que seu agir não se revestiu de prudência, caracterizando-se a responsabilidade decorrente da violação consciente de um dever (de melhor investigação) ou, ainda, de uma falta objetiva do dever de cuidado que se lhe impunha.

Por último, tem lugar transcrever a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ao considerar que: ***"diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir nas análises da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve sua situação agravada"*** *(op. cit. p. 437).*

Ficou evidenciado nos autos que o menor autor se submeteu desnecessariamente à primeira cirurgia, a qual não resolveu o problema de saúde que o levou ao hospital. Ainda, ficou comprovada a necessidade de uma segunda cirurgia, a demonstrar o desacerto da primeira, ao que tudo indica fruto de diagnóstico precipitado e impreciso.

Evidentes os traumas psicológicos causados ao autor, que contava com seis anos de idade à época, ao se aperceber que haveria de se submeter a outra cirurgia.

Acesso ao Sumário

Ainda, pode-se mesmo aquilatar qual possa ter sido seu estado de ânimo ao ingressar para a segunda cirurgia, cercado de incertezas quanto à conduta do médico.

Assim, provada a culpa do médico, sendo ele integrante do quadro da equipe cirúrgica da Santa Casa de Misericórdia de Atibaia (fls. 34), deve o hospital responder pelos danos morais causados ao menor.

De outro lado, encontrando-se o aludido hospital sob intervenção do poder público municipal, este último deve responder pelos danos morais causados pela conduta de profissional médico, estabelecendo-se entre a Santa Casa e o Município vínculo de solidariedade no pagamento

da obrigação.

O valor da indenização pelos danos morais, no patamar buscado na inicial, revela-se adequado, sobretudo porque atingirá a finalidade de punição pelo ilícito.

Não se perca, deveras, em que nada se referiu nesse parecer sobre o desfecho do expediente no CREMESP, pois tanto quanto havia ou haveria de ser considerado acerca dessa conclusão foi posto no pródromo deste julgamento, enquanto o parecer ministerial analisa, a fundo, o mais que dos autos consta.

Está configurado, deveras, o dever de indenizar imputado à Municipalidade e ao Hospital, e não se olvide ser daquelas situações de responsabilidade objetiva, em que só se afastaria a obrigação da Administração ante excludente absoluta de ser possível atribuir a lesão sofrida pelo autor à causa diversa, de todo inocorrente no presente caso.

Dir-se-á não haver espaço, aqui, para essa assertiva, pois seria situação sob enfoque de responsabilidade subjetiva, a exigir análise de conduta culposa por agente público, o que, à evidência, está provado exatamente com o que se acaba de fundamentar, pois o conjunto probatório deixou clara a circunstância de que, se tivesse sido aplicada a técnica correta, o evento danoso não teria ocorrido.

Então, é daquelas situações em que o agente, à míngua de conduta correta, teve conduta descabida, culposa, a desaguar na causação de dano ao recorrente, a trazer à tona a responsabilidade dos réus também sob análise subjetiva do ocorrido.

Observo que, para se estabelecer a conduta do agente nas acontecências culposas, é necessário que a violação do dever de cuidado se constitua no fator determinante do resultado. A lesão do dever de cuidado deve traduzir-se sobre o resultado lesivo ocorrido.

A relação *violação do dever de cuidado/resultado* obriga à realização de um duplo juízo de valoração, um no plano concreto e outro no plano abstrato. No plano concreto, deve-se imaginar a conduta do agente dentro do marco normativo, sem que houvesse a violação do dever de cuidado.

Assim é que, se observado o cuidado devido, o resultado, da mesma maneira, teria se produzido, encontramo-nos diante de atipicidade culposa. Mas se, ao contrário, observado o dever de cuidado, o resultado teria sido evitado, resulta inafastável ter sido a conduta do agente fator determinante do resultado e, consequentemente, há tipicidade culposa, desde que assim se conclua também no terreno hipotético abstrato[2].

Como não se observou o devido cuidado, deflui culpa dessa conduta, sem

Acesso ao Sumário

2 Nesse sentido confira-se E. RAÚL ZAFFARONI, *La teoria del Delito*, Editora Ediar,Bs. As., 1973, p.337.

que haja qualquer excludente de responsabilidade em favor dos réus.

Assim, por qualquer viés que se aprecie o acontecido, ainda que haja preocupação com situações de responsabilidade subjetiva, sem perder de vista a análise também sob a ótica da responsabilidade objetiva, resulta na observação feita por STOCO, agora em sua obra, já clássica, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, de que *segundo a doutrina de Celso Antonio e Yussef Cahali o dano injusto, ainda que decorrente da atividade regular da Administração, legitima a ação de ressarcimento contra o Estado*[3].

Houve atribuição de responsabilidade por falta de serviço (**faute du service**) e seja ela buscada por situação subjetiva, que, no caso concreto, se condicionava a provar a falha e o mau funcionamento do serviço de atendimento médico-hospitalar à vítima, restou provada, como visto, seja sob responsabilidade objetiva, a análise aqui feita, como visto, amolda-se aos quadros fático e probante.

Faço a declaração porque, para se chegar à conclusão sobre haver, ou não, o direito reclamado pelo autor, era mister fixar como se deram os fatos, ou como eles restaram provados nos autos, pois sem nexo etiológico, e caso não tivesse havido conduta atribuível aos réus para o evento danoso, não haveria de se falar em responsabilidade; sem responsabilidade, não haveria de se falar em indenização.

Na forma aqui analisada e com os elementos aqui considerados, concluo mesmo por nada haver que exclua a responsabilidade dos réus.

Nem é caso de negativa sobre a ocorrência de danos, que dano moral houve, por haver o autor se submetido a intervenção cirúrgica desnecessária e ver postergado o tratamento de sua patologia.

Com efeito, a ninguém poderá soar estranho sobre existir padecer moral em situações como a aqui tratada, pois certo que houve sofrimento e angústia ao ser postergado correto tratamento. Essa dor moral, à evidência, não se apagou quando o autor foi submetido à cirurgia devida, acontecida meses depois.

Calha, agora, discutir os critérios para arbitramento da indenização.

Na expressão de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a matéria ganhou foros de constitucionalidade com a qual "*elimina-se o materialismo exagerado de só se considerar objeto do direito das obrigações o dano patrimonial. Assegura-se uma sanção para melhor tutelar setores importantes do direito privado, onde a natureza patrimonial não se manifesta, como os direitos da personalidade, direitos do autor ... agora as coisas se simplificam, pois a razão da reparação não está no patrimônio, mas na dignidade ofendida, ou na honra afrontada*" (RT 662/08).

Acesso ao Sumário

3 Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 1.994, pág.382.

No entanto, cabe perguntar: afinal, quanto custa a dor moral? É simples a resposta para o leigo: até a Constituição determina indenização por dano moral, mas isso é simples quando a lesão moral tem repercussão patrimonial, que não se dá no caso presente.

O nosso Direito ainda não sistematizou o dano moral a que se refere aquela lesão imaterial. No entanto, vem a jurisprudência mitigando aqueles entendimentos, malgrado a enorme angústia que assoma no espírito do julgador ao pretender fixar em pecúnia a dor alheia.

Como mensurar em pecúnia tão insólito acontecido?

Há mesmo dano moral, ainda que não se o mensure em moeda, mesmo porque o autor indicou dever essa indenização chegar à soma de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), valor que, no entanto, não tem previsão legal, nem é tarifada, nem regrada pela jurisprudência e, dessarte, fica a critério do julgador.

Então, para o dano moral ao autor, que contava com sete anos à época dos fatos, fixo a indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor a ser pago com correção monetária pela tabela prática elaborada de acordo com a jurisprudência dominante do E. Tribunal de Justiça a partir deste julgamento (Súmula 362-STJ) pela tabela prática elaborada de acordo com a jurisprudência dominante do E. Tribunal de Justiça, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do Código Civil), desde a data do evento danoso (Súmula 54-STJ).

Não é caso de se dar vigência à Lei Federal nº 11.960, de 29 de junho de 2009, porque declarada inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal, por decisão de 14 de março p.p., ainda que por arrasto, a resultar no descabimento de sua aplicação e, via de consequência, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Nesses termos, repetida a observação sobre devida e cabível vênia, a r. sentença é reformada para se julgar procedente o pedido, condenados o Hospital e a Municipalidade, de forma solidária, ao pagamento de indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), e a pagar honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor corrigido da condenação (Súmula 326 do E. Superior Tribunal de Justiça), bem como as custas e despesas de que não gozem isenção.

Afirmada a conduta culposa do litisdenunciado, julgo procedente a denunciação da lide para condená-lo a ressarcir a denunciante da quantia que vier a desembolsar para pagamento da indenização fixada, nos moldes do art. 76 do Código de Processo Civil, condenado, por outra, em honorários advocatícios postos em 10% desse valor.

Dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003249-25.2001.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CONCESSIONARIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S A (NOVA DUTRA).

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 24.323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PEDÁGIO - Pedido de isenção de pagamento para moradores de bairros que teriam sido isolados da região central da cidade - Legalidade da instalação da praça de pedágio - Cobrança amparada no artigo 150, inciso V, da Constituição Federal - Existência de via alternativa que afasta a alegada violação à liberdade de locomoção - Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

VOTO

O Ministério Público do Estado de São Paulo, inconformado com a r. sentença que julgou improcedente a ação (fls. 925/931), apresentou recurso de apelação.

Alega que, no local em que estão instaladas as cabines, há cobrança apenas dos moradores dos bairros prejudicados, e não de motoristas que pretendem se esquivar de pagar. Cita julgado. Salienta que o pedido se restringe a isentar os moradores que necessitem transitar pelo trecho em questão para acessar o centro da cidade. Diz que foi inobservada diretriz de política urbana, pois o pedágio tem prejudicado o desenvolvimento da região. Invoca o artigo 2º, inciso VI, *f*, da Lei nº 10.257/01. Daí pretender a reforma da r. sentença (fls. 557/579).

Com as contrarrazões (fls. 957/970), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 974/977).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a ação civil pública de autos nº 2375/01 em face de Nova Dutra - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A - com a finalidade de obter a condenação da ré "a conceder ilimitadamente na ida e na volta isenção de tarifa no pedágio da primeira entrada de Jacareí na Rodovia Presidente Dutra (sentido SP-RJ) a todos os que apresentarem comprovante de residência nos bairros Veraneio Irajá, Veraneio Ijal, Chácaras Reunidas Igarapés, Bela Vista, Jardim Alvorada, Conjunto 1º de Maio e Conjunto 22 de Abril" (fls. 9).

O Partido Trabalhista Brasileiro - PTB -, por sua vez, ajuizou a ação civil pública de autos nº 1.604/04 por meio da qual pretendia a condenação da demandada a "(i) permitir que todos os veículos que possuam placas licenciadas na cidade e comarca de Jacareí-SP possam trafegar livremente pelas cabines de bloqueio (anti-fuga) construídas ilegalmente nas alças do viaduto de entrada e saída da cidade, sem o pagamento da tarifa de pedágio, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), enquanto perdurar o descumprimento da ordem", sob pena de multa diária de R$ 500.000,00; e (ii) desobstruir os acessos fechados pela ré no trecho compreendido entre o pedágio do Parateí (Guararema) e o de Jacareí, dotando-se de segurança para que os veículos possam trafegar com livre acesso à Rodovia Presidente Dutra no sentido Jacareí e São Paulo" (fls. 926, verso).

Finalmente, o Ministério Público ajuizou uma segunda ação civil pública, a de autos n. 734/10, pleiteando a condenação da ré à obrigação de não fazer, consistente em deixar de cobrar pedágio de condutores de veículos de Jacareí, nas cabines avançadas postadas nos acessos da cidade (Km 165).

Desponta dos autos que a demandada, concessionária responsável pela ampliação e manutenção da Rodovia Presidente Dutra, instalou uma praça de pedágio no km 165 da aludida rodovia, localizado entre a primeira e a segunda entrada da cidade de Jacareí, no sentido São Paulo-Rio de Janeiro.

Para evitar que motoristas em trânsito pela rodovia se esquivassem do pagamento do pedágio, ingressando na cidade de Jacareí e retornando à estrada logo após a praça de cobrança, a ré instalou cabines avançadas, conhecidas como "anti-fuga", na primeira via de acesso à cidade de Jacareí.

Alegam os autores que referidas cabines teriam criado uma separação entre os bairros centrais, localizados em uma das margens da rodovia, e alguns bairros existentes na outra margem, quais sejam Veraneio Irajá, Veraneio Ijal, Chácaras Reunidas Igarapés, Bela Vista, Jardim Alvorada, Conjunto 1º de Maio e Conjunto 22 de Abril. Os moradores desses últimos estariam obrigados a, passando pela primeira via de acesso à cidade, pagar o preço público, o que lhes ofenderia a liberdade de locomoção.

Acesso ao Sumário

Contudo, foi realizado laudo pericial pelo qual restou comprovado que existe caminho alternativo para que os moradores dos bairros elencados acessem o centro da cidade (fls. 561).

Ainda que as condições das rotas alternativas não sejam adequadas no que tange aos melhoramentos públicos, é certo que afastam a alegada restrição à liberdade de locomoção. Como bem salientou a MMª. Juíza da causa, "pode-se até questionar a qualidade destas vias alternativas, as quais, pelo que consta, não possuem pavimento asfáltico, elementos de drenagem e iluminação pública, o que dificultaria a sua utilização pelos usuários. Contudo, tais melhorias devem ser exigidas da empresa concessionária, ou mesmo, do Poder Público Municipal, em ação própria e não nos presentes autos, os quais possuem pedido diverso deste ora citado." (fls. 930, verso).

Assim, não se verifica ilegalidade na instalação das aludidas cabines de cobrança de pedágio.

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, analisando caso análogo:

"Agravo de instrumento - Ação civil pública - Instalação de praça de pedágio em rodovia - Liminar deferida para isentar moradores de bairro especificado Inadmissibilidade - Circunstâncias que tornam descabida a liminar - Moradores que contam com acesso alternativo ao centro da cidade e não dependem, exclusivamente, da via pedagiada - Agravo de instrumento provido para revogar a medida liminar concedida.

"[...]

"É que, pelo que consta dos autos, em que pese a necessidade de evitar a rodovia para não se sujeitar à cobrança, os moradores dos bairros ditos "segregados" dispõem, sim, de ao menos uma outra via que permite contornar a cobrança visando ao acesso cotidiano ao centro da cidade.

"É certo que, apesar da existência dessa alternativa, a rodovia objeto da presente discussão oferecia acesso mais fácil a outros pontos do mesmo município, mas a cobrança de pedágio consiste na única forma de custear a manutenção e bom funcionamento da rodovia. E quem pretende usufruir da rodovia em boas condições deve, em contrapartida, arcar com a tarifa de pedágio que é o que viabiliza sua manutenção.

"E não se pode ignorar, por outro lado, que a rodovia estadual não se presta, em princípio, a promover o deslocamento de moradores dentro de um mesmo município. Trata-se de um benefício com que contavam os moradores locais e a que, naturalmente, devem ter se acostumado, mas isso não quer dizer que esse uso e costume tenha se constituído em direito adquirido ao uso gratuito da via.

"Não se desconsidera, portanto, que os moradores do bairro em questão

Acesso ao Sumário

serão afetados pela instalação da praça de pedágio, mas daí não decorre, ainda nessa hipótese, a ilegalidade do impacto por eles suportado, a justificar intervenção judicial.

"E cabe ressaltar que a situação presente não guarda correlação com precedentes mencionados pela agravante. É que, ao contrário do que sustenta, a população das áreas atingidas pelo pedágio não ficam, em absoluto, sem alternativa de acesso ao centro da cidade, não dependem exclusivamente da via pedagiada. Aliás, a própria agravada aponta uma alternativa, que, ainda que ela não considere suficiente, não deixa de ser uma alternativa, de forma que não há falar aqui em segregação ou encravamento da área." (Agravo de Instrumento nº 0241651-19.2009.8.26.0000 - Rel. Des. Ferreira Rodrigues - j. em 21.5.12 - v.u).

Destarte, era mesmo o caso de se julgarem improcedentes as ações civis públicas.

Saliente-se, por fim, que não se vislumbra ofensa ao artigo 2º, inciso VI, *f*, da Lei nº 10.257/01.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007146-16.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante VITOR LUIZ FALCAO AZEVEDO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação interposto pela parte autora e deram provimento parcial ao recurso de apelação da parte ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9861)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER E LEONEL COSTA.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IPVA - DÉBITO

Acesso ao Sumário

TEMPESTIVAMENTE QUITADO PELO ANTERIOR PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO - AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DO ATUAL PROPRIETÁRIO, COM A ANOTAÇÃO DE SEUS DADOS PERANTE O CADIN - ERRO NO PREENCHIMENTO DA RESPECTIVA GUIA, O QUE NÃO IMPEDIA O REGISTRO DO RECOLHIMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA - RESTITUIÇÃO DO VALOR EQUIVALENTE AO DEPÓSITO REALIZADO NOS AUTOS DA AÇÃO DE COBRANÇA PARA OBSTAR OS EFEITOS DA MORA - PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO VALOR, E NÃO, APENAS, O EQUIVALENTE AO IMPOSTO LANÇADO EM DUPLICIDADE - POSSIBILIDADE. 1. A exigência de recolhimento de IPVA era injustificável, tendo em vista que o tributo foi quitado pelo sujeito passivo da obrigação tributária no exercício respectivo ao lançamento. 2. O equívoco no preenchimento da guia de recolhimento do IPVA não impedia a identificação do veículo e o reconhecimento da quitação. 3. Numerário que, efetivamente, ingressou aos cofres públicos. 4. Indevido ajuizamento de execução fiscal, com o depósito do montante integral do débito relativo ao imposto e consectários legais. 5. Valor que deve ser restituído, tendo em vista que não foi o autor do equívoco e não era o responsável tributário da exigência fiscal, tendo comprovado o recolhimento. 6. Condenação que deve ser acrescida de juros e correção monetária, com amparo na Lei Federal 11.960/09. 7. Juros de mora que devem incidir após o trânsito em julgado, em observância à Súmula nº 188, do E. STJ. 8. Ação julgada parcialmente procedente. 9. Sentença reformada em parte, julgando a ação inteiramente procedente. 10. Recuso de apelação interposto pela parte autora provido. Recurso de apelação da parte ré, provido parcialmente.

VOTO

Trata-se de ação de procedimento ordinário, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 60/63, de relatório adotado, condenando a

parte ré à restituição do valor de R$ 3.335,08, mais juros de mora, a partir da citação e correção monetária, com base na Tabela Prática deste E. TJSP. Custas na forma da lei, compensando- se os honorários advocatícios.

Ambas as partes litigantes apelaram

A parte ré, em razões recursais, sustentou, em síntese, o seguinte: a) a repetição do indébito tributário está prevista no CTN; b) o autor não demonstrou que o recolhimento referia-se ao veículo tributado; c) a cobrança do IPVA e o ajuizamento de execução fiscal tiveram lastro na culpa do contribuinte, que preencheu, com erro, a guia de recolhimento do respectivo tributo; d) os juros de mora, se devidos, têm incidência, apenas, a partir do trânsito em julgado. Por fim, postulou a improcedência da ação.

A parte autora, por sua vez, deduziu, em resumo, os seguintes argumentos: a) não era a responsável tributária pelo exercício do lançamento do IPVA; b) em razão da propositura de execução fiscal, realizou o recolhimento integral do débito e consectários; c) posteriormente, comprovou, por meio de documentos, que o IPVA do exercício exigido encontrava-se quitado; d) por isso, o débito passível de repetição é o montante integral, e não só o valor singelo do tributo; e) não agiu com culpa, uma vez que o preenchimento equivocado da GARE foi realizado pelo proprietário anterior do veículo.

Recursos de Apelação tempestivos, recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, isento de preparo o da ré, preparado o do autor, ambos, com resposta.

É o relatório.

Pondere-se, de início, que não há reexame necessário, a teor do disposto nos incisos I e § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

O recurso de apelação da parte autora comporta provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo D. Juízo de primeiro grau. Outrossim, o inconformismo apresentado pela parte ré merece parcial acolhimento, apenas com relação ao termo de fluência dos juros moratórios.

Trata-se de ação de repetição de indébito de IPVA. A parte autora alegou que foi proprietária do veículo tributado no período compreendido entre 25.09.2002 e 8.02.2003. Em dezembro de 2002, foi notificada a respeito da instauração do AIIM nº 8101963, relativo ao IPVA do exercício de 1997 e realizou o respectivo recolhimento, tendo em vista a propositura de execução fiscal, com a anotação de seus dados perante o CADIN. Após contato com o responsável tributário, antigo proprietário do bem, obteve a guia de recolhimento do referido tributo, que havia sido tempestivamente quitado, sendo, portanto, indevida a exigência fiscal em momento posterior.

A parte autora pleiteou, em essência, a repetição de indébito de imposto já quitado, e não, simplesmente, a restituição do valor equivalente à bitributação.

Acesso ao Sumário

Portanto, a causa de pedir consiste no indevido depósito realizado nos autos da referida ação de cobrança e a quitação do tributo. É o que se depreende do pedido deduzido na petição inicial, elaborado nos seguintes termos:

"10. Pelo exposto, requer se digne V. Exa. Determinar a citação da Ré para que, querendo, conteste a presente demanda, que deverá ser julgada totalmente procedente para o fim de ***declarar quitado o IPVA do referido veículo pelo pagamento feito em 1997 por meio da guia de recolhimento própria****, bem como,* ***declarar indevido o pagamento feito pelo Autor à Fazenda Pública, no valor de R$ 15.579,98, determinando que o órgão público restitua tais valores ao autor****, corrigidos da data do desembolso e acrescidos de juros a partir da citação.*" (cf. fls. 04)

De outra parte, a r. sentença julgou parcialmente procedente a ação, apenas para determinar a restituição ao autor do valor singelo do tributo exigido, o que não pode subsistir. Isto porque, os elementos de convicção produzidos nos autos, especialmente o documento de fls. 14, indicam que, efetivamente, o IPVA relativo ao exercício de 1997 foi recolhido tempestivamente.

É certo que a quitação do tributo não foi consumada, em razão de equívoco no preenchimento da respectiva guia, o que, em tese, teria impedido o registro do recolhimento realizado pelo anterior proprietário do veículo.

Pois bem. Analisando o mencionado documento (fls. 24), depreende-se que a Fazenda Pública foi negligente na análise da guia de recolhimento do imposto, na medida em que todos os campos foram preenchidos, com os elementos identificadores do veículo tributado e o respectivo valor. Assim, a quitação poderia, de fato, ter sido reconhecida.

Neste aspecto, subsiste o argumento contido na a r. sentença, como se vê:

"O confronto dos documentos referentes aos pagamentos comprova que houve duplicidade de satisfação. Ainda que a contestação se esmere em discordar, chassi, modelo, e demais elementos indicativos são suficientes para incutir a certeza. O mais, é erro formal, notadamente sobre o caracter da placa, que não abala o convencimento"

"(...) A Fazenda Estadual detinha ali informações suficientes para contornar o erro de sistema, entretanto, não vislumbro ser de sua inteira responsabilidade." (cf. fls. 61/62).

É importante esclarecer, também, que a guia de recolhimento do imposto não foi preenchida pela parte autora, não podendo responder por qualquer equívoco ou erro.

Ao contrário, a Fazenda Pública, mesmo reconhecendo o ingresso do valor do imposto, mas, por divergência na placa do veículo, como sendo, CIN-6336, e não, CIM 6336, não computou o recolhimento e inscreveu o suposto débito na dívida ativa. Em razão disso, ajuizou indevidamente a execução fiscal

Acesso ao Sumário

contra o atual proprietário, que não era o sujeito passivo da obrigação tributária.

Além disto, a parte autora foi diligente na tentativa de localização do anterior proprietário do veículo e, mesmo que despojada da posse da guia de recolhimento do imposto, realizou, nos autos da execução fiscal, o pagamento integral do débito, acrescido dos consectários legais, no intuito de evitar as consequências da mora. E somente com a comprovação do recolhimento, pleiteou a restituição do valor, efetivamente exigido em duplicidade.

Nestas circunstâncias, a repetição do indébito não se limita ao valor do imposto recolhido, mas, efetivamente, à quantia depositada pela parte autora nos autos da execução fiscal indevidamente ajuizada, no importe de R$ 15.579,98.

E a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, em hipóteses semelhantes, é no mesmo sentido. Confira-se:

Apelação nº 0000137-94.2009.8.26.0477

Relator Des. Rezende Silveira

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 23/05/2013

"REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Pagamento em duplicidade - Efetuado o pagamento, ainda que de forma espontânea, por quem fora erroneamente imputado como devedor pela autoridade administrativa (art. 162, §4º, do CTN), a manutenção da procedência do pedido de repetição é medida que se impõe e se justifica para evitar o enriquecimento sem causa da Fazenda Pública - Juros de mora devidos não a partir da citação, mas da data do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188 do STJ) - Recurso provido em parte, apenas para modificar o termo inicial dos juros de mora."

Apelação nº 0015074-10.2007.8.26.0565

Relator Des. Ricardo Anafe Comarca:

São Caetano do Sul

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 29/06/2011

"Apelação Cível. Embargos à Execução Fiscal. IPVA. Recolhimento do tributo efetuado com o RENAVAN errado. Reconhecimento da ocorrência do adimplemento, ainda que equivocadamente. Procedência dos embargos. Sentença mantida. Nega- se provimento ao recurso interposto."

Apelação nº 0003252-57.2011.8.26.0444

Relator Des. Rubens Rihl

Comarca: Pilar do Sul

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 12/06/2013

"APELAÇÃO. Débitos de IPVA dos exercícios 2001, 2002 e 2003. Autora que não era proprietária do veículo na época do lançamento dos impostos, sendo obrigada a quitar a dívida para conseguir alienar o veículo - Repetição de indébito necessário - Sentença ratificada nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Justiça - Negado provimento ao recurso."

Apelação nº 9084173-38.1999.8.26.0000

Relator Des. Enrique Ricardo Lewandowski

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público

Data de registro: 10/05/2000

"LICENCIAMENTO DE VEÍCULO. Pagamento de IPVA, Preenchimento incorreto do código de município. Licenciamento condicionado à imediata retificação. Inadmissibilidade. Comprovada ausência de culpa da contribuinte - Recursos não providos."

Outrossim, para a atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora sobre o valor total da condenação, apurado na fase de execução aplicar-se-á o disposto no artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/09, tendo em vista que a ação foi proposta já na sua vigência. Registre-se que os juros de mora são devidos a partir do trânsito em julgado, nos termos da Súmula nº 188 do E. STJ.

Finalmente, em razão da sucumbência, a parte ré, vencida substancialmente na demanda, arcará com o pagamento integral das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados nesta oportunidade em 15% sobre o valor total da condenação, devidamente atualizada, com amparo no artigo 20, § 4º, do CPC.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação apresentado pela parte autora. Outrossim, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao inconformismo oferecido pela parte ré, para os fins acima especificados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026027-41.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUZINEIDE CLARA DA SILVA, é apelado COORDENADORA DE GESTAO DE PESSOAS DA SECRETARIA DO MUNICIPIO DE SAO PALO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a prescrição. Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida. v.u.", de conformidade com o voto

do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.512)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) E REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EFEITOS DO APELO. Superada a questão dos efeitos da apelação em anterior incidente. Descabido reexame da matéria. Não conheço dessa parte do recurso.

PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Não há evidências de que o Município tinha ciência da acumulação dos cargos, máxime quando posterior o segundo vínculo com o Estado. Arguição afastada.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS. Auxiliar de Serviços de Saúde. Laboratório junto ao Município de São Paulo e Técnico em Laboratório junto ao Estado de São Paulo. Inadmissibilidade. Falta de regulamentação do cargo de Auxiliar de Serviços de Saúde. Laboratório, inviabiliza a acumulação pretendida. Art. 37, XVI, 'c' da CF. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 233/235) denegando **segurança** (fls. 02/18) a servidora municipal pretendendo ver anulado o ato que considerou ilegal a acumulação do cargo municipal de Auxiliar de Serviços de Saúde - Laboratório com o de Técnico em Laboratório ocupado junto ao Estado de São Paulo. Acolhidos (fls. 247), embargos declaratórios (fls. 240/241).

Requereu inicialmente, a concessão de efeito suspensivo ao apelo. No mérito, sustentou a legalidade da acumulação dos cargos nos termos da exceção contida no art. 37, XVI, 'c' da CF. Mencionou jurisprudência. Há compatibilidade de horários. Ambos os cargos possuem regulamentação específica. Situação perdura há mais de 11 anos. Consumada a prescrição para revisão do ato administrativo. Daí a reforma (fls. 299/317).

Respondeu-se (fls. 349/355).

É o relatório.

2. a) Quanto ao efeito da apelação.

Preclusão inviabiliza reexame da matéria. Superada a questão no julgamento do AI nº 0.109.640-84.2013.8.26.0000 - v.u. j. de 12.08.13 - de que

Acesso ao Sumário

fui Relator.

Não conheço dessa parte do recurso.

b) Quanto à prescrição.

Impetrante sustenta que a "*... anulação do ato administrativo de ofício pela Administração está condicionada a alguns requisitos dentre os quais, se destaca o prazo para que o ato ilegal seja tornado nulo...*" (fls. 314), e que "*... no momento em que foi instaurado o processo administrativo, a apelante ocupava os dois cargos há mais de 10 anos ininterruptos*" (fls. 315) quando mais de cinco anos já haviam se passado.

Ainda que se entenda ser de cinco anos o prazo prescricional para Administração rever seus atos ["*entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em **cinco anos**, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80), e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174).*" (grifei - **HELY LOPES MEIRELLES** - "Direito Administrativo Brasileiro" Ed. Malheiros 2002 - p. 650)], não há como, à luz dos elementos existentes nos autos, ver como consumada a prescrição.

Declaração de acumulação de cargos feita ao Município de São Paulo, firmado pela impetrante, data de 16.05.12 (fls. 98 e 100). Em 21.05.12 considerou-se ilícita a acumulação (fls. 107), publicada a decisão no Diário Oficial do Município em 23.05.12 (fls. 109). Em 28.05.12 cientificou-se a impetrante para regularizar sua situação (fls. 108).

Não consta tivesse o Município ciência dessa acumulação quando **anterior** o vínculo da servidora com a edilidade. Publicações, no Diário Oficial do Estado, de sua transferência de unidade (fls. 166/167), a tanto não se presta.

Irrelevante a prestação de serviços no mesmo Laboratório. Cabia a impetrante informar o Município sua posterior nomeação junto ao Estado.

Afasto a arguição.

c) Infundada a pretensão recursal.

Trata-se de **segurança** de servidora municipal para ver regularidade em acumulação dos cargos, sendo um de **Auxiliar de Serviços de Saúde - Laboratório** perante o **Município de São Paulo** e outro de **Técnico de Laboratório** no **Estado de São Paulo**.

Denegada a ordem, apelou. Sem razão, contudo.

A impetrante ingressou no Quadro da Secretaria Municipal de Saúde do **Município** de São Paulo em **02.09.90** no cargo de **Auxiliar de Serviços de Saúde - Laboratório**, cumprindo a jornada de 30 horas semanais das 7h às 13h, junto ao Laboratório de São Miguel (fls. 93). Em **21.12.01** iniciou junto ao **Estado** de São Paulo, as funções de **Técnico de Laboratório**, das 15h às 19h,

no Laboratório II de São Miguel Paulista (fls. 93 e 95).

Município de São Paulo em **21.05.12**, considerando **ilícito** o acúmulo dos cargos ocupados, por não se enquadrar nas exceções previstas do art. 37, XVI da CF (fls. 107), determinou à impetrante a regularização de sua situação funcional no prazo de oito dias (fls. 108).

A regra constitucional, quanto à acumulação de cargos, é a **vedação** (**ALEXANDRE DE MORAES** - "Constituição do Brasil Interpretada" - Atlas - 2006 - inc. XVI do art. 37 - p. 910).

Todavia, havendo **compatibilidade de horários**, permite a Carta Magna (art. 37, XVI) a acumulação remunerada nos seguintes casos:

"*a) a de dois cargos de professor;*

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) ***a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas***."(grifei).

Possível, portanto, a acumulação remunerada de cargos, privativos na área da saúde com **profissões regulamentadas**, segundo ensina **AZOR LOPES DA SILVA JUNIOR**, pelos **respectivos conselhos** ("Constituição Federal Interpretada" - Ed. Manole - 3ª ed. - 2012 - p. 267), quando compatíveis as jornadas de trabalho.

Impetrante acumula os cargos de **Auxiliar de Serviços da Saúde - Laboratório e de Técnico em Laboratório**.

Quanto ao cargo de **Técnico em Laboratório**, a **Lei Federal nº 3.820**, de 11.11.60, ao criar o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia dispôs:

"Art. 14 - Em cada Conselho Regional serão inscritos os profissionais de Farmácia que tenham exercício em seus territórios e que constituirão seu quadro de farmacêuticos."

"Parágrafo único - Serão inscritos, em quadros distintos, podendo representar-se nas discussões, em assuntos concernentes às suas próprias categorias;"

"a) os profissionais que, embora não farmacêuticos, exerçam sua atividade (quando a lei autorize) como responsáveis ou auxiliares técnicos de laboratórios industriais farmacêuticos, laboratórios de análises clínicas e laboratórios de controle e pesquisas relativas à alimentos, drogas, tóxicos e medicamentos;" (fls. 112/113).

A **Resolução nº 464** de 23.07.07 do **Conselho Federal de Farmácia**, por seu turno, consolidou as normas de inscrição dos profissionais farmacêuticos, dos práticos e oficiais de farmácia licenciados e provisionados e dos auxiliares-técnicos em laboratórios, de registro de pessoas jurídicas, que exercem atividades

Acesso ao Sumário

farmacêuticas ou cuja atividade básica necessita de profissionais farmacêuticos.

O **Técnico em Laboratório** enquadra-se na categoria de não-farmacêutico, nos termos definidos pelo Conselho Federal de Farmácia estando sujeito a inscrição junto ao respectivo Conselho Regional de Farmácia (art. 2º, § 2º da Resolução nº 464/07 - fls. 125) necessitando para tanto, de diploma, certificado, atestado ou documento comprobatório da atividade profissional (art. 16 da Lei nº 3.820/60 - fls. 113).

Trata-se, portanto, de profissão devidamente regulamentada.

Situação **diversa**, no entanto, a do cargo de **Auxiliar de Serviços de Saúde - Laboratório**.

Integrante da estrutura funcional da Secretaria Municipal de Saúde tem, como exigência para seu provimento, segundo informa o Município, a "*... formação escolar equivalente à 4ª série do 1º grau, suplementada por conhecimentos e habilidades especiais adquiridas mediante cursos ou treinamento em serviço*" (fls. 214).

Não há qualquer exigência de **formação técnica** para o exercício do cargo. Segundo consta, as atividades desenvolvidas por eles, de **caráter auxiliar**, estão sob a orientação de um Técnico de Laboratório.

O **auxiliar de serviços de saúde - laboratório** não se confunde com o **auxiliar técnico de laboratório** previsto na Lei nº 3.820/60 e Resolução nº 464/07. Por sua própria natureza - 'auxiliar de serviços' -, **não** possui a **regulamentação** exigida pelo art. 37, XVI, 'c', da CF.

Nem se argumente com as Leis Municipais nº 10.430, de 29.02.88 e 11.410, de 13.09.93 que dispõem sobre a organização do Quadro dos Profissionais da Saúde da Prefeitura. Nada há quanto a regulamentação específica do cargo de Auxiliar de Serviços de Saúde - Laboratório. Ele não está subordinado a qualquer conselho de classe.

Ainda que compatíveis os horários, a falta de regulamentação, exigência constitucional, **inviabiliza** o acolhimento da pretensão.

Assim aqui já se decidiu:

"MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - PROFISSIONAIS DA SAÚDE – PROFISSÕES NÃO REGULAMENTADAS - INADMISSIBILIDADE - A regra estabelecida pelo artigo 37, XVI da Constituição Federal é da proibição da acumulação remunerada de cargos públicos. As exceções são aquelas previstas nas três alíneas do dispositivo, devendo o jurisconsulto, bem assim o administrador público, interpretar sempre restritivamente, observando todas as condições fixadas pelo legislador, sem ignorar qualquer delas. Direito líquido e certo, ademais, que não restou demonstrado pelos impetrantes, tampouco a ilegalidade do ato ou

qualquer outra mácula.

RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, REJEITADAS AS PRELIMINARES DE MÉRITO. DECISÃO MANTIDA." (AC nº 990.10.276195-9 - v.u. j. de 28.09.10 - Rel. Des. **REGINA CAPISTRANO**).

R. decisão analisou a questão nos termos do pedido, e é **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252** do **Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal.**

3. Afasto a prescrição. Nego provimento ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001006-97.2007.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante BEATRIZ VIEIRA ZABEU (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDENCIA S/A.

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 29.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: PREVIDÊNCIA PRIVADA

Planos de pecúlio - seguro de vida. Falecimento do segurado em razão de suicídio. Indenização securitária devida. Irrelevante a ocorrência do óbito durante o período de carência previsto no art. 798 do CC. Necessária comprovação pela seguradora da premeditação do suicídio. Inocorrência. Súmulas 105 do STF e 61 do STJ. Precedentes.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 201/203) julgando improcedente

ação (fls. 02/08) de beneficiária de segurado falecido pretendendo o recebimento de seguro de vida.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a decisão. Não comprovada a premeditação do suicídio. Súmulas 105 do STF e 61 do STJ amparam a pretensão. Mencionou jurisprudência. Daí a reforma (fls. 210/214).

Respondeu-se (fls. 259/265).

Redistribuiu-se (fls. 273/278).

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

Segundo consta, a autora teve negado o pagamento de seguro de vida do qual é beneficiária, decorrente do óbito de seu marido Rubens Zabeu Filho, uma vez que o "*óbito se deu em virtude de suicídio, dentro do período de carência entabulado pelo Código Civil Vigente...*" (fls. 155). Daí a presente ação.

Desacolhida a pretensão, recorreu.

Com razão.

O marido da autora Rubens Zabeu Filho, no momento de seu falecimento por suicídio (fls. 11) possuía ativos os seguintes planos de pecúlio - seguro de vida:

- Produto Multiplano Geração 2, proposta 32-1865471, matrícula 1177284/0, vigente desde **12.05.04** (fls. 128);

- Produto Multiplano Geração 2, proposta 32-2617836, matrícula 1177284/0, vigente desde **05.08.05** (fls. 129);

- Produto Supervida Premiável, proposta 0135606912, apólice 0318227, vigente desde **13.05.04** (fls. 130);

- Produto Supervida Premiável, proposta 0141431160, apólice 0325613, vigente desde **06.08.05** (fls. 131).

Negou-se administrativamente o pagamento dos benefícios uma vez que o óbito do segurado ocorrido em **24.10.05** (fls. 11) se deu por meio de suicídio dentro do prazo de carência previsto no Código Civil, que assim prevê:

> *"Art. 798 - O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente."*

Subsiste, no entanto, orientação adrede sumulada pelos **Tribunais Superiores (Súmula nº 105 do STF** - *"Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro"* e **Súmula nº 61 do STJ** - *"O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado."*). **Não** deixa dúvidas quanto à possibilidade de recebimento da indenização securitária pelo beneficiário quando **não** comprovada

Acesso ao Sumário

a **premeditação do suicídio**, e subsiste ao prazo de carência imposto. Esse o atual entendimento do **Colendo Superior Tribunal de Justiça**:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. COMPROVAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. SEGURO DE VIDA. ART. 798 DO CC/2002. SUICÍDIO. PREMEDITAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. Tempestividade do agravo em recurso especial comprovada.

3. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada o recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

4. O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de 2 (dois) anos de vigência do contrato de seguro de vida não exime, por si só, a seguradora do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação da premeditação do segurado, ônus que cabe à seguradora.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (EDcl no AREsp 225671/RS - j. de 06.06.13 - Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**).

"DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/2002. PREMEDITAÇÃO. COMPROVAÇÃO PELA SEGURADORA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO SEGURADO. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

*1. A ocorrência do suicídio antes do prazo bienal previsto no art. 798, caput, do CC/2002 **não** exime, por si só, a seguradora, do dever de indenizar. Referido dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que norteiam o novo Código Civil (arts. 113 e 422 do CC/2002).*

2. A obrigação da seguradora de pagar a indenização securitária somente pode ser afastada se ela comprovar a ocorrência de má-fé ou premeditação do segurado, a teor das Súmulas n. 105/STF e 61/STJ.

*3. Alterar a conclusão do Tribunal de origem, que com base nos elementos de prova dos autos, entendeu pela **não premeditação** do suicídio, **é inviável** na via especial, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.*

Acesso ao Sumário

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifei - AgRg no Ag 1166827/RS - j. de 06.11.12 - Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO NO PRAZO DE DOIS ANOS DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA APÓLICE. NEGATIVA DE PAGAMENTO. ART. 798 DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. BOA-FÉ. PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO. PRECEDENTE. AFASTADA A PREMEDITAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A interpretação do art. 798, do Código Civil de 2002, deve realizar-se de modo a compatibilizar o seu ditame ao disposto nos arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, que evidenciam a boa-fé como um dos princípios norteadores da nova codificação civil.

2. Nessa linha, o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência.

*3. 'O artigo 798 do Código Civil de 2002, **não** alterou o entendimento de que a **prova da premeditação do suicídio** é necessária para afastar o direito à indenização securitária.' (AgRg no Ag 1.244.022/RS, de minha relatoria, julgamento realizado em 13.4.2011 e REsp 1077342/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 03/09/2010).*

4. No caso, o Tribunal de origem expressamente consignou que os elementos de convicção dos autos evidenciam que o suicídio não foi premeditado. Entender-se de forma diversa demandaria necessária incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, com o consequente reexame de provas, conduta vedada em sede de recurso especial, ante o óbice previsto na Súmula 7/STJ, consoante afirmado na decisão ora agravada.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifei AgRg no AREsp 42273/RS - j. de 18.10.11 - Rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**).

Seguido por esta **Eg. Corte:**

"Seguro de vida e acidentes pessoais - Cobrança - Pretensão deduzida por beneficiários - Suicídio do segurado ocorrido menos de dois anos após a contratação - Premeditação não comprovada - Prevalência

Acesso ao Sumário

da boa-fé contratual - Indenização devida.

Se o suicídio ocorrer menos de dois anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Essa prova da premeditação ***é imprescindível****, sob pena de o segurador obter enriquecimento sem causa, diante das pesquisas da ciência no campo da medicina envolvendo a patologia da depressão.*

Recurso provido." (grifei - AC nº 0.010.194-39.2012.8.26.0196 - v.u. j. de 12.12.13 Rel. Des. **ORLANDO PISTORESI**).

"SEGURO DE VIDA - COBRANÇA - Suicídio - ***Ausência de prova da premeditação*** *- Negativa da seguradora que tomou por fundamento o fato de que o falecimento ocorreu no prazo de carência de 2 anos, na forma do art. 798 do Código Civil - Afastamento - Procedência mantida - Recurso da seguradora desprovido."* (grifei - AC nº 0.179.853-2011.8.26.0000 - v.u. j. de 11.11.13 Rel. Des. **CLAUDIO HAMILTON**).

Não comprovou a seguradora como lhe competia (art. 333, II do CPC), a **premeditação do suicídio**. Aliás, nada há nesse sentido.

Assim, devido à beneficiária do segurado falecido o benefício decorrente dos planos celebrados (fls. 128/130) vigentes à época do falecimento do segurado.

Quanto ao produto Supervida Premiável, proposta 035606912, apólice 0318277 (fls. 130), sustenta a ré o seu cancelamento em 12.09.05 a pedido do próprio segurado (fls. 155). Todavia, **nada** quanto ao ponto se comprovou oportunamente. Competia à ré evidenciar ter o segurado efetivamente requerido o alegado cancelamento. Matéria controvertida na medida em que ao se manifestar sobre a contestação (fls. 185/191) e em razões de apelo (fls. 210/214) reitera-se o acolhimento da ação "... conforme o pedido inicial.". Não basta para superar esse impasse mera alegação desprovida de comprovação. Operou-se a **preclusão** a inviabilizar qualquer redução ao pleito inicial.

Assim, também quanto a esse plano de pecúlio é devido o benefício.

Procede integralmente a ação. Responde a ré pelo pagamento, nos termos da inicial, e encargos da sucumbência, fixados os honorários em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação (art. 20, § 3º e 4º do CPC).

3. Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010181-

Acesso ao Sumário

48.2008.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SAO PAULO S A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVI.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente a Dra. Camila Rozzo Maruyama, representando a apelante Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A e o Dr. Raphael de Almeira Trípodi, representando a Prefeitura Municipal de Itapevi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.774)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), PIRES DE ARAÚJO E LUIS GANZERLA.

São Paulo, 22 de outubro de 2013

RICARDO DIP, Relator

Ementa: POSTES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INSTALAÇÃO EM LEITO CARROÇÁVEL DE VIAS PÚBLICAS. TRANSFERÊNCIA PARA CALÇADAS. CUSTEIO DOS SERVIÇOS PELA CONCESSIONÁRIA. POSSIBILIDADE. PERTINÊNCIA CASUAL.

- Utilizando-se a concessionária prestadora de serviços de fornecimento de energia elétrica de espaço público para a prestação, imprescindível é que, a tanto, esteja expressamente autorizada à posse específica da área objeto, autorização de que não se imuniza com a só indiscutível essencialidade do serviço prestado.

- Para a espécie, falta nos autos prova de autorizações do Município de Itapevi. Ao revés, não há sequer alegação sobre eventual pedido para o escopo de empossamento, afirmando a Concessionária ter instalado os postes objeto em atenção a solicitações dos moradores e observando suposta situação então coeva das vias públicas.

Não provimento da apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. O Município de Itapevi propôs ação contra Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A, com o fim de obrigar a suplicada a retirar postes instalados em leito carroçável de vias públicas e recolocá-los nas calçadas vizinhas, arcando a requerida com as despesas correspondentes.

2. A r. sentença de origem julgou o feito procedente (fls.473-8), e, do decidido, apelou a requerida, arguindo a nulidade do *decisum* por cerceamento de defesa e, quanto ao mérito, alegando, em suma, ter a Administração itapeviense procedido à mudança do traçado das vias públicas em tela a pós a instalação dos postes -entre 1977 e 1999-, sem adequar a rede elétrica ao projeto de urbanização, de forma que os serviços objeto do vertente feito, de alteração do local dos postes, devem ser custeados pela Municipalidade. A firma, ainda, que em alguns dos locais indicados não existem condições para a remoção dos postes, tendo em vista a falta de calçadas. Por fim, aponta óbice prescricional, pois transcorrido longo período entre a colocação dos postes e o ajuizamento da presente demanda, bem como prejuízo aos consumidores pelo aumento das tarifas em face dos gastos relativos aos serviço sem pauta (fls. 473-8).

Respondeu-se ao recurso (fls. 553-67).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 24 de julho de 2013 (fl. 570).

VOTO:

3. A agitada nulidade da sentença por cerceio de defesa a meu ver não merece acolhida.

Com efeito, se suficientes para o convencimento do Juízo (e desta Corte) os elementos apontados na documentação exibida, não se avista motivo para maior dilação instrutória: calha que é incontroversa a ubiquação atual dos postes no leito carroçável, imprescindível a retirada desses postes e sua nova aposição mediante serviços pela demandada, cingindo-se, pois, para decisão saber quem deve arcar com as despesas correspondentes.

Assim, o julgamento antecipado da lide -tal emergiu na espécie- é de todo admissível, sem sacrifício do direito de ampla defesa, "se os aspectos decisivos da causa se mostram suficientes para embasar o convencimento do magistrado" (RE 96.725 - STF -Min. RAFAEL MAYER; cf. também RE 101.171 - STF -Min. FRANCISCO REZEK), certo que, em linha de princípio, "o Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento" (AgR no REsp 809.788 -STJ -Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS). No mesmo sentido:

> "Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (AgR no Ag 111.249 -STJ -Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

Acesso ao Sumário

De resto, presentes nos autos os supostos autorizadores do antecipado julgamento da lide, ao juiz cabe eleger a prolação de sentença, para satisfazer o interesse da economia processual, não se avistando, na espécie, necessidade dos postulados **depoimento pessoal** do representante da autora ou **provas testemunhais** para o deslinde do feito:

> "Preenchidos os requisitos para o julgamento antecipado da lide, o magistrado tem o poder-dever de conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, em atenção aos princípios da celeridade e instrumentalidade do processo" (AgR no Ag 848.292 -STJ -Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).

4. Afasta-se a suscitação de óbice prescritivo, uma vez que a pretensão para o custeio dos serviços objeto do feito surgiu apenas com a negativa da demandada em remover e instalar os postes nos locais tidos por adequados, fato que se deu em 2008, anotando-se inexistir nos autos notícia de pedidos anteriores.

Falha eventual da Municipalidade em seu dever de fiscalização das vias públicas não a torna responsável pelo pagamento de valores relativos a serviços que somente se tornaram indispensáveis em virtude de causa anterior, qual a da discutida inadequada atuação da concessionária de energia elétrica.

5. A suplicada, ora apelante, afirma que os postes objeto foram instala dos entre 1977 e 1999, atendendo a pedidos dos moradores locais, de forma que se efetuou o serviço nos domínios geográficos correspondentes, levando-se em "consideração as condições físicas apresentadas à época nos arredores das residências dos então novos clientes", ressaltando ser "locais ermos, sem a menor infra-estrutura, em pontos de difícil acesso, carentes de pavimentação ou planejamento urbano" (fl. 277).

Por sua vez, o Município demandante confirmou a realização de obras de urbanização posteriores aos serviços efetuados pela requerida, asseverando tratar-se de obras de saneamento básico e pavimentação que observam o loteamento original do lugar, "registrado" em 1975 na Emplasa -Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S /A, órgão vinculado à Secretaria Estadual de Desenvolvimento Metropolitano.

6. A recorrente utiliza-se do espaço público para a prestação de seus serviços de fornecimento de energia elétrica, sendo imprescindível que, para tanto, esteja expressamente autorizada a esse apossamento privado de área pública, autorização que não se supera com a só indiscutível essencialidade do serviço prestado.

Para a espécie, falta nos autos prova dessas autorizações do Município de Itapevi. Ao contrário, não há se quer alegação sobre eventual pedido para esse fim de empossamento, afirmando a demandada, como já ficou dito, a instalação

dos postes conforme solicitações dos moradores e situação das vias na época, admitindo ainda que não de modo expresso não ter diligencia do para obter as pertinentes autorizações.

Em que pese a não ter a Municipalidade itapeviense trazido aos autos documentação relativa ao citado loteamento, ausente também aprova da mantença do projeto primitivo aludido, favorece-lhe a presunção de veracidade e legalidade, de sorte que cabia à requerida comprovar eventual modificação arbitrária do traçado das vias públicas, isso para não dizer que, antes mesmo, era de exigir-lhe a apresentação das autorizações do Município para a instalação dos postes.

7. Sendo certo que o contrato de concessão para distribuir a energia elétrica em Itapevi não foi celebrado com a Municipalidade local, e que tampouco é esta a consumidora do produto singularmente considera do no caso *sub examine*, resume-se a discutida relação entre as partes apenas ao **uso de espaço público**, de forma que as normativas invocadas pela recorrente com o escopo de atribuir à suplicante as despesas com os serviços de remoção e reinstalação dos postes não se mostram aplicáveis à espécie, por versarem relações de consumo e de concessão do fornecimento de contratada energia elétrica -Leis federais nºs 8.987/1995 (de 13-2) e 9.427/19 96 (de 26-12), Decretos federais nºs 84.398/1980 (de 16-1) e 98.355/1989 (de 26-10), e Resolução nº 456/2000 (de 29/11), expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica -Aneel.

Apesar, portanto, de disposições no sentido de responsabilizar o consumidor e o poder concedente pelos custos dos serviços de relocação de postes e as normas, que, como visto, não se ajustam à espécie, é ainda de ressaltar que essas normas não afastam a exigência de autorização da pessoa jurídica competente para o uso de áreas públicas necessárias à adequada prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

8. Tampouco prospera a tese de prejuízo aos consumidores pelo repasse nas tarifas de energia elétrica dos valores atinentes aos serviços *sub examine*.

O custeio da remoção e nova instalação dos postes pela demandada melhor atende ao interesse público, superando eventuais perdas que particulares possam sofrer com as despesas oriundas dos serviços, que se mostram necessários tão-somente em razão da falta de diligência da requerida em obter as prévias autorizações para utilizar o espaço público.

Decota-se de acórdão de relatoria do eminente Desembargador AROLDO VIOTTI:

> "Essencial a considerar, na verdade, é o interesse maior que permeia o tema, e que sobreleva o interesse particular de ambas as partes. Se, a bem do interesse público, não vem a jurisprudência admitindo a cobrança de tarifa ou outro valor qualquer das concessionárias de energia elétrica

Acesso ao Sumário

pelo uso do solo urbano, curial que ao mesmo interesse público consulta que a concessionária não seja admitida a cobrar do ente municipal (ou de quem execute serviço por ele delegado) o custo da adaptação da rede às novas obras e melhoramentos urbanos. A esse respeito, precedente da lavra do Des. CAMARGO PEREIRA: *"Como bem observa do pela d. magistrada sentenciante, a concessionária presta serviço de produção e de distribuição de energia elétrica. Para viabilizar e cumprir eficazmente a referida obrigação, ela se utiliza das vias e logradouros de domínio municipal para a implantação, a instalação e passagem de equipamentos, tais como postes e cabeamentos aéreos. Sendo assim, até como forma de contraprestação por fazer uso de espaço público para a consecução de suas atividades, a apelante tem a obrigação de remanejar os referidos equipamentos quando há interesse público justificador de tal medida, sem qualquer ônus para a coletividade. Isso se dá porque, por ser concessionária de serviço público, encontra-se submetida à sujeição típica do regime jurídico de direito público, qual seja, o atendimento do interesse público"* (3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0000779-6.2008.8.26.0579, J. 10.05.2011, Rel. o Des. CAMARGO PEREIRA)." (AC 0132833-12.2005) (o destaque é do original)

9. A prova dos autos confirma a alegação da demandada no tocante com os postes localizados nas Ruas Umbus, Helena A. da Silva, nº 124, e Sabiá (fls. 32, 44, 345, 350 e 355).

Nesses lugares, conforme se observa nas fotografias juntadas aos autos por ambas as partes, não há calçadas construídas ou estão ocupadas elas por edificações -que se supõem irregulares-, mostrando-se necessário que o Município regularize os passeios públicos para possibilitar a execução dos serviços nesses locais.

Quanto aos postes retratados nas fotografias referentes às Estradas dos Pinheiros e do Lago a (fls. 49-52 e 360-1), verifica-se que, apesar de as vias não serem pavimentadas, estão localizados no centro do leito carroçável. Essa característica aponta para a **urgência** na remoção dos postes, não sendo razoável aguardar o processo de pavimentação das vias pelo Município, tendo em vista o manifesto perigo de acidentes locais.

Acesso ao Sumário

Assim, esses postes devem ser retirados e instalados nas extremidades laterais das pistas, solução emergencial que se mostra possível, uma vez que das fotografias se afere a existência de outros postes colocados em bordas das estradas.

Essas circunstâncias, entretanto, não interferem na questão do custeio dos serviços, que deve ser suportado pela ora apelante.

10. Ressalta-se, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso

especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas, invocando-se aqui o critério que se solidou no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

POSTO ISSO, pelo meu voto, nego provimento à apelação de Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A, mantida a r. sentença prolatada nos autos nº 0010181-48.2088, da 2ª Vara Cível da Comarca de Itapevi.

É como voto.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0006827-82.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AFANASIO JAZADJI e JUIZO EX OFFICIO, são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, S A CENTRAL DE IMOVEIS E CONSTRUÇOES, ANTONIO JOAO ABDALLA FILHO, EID GEBARA, ROBERTO ELIAS CURY/ADVOCACIA e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Luiz Nogueira e Romualdo Baptista.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.696)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) E VENICIO SALLES.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - Pagamento de precatório alcançado pela moratória constitucional do artigo 78 do ADCT com juros de mora - Pretensão à invalidação dos atos e recomposição do patrimônio público - Atuação supletiva do autor que alcançou a sua finalidade: obrigar a Administração a agir, diante da omissão supostamente lesiva - Com base na decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 590.751/SP, a qual estabeleceu que o artigo 78 do

Acesso ao Sumário

ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, possuía a mesma "mens legis" do artigo 33 deste Ato, a FESP apontou incorreção nos pagamentos efetuados em favor do Município de São Paulo e da S/A Central de Imóveis nos autos da desapropriação, ensejando regular apuração no juízo da execução - Atuação do cidadão que, por isso, se tornou desnecessária - Repercussão nas condições da ação popular, notadamente no interesse processual - Carência da ação mantida, por outro fundamento - Litigância de má-fé afastada - Atuação dolosa ou culposa, causadora de dano processual à parte contrária, não verificada - Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta contra a r. sentença de fls. 1302/1322, cujo relatório se adota, que acolheu a preliminar de falta de interesse de agir e julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Custas "ex lege". Por fim, determinou a remessa dos autos para reexame necessário.

Elival da Silva Ramos e Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo opuseram embargos de declaração (fls. 1327/1330), os quais foram acolhidos, para constar a extinção do feito, em relação a eles, por ilegitimidade passiva "ad causam", nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, bem como por falta de interesse de agir (fls. 1331).

O autor popular também opôs embargos de declaração (fls. 1333/1345), os quais foram rejeitados (fls. 1377).

Lucia Abdalla Abdalla e Assad Abdalla Neto também opuseram embargos de declaração (fls. 1380/1383), os quais foram acolhidos, para constar a extinção do feito, relativamente a eles, por ilegitimidade de parte, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

O autor popular apelou (fls. 1387/1412), alegando que propôs a presente ação, visando à recomposição do patrimônio público lesado pelo pagamento de juros moratórios indevidos de seis por cento ao ano sobre as parcelas da indenização devida pela desapropriação da área em que hoje está instalado o Parque Villa Lobos, atingidas pela Emenda Constitucional nº 30/2000. Aduz que o Governador Geraldo Alckmin, autor do Decreto nº 46.030, de 22 de agosto de 2001, que propiciou o pagamento de juros moratórios indevidos, lesando a Fazenda em cerca de trezentos milhões, nem sequer chegou a integrar o polo

passivo da presente demanda. Também não foi cumprida a cota do representante do Ministério Público que pugnava por nova vista dos autos depois de realizados os cálculos dos juros moratórios pagos pela FESP. Não é caso de se extinguir o processo, com fulcro na falta de interesse de agir, por ausência de ilegalidade e abusividade. Nos termos da Emenda Constitucional nº 30/2000, os juros legais somente seriam devidos para as parcelas inadimplidas, ou seja, pagas depois do seu vencimento, ou seja, a "mens legis" do artigo 78 do ADCT é a mesma do seu artigo 33 (moratória anterior). Assim, os pagamentos dos juros efetuados, fundados no Decreto nº 46.030/01, são irregulares. O julgamento proferido no RE 590.751-SP nem sequer foi mencionado pelo juízo de piso. Existem várias decisões dos tribunais superiores afastando a incidência dos juros nas parcelas da moratória pagas dentro do prazo de vencimento.

O recurso foi regularmente recebido (fls. 1575) e respondido pela FESP, que insistiu na tese de carência da ação, por falta de interesse de agir, já que o manejo da presente ação popular visa à defesa dos credores de precatórios de natureza alimentar que teriam preferência absoluta no pagamento dos precatórios, bem assim aduziu a impossibilidade da insurgência em face da lei em tese e a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 21 da Lei nº 4.717/65 (fls. 1581/1628). Também foi ofertada contrarrazões pelos réus S/A Central de Imóveis e Construções, Antonio João Abdalla Filho, Eid Gebara e Roberto Elias Cury, que aduziram a ocorrência da prescrição, porque o Decreto nº 43.030 foi publicado em 22 de agosto de 2001, fluindo a partir daí o prazo previsto na Lei nº 4.717/65, e a prática de litigância de má-fé, pois o autor alterou a verdade dos fatos (fls. 1636/1673); pelo Município de São Paulo, que asseverou preliminarmente a inadequação da via processual eleita, a inépcia do aditamento promovido, já que não houve dedução de pedido em face de si e a ocorrência de prescrição (fls. 1691/1727).

O autor popular formulou pedido de retratação (fls. 1898/1903), o qual foi rejeitado pela magistrada "a quo" (fls. 1937/1938), em decorrência de fato que sustenta ser novo: a FESP deduziu no juízo da execução da ação expropriatória o recálculo dos valores pagos a título de justa indenização.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento dos recursos, haja vista a superveniência de fato novo (fls. 1926/1935).

A Douta Procuradoria de Justiça também pugnou pelo desprovimento dos recursos, ante o fato novo apresentado pelo autor (fls. 2123/2128).

É o relatório.

Trata-se de ação popular em que o autor alega vício no pagamento do precatório expedido contra a Fazenda Pública Estadual, alcançado pela moratória do artigo 78 do ADCT, na medida em que houve a inclusão indevida de juros de mora na quarta, quinta, sexta, sétima, oitava e nona parcelas da indenização,

Acesso ao Sumário

o que totalizou um prejuízo aos cofres públicos estaduais de R$228.718.299,45 (duzentos e vinte e oito milhões, setecentos e dezoito mil, duzentos e noventa e nove reais e quarenta e cinco centavos). Pede, assim, a invalidação dos pagamentos e a reposição da quantia ao erário.

O processo foi extinto, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que, ausente a ilegalidade e a lesividade, não estava presente o interesse de agir.

Posteriormente, o autor veiculou petição, informando que a FESP, nos autos da execução da desapropriação, passou a defender os interesses que se pretendia tutelar nesta sede, vale dizer, travou discussão sobre o pagamento indevido de juros durante o período de vigência da moratória constitucional instituída pela Emenda Constitucional nº 30/2000 (fls. 1904/1910), para sustentar a presença das condições da ação e permitir o julgamento de mérito da presente demanda.

Tal fato, no entanto, leva à conclusão diversa daquela sustentada pelo recorrente.

Com efeito, até o surgimento da presente controvérsia, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo nunca questionou os juros que integraram os pagamentos efetuados aos expropriados que titularizavam a área em que hoje está instalado o Parque Villa Lobos.

Tal ensejou a atuação do autor, por intermédio da ação popular ora em análise, com vistas a suprir a inatividade do Poder Público face à lesão que acreditara ter experimentado o patrimônio público estadual.

Contudo, essa atuação é supletiva e visa obrigar a Administração a agir, quando a omissão redunde lesão, de modo que alcançada essa finalidade, aquela se torna desnecessária.

Sobre esse caráter da ação popular, confiram-se as palavras de Hely Lopes Meirelles:

> "Outro aspecto que merece ser assinalado é que a ação popular pode ter finalidade *corretiva da atividade* administrativa ou *supletiva da inatividade* do Poder Público nos casos em que devia agir por expressa imposição legal. Arma-se, assim, o cidadão para corrigir a atividade *comissiva* da Administração como para *obrigá-la a atuar*, quanto sua omissão também redunde em lesão ao patrimônio público."[1]

E a desnecessidade da atuação do autor repercute nas condições da ação popular, notadamente no interesse processual revelado, como se sabe, pelo binômio necessidade-adequação.

À vista disso, tendo a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em fevereiro de 2012, apontado incorreção nos pagamentos efetuados em favor do Município de São Paulo e da S/A Central de Imóveis, bem como esclarecido ser

Acesso ao Sumário

1 Mandado de Segurança, 30ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 131.

credora do montante de R$550.621.062,73 (quinhentos e cinquenta milhões, seiscentos e vinte e um mil, sessenta e dois reais e setenta e três centavos), no juízo da execução, com base na decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 590.751/SP[2], *a qual estabeleceu que o artigo 78 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, possuía a mesma "mens legis" do artigo 33 deste Ato, que vedava a incidência juros de mora nas parcelas anuais, iguais e sucessivas, adimplidas a tempo*, constata-se que a atuação supletiva do autor alcançou sua finalidade: obrigar a Administração a agir, diante da omissão supostamente lesiva, implicando na desnecessidade desta ação popular para perseguir eventual recomposição do patrimônio público, e, via de consequência, a falta de interesse processual.

Assim, seguindo a tese defendida pelo Ministério Público, no primeiro e no segundo grau de jurisdição, entende-se que o decreto de carência da ação deve ser mantido, porém, por outro fundamento.

A propósito, confira-se o parecer do ilustre Promotor de Justiça Marcelo Duarte Daneluzzi (fls. 1933/1935):

> "Todavia, há fato superveniente que deve ser tomado em conta (artigo 462 do CPC).
>
> Com efeito, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pela Procuradoria Geral do Estado, arremeteu pretensão de ressarcimento por conta dos pagamentos extrapolados em tela no próprio juízo da execução (fls. 1904/1909).
>
> O juízo da execução já determinou o cálculo do DEPRE para verificação dos valores extrapolados (fls. 1916).
>
> Logo, o próprio legitimado ordinário Fazenda Pública do Estado de São Paulo passou a tutelar os interesses colocados sob a sua guarda.
>
> De outra parte, parece muito mais conveniente e seguro - forrando-se aos riscos de eventual alegação de vício processual - que o acertamento de irregularidades no regime de execução do precatório seja feito no leito próprio do juízo da execução, prescindindo-se da chamada prejudicialidade externa (presente ação popular).
>
> Por essa razão, opino pela manutenção da sentença que decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito, por ausência de interesse de agir, porém calcado na superveniente desnecessidade da presente ação popular, visto que a pretensão de recomposição dos danos experimentados com os pagamentos imprecados já é objeto de pleito no juízo próprio da execução dos precatórios, deduzido pela legitimada ordinária."

2 RE 590751, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-063 DIVULG 01-04-2011 PUBLIC 04-04-2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00153.

Acesso ao Sumário

Por conta desse desfecho, as matérias deduzidas preliminarmente nas contrarrazões recursais ficam prejudicadas, exceto aquela relativa à litigância de má-fé, que merece ser apreciada e rechaçada neste segundo grau de jurisdição, pois não constatada atuação dolosa ou culposa, causadora de dano processual à parte contrária, descrita no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, mantém-se, por outro fundamento, a r. sentença atacada.

À vista do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0013350-64.2008.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES e JUIZO EX-OFFICIO, é apelado FEBRABAN - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE E MOACIR PERES.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível - Mandado de Segurança com Pedido Liminar - Pedido de concessão de alvarás coletivos às instituições bancárias do Município, uma vez que estão sendo multadas, em virtude da Lei Municipal nº 6.107/2008, que cuida da instalação de terminais eletrônicos para portadores de necessidades especiais nas agências bancárias - Deficientes visuais - Sentença que concedeu a ordem justamente por vislumbrar a inconstitucionalidade da lei - Arguição de inconstitucionalidade desta lei levantada pela 18ª Câmara de Direito Público do TJSP - Incidente de Inconstitucionalidade julgado pelo C. Órgão

Especial - Arguição acolhida por maioria de votos para declarar a inconstitucionalidade integral da Lei Municipal nº 6.107/2008 em incidente de nº 0204469-91.2012.8.26.0000 - Matéria afeita à competência da União para legislar - Ausência de lei em tese - Via adequada por tratar-se de lei com efeito concreto - Manutenção da decisão, nos termos do artigo 252 do RITJ - Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Municipalidade de Mogi das Cruzes (fls.506/509), a par de reexame necessário, contra r. sentença (fls.475/478) que, em autos de ação mandamental ajuizada pela Febraban - Federação Brasileira de Bancos, concedeu a ordem para declarar a nulidade dos autos de infração lavrados com base na Lei Municipal nº 6.107/2008, bom como para determinar que as autoridades impetradas se abstenham de fiscalizar ou lavrar quaisquer autos de infração com base no referido dispositivo legal.

Alega a recorrente, em apertada síntese, entre outras, a legalidade da lei em questão, bem como ser competente o Município para a apreciação da matéria.

Contrarrazões às fls.514/531.

Parecer da D. Procuradoria às fls.541/547.

Cópias da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0204469-91.2012.8.26.0000 às fls.562/566-567/571, em que o C. Órgão Especial acolheu, por maioria de votos, o incidente para declarar a inconstitucionalidade da lei em debate, após provocação pela 18ª Câmara de Direito Público do TJSP.

É o breve relatório.

Tenho que a sentença deve ser mantida, nos termos do artigo 252 do RITJ: *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, insculpido 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,**

Acesso ao Sumário

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).

Cuida-se, em suma, de processo no qual a Febraban questiona a constitucionalidade da lei municipal que obriga as agências bancárias a instituir dispositivo em seus equipamentos para que os deficientes visuais possam fazer uso dos mesmos. Autuou o Município várias agências através de AIIM, nos casos de descumprimento da mencionada lei. Alega a Febraban que a competência para legislar sobre tal assunto é da União, conforme a Constituição Federal pátria (arts. 24, XIV e 30, I e II).

Primeiramente, afasto a alegação de que o presente *mandamus* ataca lei em tese, pois o dispositivo legal em análise é lei em concreto, uma vez que prevê a situação a ser almejada e dispõe sobre as penalidades. Assim, bem explicitado na sentença combatida: "*...Como reiteradamente decidido pelos tribunais pátrios, não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Aliás, trata-se de matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, in casu, a Lei Municipal está apta a produzir efeitos concretos, qual seja, a autuação e imposição de sanções aos descumpridores das obrigações previstas no aludido diploma legislativo. Gerando a referida lei situação específica à instituição financeira impetrante, com probabilidade de ofensa a direito líquido e certo desta, tem-se plenamente admissível mandado de segurança...*"

Nesse sentido: (Mandado de Segurança - Comentários à lei 12.016/2009, de Bruno Garcia Redondo; Guilherme Peres de Oliveira e Ronaldo Cramer - Editora Método - pág.79), em comentário de Cássio Scarpinella Bueno: *'Toda e qualquer restrição ao mandado de segurança ou à sua eficácia não pode ser prestigiada pelo intérprete e pelo aplicador do direito. É flagrante a inconstitucionalidade de qualquer norma que procure, valendo-se de qualquer pretexto, minimizar, obstaculizar ou dificultar o acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Mormente quando a hipótese é de mandado de segurança, direito e garantia fundamental expressamente previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988' (Mandado de Segurança, 5º ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 63)*.

Por fim, "*A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direitoindividual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração (...) Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde a sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos*

seus resultados imediatos" (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, 24ª edição atualizada, Malheiros, 2002, p.38).

Ainda, em continuidade, tem-se que a r. sentença foi corroborada pelo julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada que se verá logo adiante. Prossegue a Magistrada: "*...Contudo, obstáculo algum há à arguição incidenter tantum da inconstitucionalidade da citada lei municipal com vistas a afastar a incidência das obrigações que prevê...Mesmo assim, a impetração prospera em razão da incompetência do Município para legislar sobre o tema. Com efeito, prevê a Carta Magna a competência concorrente para legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência apenas à União e aos Estados e Distrito Federal (art. 24, inc. XIV, da Constituição Federal)...Tampouco existe interesse meramente local que permita legislar sobre o tema, pois a questão tem interesse nacional, pois transborda os limites territoriais de Mogi das Cruzes. De fato, interessa a todos os portadores de deficiência visual o comando normativo em questão. A questão muito extravasa a competência suplementar do Município (art.30, inc. II, da Constituição Federal), pois conflita com a legislação bancária que já disciplina a respeito da integração ao deficiente (Resolução BACEN nº 2.878/01)...*"

Assim, após a decisão do **Órgão Especial**, pouco há que se falar a respeito da solução da lide.

A seguir, arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 18ª Câmara de Direito Público do TJSP, em ação da mesma Comarca, em que se manifestou a Corte:

"Por maioria de votos, acolheram a arguição..."

"Deficiência Visual - Incidente de Inconstitucionalidade - Lei nº 6.107/08, do Município de Mogi das Cruzes, que cria a obrigatoriedade de introdução, em agências bancárias, de terminal eletrônico para deficientes visuais - Inconstitucionalidade - Violação dos arts. 48, XIII e 24, XIV, da Constituição Federal - Acolhimento do incidente e pronunciamento, em controle difuso, da inconstitucionalidade da Lei mencionada." "Pelo exposto, em foro de controle difuso de constitucionalidade, é acolhido o incidente para declarar a inconstitucionalidade integral da Lei nº 6.107/08, do Município de Mogi das Cruzes." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0204469-91.2012.8.26.0000 - Mogi das Cruzes, em que é suscitante a 18ª Câmara de Direito Público do TJSP - Rel. Des. Silveira Paulilo - 27/03/2013. (grifo nosso).

Ademais, julgado em Apelação Cível de nº 0027772-10.2009.8.26.0361, da 18ª Câmara de Direito Público do TJSP, de relatoria do Des. Carlos Giarusso Santos, de 25/07/2013: *"Embargos à Execução Fiscal - Mogi das Cruzes - Multa Administrativa - Lei Municipal que exige das instituições financeiras a instalação de caixa eletrônico com sistema braile para deficientes visuais -*

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial - Impossibilidade da Cobrança - Conforme entendimento do C. Órgão Especial deste Tribunal, a Lei nº 6.107/08 do Município de Mogi das Cruzes, que dispõe sobre a instalação obrigatória de caixa eletrônico com sistema braile para deficientes visuais nas agências bancárias é inconstitucional, por invadir a competência legislativa privativa da União ao interferir em questões relativas ao funcionamento das instituições financeiras, o que implica na inexigibilidade das multas administrativas lavradas com fundamento no referido diploma legal. Recurso Provido."

Ante todo o exposto, **nego provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0002519-02.2012.8.26.0430, da Comarca de Paulo de Faria, em que são apelantes PRESIDENTE DA COMISSÃO PROCESSANTE e CÂMARA MUNICIPAL DE PAULO FARIA, é apelado HERLEY TORRES ROSSI.

ACORDAM, em 7ª 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. Gina Copola.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.860)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente), EDUARDO GOUVÊA E GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO - Pedido de nulidade de audiência realizada no âmbito de Comissão Processante da Câmara Municipal - Não demonstrado o cerceamento de defesa ou irregularidades aptas a nulificar o procedimento - Observância do devido processo legal - Reforma da sentença que havia concedido parcialmente a ordem - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Herley Torres Rossi contra ato do Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal de Paulo de Faria. Sustenta, em síntese, que fora realizada uma audiência de maneira irregular, às portas fechadas, em violação ao princípio da publicidade, com a participação de vereadores, em afronta ao princípio da imparcialidade; e, ainda, sem a produção de provas requerida pelo autor testemunhal e pericial ensejando o cerceamento de sua defesa. Pleiteou, assim, a suspensão da reunião da Comissão Processante e, posteriormente, a concessão da ordem para reconhecer o seu direito à produção de provas, anulando-se a audiência realizada no dia 20 de julho, com a realização de nova audiência de instrução.

II. Sobreveio sentença concedendo parcialmente a ordem para determinar a realização de nova audiência de instrução. Por fim, determinou a remessa oficial dos autos para fins de reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

III. A autoridade interpôs recurso de apelação.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

V. O Ministério Público do Estado de São Paulo ofertou parecer, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação interposto pela Presidente da Comissão Processante, almejando a reforma da sentença de parcial procedência, sob o fundamento de que a audiência foi realizada em conformidade com o regimento interno e que as provas somente foram indeferidas em razão de sua desnecessidade e impertinência, já que a decisão está consubstanciada em prova documental.

O recurso merece provimento.

Com efeito, o exercício de função pública requer - como exigência do princípio republicano - inúmeros mecanismos de fiscalização.

Constatada eventual irregularidade no gasto de dinheiro público, que supostamente teria sido empregado para finalidades particulares, a Câmara Municipal instaurou procedimento de apuração em que - diversamente do que sustenta o impetrante - foi garantido o contraditório e a ampla defesa.

Embora o impetrante tenha alegado inobservância de princípios constitucionais, não comprovou a prática de qualquer ato ilegal por parte da Câmara, seja abusivo ou viciado, o que era seu ônus processual.

O mero indeferimento da produção de provas não revela, por si só, uma ilegalidade, já que é perfeitamente possível afastar as provas impertinentes ou de cunho protelatório. Do mesmo modo, o não comparecimento do apelado à audiência por problemas de saúde que teve na noite anterior não tem o condão

Acesso ao Sumário

de nulificar o procedimento, até porque o seu advogado acompanhou a instrução (fls. 40/64) e não se opôs à realização da audiência sem a presença do ora apelado.

Da mesma forma, a suposta realização da audiência de portas fechadas não implica, necessariamente, em violação ao princípio da publicidade. Tal medida pode ter sido adotada, inclusive, para impedir tumulto, o que não significa que as pessoas tenham sido impedidas de ingressar no plenário e assistir a audiência.

Por isso, sem qualquer juízo sobre a imputação feita ao Sr. Prefeito Municipal de Paulo de Faria e às provas reunidas no curso da instrução processual - que não são objeto da presente ação, em que apenas discute a forma do processo administrativo - não se verifica qualquer vulneração ao devido processo legal.

Por outro lado, conquanto não possa caber dúvida quanto à possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos em geral e, em particular, daqueles nominados *interna corporis*, não só pelo prisma da legalidade extrínseca, como ainda, sob o influxo da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, não se verifica, na hipótese, qualquer ato praticado pelos parlamentares que pudesse vulnerar direito líquido e certo do impetrante-agravado.

Não é verdade tenha sido a prova produzida no processo administrativo sancionatório sem a presença dos parlamentares.

O que se vê e se lê, ao contrário, é que os parlamentares estavam pessoalmente presentes às audiências, conquanto assessorados, legitimamente, pelo assessor jurídico da edilidade.

Como é elementar, os parlamentares, conquanto representantes do povo, não possuem, nem precisam possuir, conhecimentos técnicos-jurídicos para o bom desempenho do mandato popular.

Bem por isso, podem, legitimamente, valer-se de assessoria jurídica na elaboração de projetos de lei, na instituição das comissões processantes e outras atividades parlamentares que exigem algum grau de conhecimento técnico.

O conjunto probatório evidencia justamente o trabalho de assessoramento técnico, legítimo, inclusive, quanto à formulação de perguntas às testemunhas no tocante ao objeto do processo administrativo sancionatório.

Acesso ao Sumário

Não poderia olvidar o Juiz Monocrático essas circunstâncias, máxime em se tratando de edilidade de pequeno município do interior paulista, no qual, sem demérito algum para os parlamentares, pode lhes faltar a necessária clareza técnica para a tramitação do processo.

E o mais fundamental e olvidado pela instância de origem: dessa circunstância não resultou nenhum prejuízo efetivo e concreto à defesa e ao contraditório, remanescendo íntegro, portanto, o devido processo legal.

Estando incólume o princípio do devido processo legal, já que devidamente

assegurado o contraditório e a ampla defesa de forma proporcional à natureza do processo, quando do seu trâmite perante a Câmara Municipal; deve ser afastada a alegação de nulidade do processo administrativo.

Daí o porquê, dá-se provimento ao recurso para denegar a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0102216-43.2009.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que são apelantes JUIZO EX OFFICIO e CARLOS CESAR ALMAGRO, são apelados ANTONIO CARLOS CAMPOS ROSSI e PREFEITURA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9568)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), AROLDO VIOTTI E RICARDO DIP.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO POPULAR Demissão de empregados públicos municipais - Direito à estabilidade - Art. 19 do ADCT - Descabimento - Cargos ou funções ocupadas que ficaram vagos quando de suas aposentadorias, somente podendo ser preenchidos por concurso - Inexistência de ilegalidade - Uma vez aposentados, tais servidores passaram à inatividade e não poderiam ser, a partir de então, funcionários estatutários, como alega o autor popular - Princípio da autotutela que justifica a cessação da situação de ilegalidade, com a demissão de empregados já aposentados - Sentença de improcedência confirmada.

Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos.

VOTO

Trata-se de ação popular ajuizada por Aldair Cândido de Souza contra o Município de Pradópolis e Antônio Carlos Campos Rossi, alegando que o

Acesso ao Sumário

segundo réu, no exercício do cargo de prefeito de Pradópolis, nos exercícios de 2005 e 2006, demitiu sumariamente seis empregados públicos municipais, não obstante gozassem de estabilidade adquirida por meio de concurso público e/ou por força do art. 19 do ADCT, sob fundamento de que, por estarem aposentados pelo INSS, tiveram automaticamente extintos os seus contratos de trabalho, e, em razão disso, não poderiam continuar integrando o quadro de servidores do município. Requer, assim, seja declarada a invalidade ou nulidade dos atos administrativos de demissão, bem como a condenação do réu Antônio Carlos à devolução aos cofres municipais da importância despendida pelo município para ressarcir os servidores estáveis por ele demitidos.

A r. sentença de fls. 379/380 julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, I, do CPC. Anotou o reexame necessário.

O autor opôs embargos de declaração a fls. 386/393, os quais foram rejeitados (fls. 395).

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a fls. 398/413, pugnando pela reforma do julgado, visto que a aposentadoria proporcional ou espontânea do trabalhador não constitui motivo para a extinção do contrato de trabalho, quer seja o empregador pessoa jurídica de direito público interno, quer seja empregador pessoa jurídica de direito privado. Não poderia o réu demitir sumariamente os servidores estáveis, vigentes as medidas liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade nºs 1.721-3 e 1.770-4, concedidas nos dias 19/12/1997 e 15/05/1998 - as quais vieram a ser confirmadas em 11/10/2006, declarando a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do art. 453 da CLT.

Contrarrazões a fls. 427/429 e 430/438.

O Ministério Público e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestaram-se a fls. 441/453 e 459/465, opinando pelo desprovimento do recurso.

O autor, considerando que foi eleito para prefeito do município de Pradópolis na legislatura iniciada em 1º de janeiro de 2013, bem como a incompatibilidade existente no art. 28, I, da Lei nº 8.906/94, requereu a desistência da ação popular, nos termos do art. 9º da Lei nº 4.717/65 (fls. 468/470).

A Procuradoria Geral de Justiça informou, a fls. 474, que não possui interesse em assumir o polo ativo da demanda.

Em cumprimento à primeira parte do art. 9º da Lei nº 4.717/65, Carlos César Almagro pleiteou a assunção do polo ativo da demanda (fls. 478/480).

O polo ativo foi retificado, consoante determinação de fls. 486, e os autos vieram à conclusão.

Há reexame necessário.

É o relatório.

O reexame necessário e o recurso voluntário devem ser desprovidos.

O art. 5º, LXXXIII, da Constituição da República, dispõe que a ação popular é instrumento colocado à disposição do cidadão para "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural".

Nessa esfera, destaque-se que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717/65).

Segundo a doutrina do Professor **Hely Lopes Meirelles**, fica claro que a ação popular "é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso da prerrogativa cívica que a Constituição lhe outorga" (Mandado de Segurança e outras ações, 31ª ed., pg. 127 e 135).

Em complemento, leciona **Alexandre de Moraes** acerca dos requisitos para o ajuizamento da ação popular: *"requisito subjetivo: somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão; requisito objetivo: refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser obrigatoriamente lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade (RTJ 96/1.370, 95/1.121; RDA 63/237; 110/260; 112/299)"* ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", 7ª ed., Atlas, 2007, p. 384).

Forçoso concluir, portanto, que a *actio popular* está condicionada à demonstração de ocorrência de **lesão ao patrimônio público** e à **presença de vício que contamine o ato administrativo que lhe deu azo.**

Isso porque, nas palavras de **Hely Lopes Meirelles**, são três os requisitos da ação popular: "sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade - que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular" (Mandado de Segurança e outras ações, 31ª ed., pg. 177).

No caso em apreço, os servidores arrolados na petição inicial ingressaram no serviço público sob o vínculo celetista e pugnaram por suas aposentadorias entre os exercícios de 2005 e 2006. No entanto, permaneceram trabalhando na Administração Pública durante mais alguns meses após suas aposentadorias, até serem demitidos pelo então prefeito municipal, ora réu, Antônio Carlos Campos Rossi.

Constata-se, diante desses fatos, que os atos administrativos impugnados (demissão dos servidores, não obstante suposta estabilidade adquirida por meio de concurso público e/ou por força do art. 19 do ADCT) não foram editados em desconformidade com o ordenamento jurídico (*não houve ilegalidade*).

Acesso ao Sumário

Realmente, o tema ora versado possui duas correntes muito fortes, o que dá margem aos réus para adotarem umas das vertentes, sem, porém, praticar ilegalidade. Nessa seara, comunga-se do brilhante parecer do Ministério Público, uma vez que ***"no próprio corpo da inicial e nos documentos que a instruem é possível se constatar o dissídio, tanto que em alguns casos os empregados demitidos não obtiveram êxito em parte de suas ações trabalhistas, conforme, por exemplo, decisões acostadas às fls. 64/68 e 109/114. Verifica-se, outrossim nos oportunos Acórdãos, que foram juntados coma vestibular, que há absoluta discussão sobre o tema, tanto que em algumas decisões os Magistrados chegam a consignar que mudaram de entendimento. Outros salientam até que se curvaram à novel orientação, porém, pessoalmente, pensam de forma diversa (vide fls. 71). Não se duvida que a questão seja tormentosa e não pacífica. Dessarte, não há como se afirmar a ilegalidade dos atos administrativos e, em especial, que foram editados com má-fé. Sabe-se, ademais, que a ilegalidade deve vir revestida de dolo para configurar o requisito da ação popular. Não se pode, diante da divergência existente, afirmar-se que tenha agido o Alcaide com má- fé"*** (fls. 372/373).

Com efeito, inaplicável a alegação de estabilidade com base no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, visto que os cargos ou as funções que por eles eram ocupadas ficaram vagos quando de suas aposentadorias, somente podendo ser preenchidos por concurso. Consoante fundamentou o juízo *a quo*, "uma vez aposentados, tais servidores passaram à inatividade e não poderiam ser, a partir de então, funcionários estatutários, como alega o autor popular. Importa anotar, ainda, que por inércia da administração pública é que houve a continuidade desses servidores no município de Pradópolis/SP, sendo certo que, quando percebeu a ilegalidade, a administração pública, através do princípio da autotutela, desligou citados servidores de seu quadro de funcionários".

Em suma, a ausência de ilegalidade é clara e, nesse particular, exatamente para evitar inútil repetição da matéria, e, em observância ao princípio constitucional da razoável duração dos processos, a r. sentença bem analisou a questão, conferindo a melhor solução ao caso, devendo, portanto, ser adotada como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim dispõe: *"nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Por fim, consigne-se inexistir ofensa aos dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário, mantida integralmente a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0006362-73.2009.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS e JUIZO EX- OFFICIO, é apelado CLEONICE APARECIDA BARBIERI.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso oficial e à apelação do INSS para anular a r. sentença, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) E JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidentária - Dispensa da prova pericial - Utilização de prova emprestada - Laudo da justiça trabalhista referente a processo no qual a autarquia não foi parte - Cerceamento de defesa da parte ré, a qual pleiteou pela perícia acompanhada de seu assistente técnico - Configuração - Nulidade do julgado.

Dou provimento ao recurso oficial e à apelação do INSS para anular a r. sentença, com observação.

VOTO

RELATÓRIO.

Recurso oficial e apelação do INSS contra r. sentença (fls. 64/69) que julgou procedente pedido de conversão do auxílio-acidente em aposentadoria por invalidez, em razão de sequelas de acidente típico.

A autarquia sustenta a ocorrência do cerceamento de defesa, ante a não realização da prova técnica nos presentes autos, de modo que não lhe foi oportunizado acompanhar a perícia. Segue afirmando que não foi parte da lide trabalhista na qual foi produzido o laudo apreciado, e que seus resultados produzem efeito somente entre as partes. Assim, pugna pela nulidade do julgado (fls. 75/78).

Porte de remessa e retorno recolhido (fl. 79).

Contrarrazões às fls. 81/84.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTO E DECIDO.

Analiso, em conjunto, o recurso oficial e a apelação do INSS, dando-lhes provimento para anular a r. sentença.

Trata-se de ação acidentária, na qual a autora pretende transformar seu auxílio-acidente, administrativamente concedido, em aposentadoria por invalidez, ao argumento de que as sequelas do acidente típico (picada de cobra) acarretaram perda da visão bilateral e, portanto, total déficit laboral.

A segurada trouxe, juntamente com sua inicial, cópia do laudo produzido na justiça do trabalho, em lide com a empregadora, no qual o perito concluiu pela total e permanente incapacidade para o trabalho (fls. 16/22).

Após a contestação, o magistrado de primeiro grau deu-se por satisfeito com o conjunto probatório dos autos, proferindo sentença de procedência do pedido, nos termos da prefacial.

Todavia, conforme argumentado pela autarquia em sua apelação, vislumbra-se a ocorrência do cerceamento de defesa.

Com efeito, a inexistência da perícia nesta lide acidentária inviabilizou a participação do ente público na atividade probatória, tendo tolhido seu direito de defesa.

Frise-se que a prova emprestada da justiça do trabalho não pode substituir a prova específica da ação infortunística, mormente ante o fato de que naquela ação laboral o INSS não é parte e, portanto, não participou do contraditório.

O réu, em sua contestação, pugnou pela produção da prova pericial, inclusive com a participação de seu assistente técnico para acompanhar o exame e ofereceu quesitos (fl. 38), sendo este seu legítimo direito de participar de toda a instrução.

Não se desvaloriza o laudo laboral, mas certo é que a prova emprestada tem a função de complementar o conjunto probatório ou, como no caso, também teve o condão de convencer o magistrado da verossimilhança das alegações, permitindo a concessão da tutela antecipada.

Ademais, a perícia da justiça do trabalho e da lide infortunística possuem objetivos diversos e, portanto, são realizadas de acordo com as peculiaridades de cada caso, razão pela qual, exceto em hipóteses muito excepcionais, não podem se substituídas uma pela outra.

Assim sendo, demonstrado o cerceamento de defesa, entendo que a r. sentença deve ser anulada, de modo que os autos tenham regular processamento, nos ulteriores termos da lei.

Por fim, resta uma observação.

Como já foi dito, diante do laudo trabalhista, o juiz de primeiro grau reconheceu a verossimilhança das alegações, concedendo a tutela antecipada

para imediata implantação da aposentadoria por invalidez (fl. 26) e o fato de se verificar a necessidade de realização de pericial nestes autos, a meu ver, não muda a correta percepção do magistrado *a quo*, no sentido de terem sido preenchidos os requisitos do artigo 273, do CPC.

Deste modo, ainda que anulada a r. sentença, permanecem os efeitos da tutela antecipada, nos termos da decisão de fl. 26.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso oficial e à apelação, para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem, com reabertura da fase probatória, prosseguindo, o feito, nos seus regulares termos, até nova decisão final, com observação.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0003209-77.2011.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é recorrente JUIZO EX OFFICIO, é recorrido ANDREA GANCIAR CAMPANHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14100)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS GARCIA E PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 13 de setembro de 2013.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO - Epilepsia - Doença neurológica degenerativa - *Peptamen em pó*.

1. Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, caput e 196 da Constituição Federal) - Dever de prestar atendimento integral à saúde - Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes não configurada - Mecanismo de garantia do efetivo exercício do direito.

Acesso ao Sumário

2. Custas processuais - Condenação - Inadmissibilidade - Isenção - Inteligência do artigo 6º, da Lei nº 11.608/03. Reexame necessário parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário da respeitável sentença de fls. 61/63, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer movida por ***Andrea Garcia Campanha*** em face da ***Prefeitura Municipal de Araras*** e condenou a ré ao fornecimento semanal de 9 latas do medicamento *Peptamem em pó (lata 430g)* bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa.

É o relatório.

Extrai-se dos autos, que a presente demanda cuida, em sua essência, da tutela do direito à saúde. Correlato a ele está o direito à vida e a dignidade da pessoa.

Como adverte o legislador constituinte "*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*"[1]

Além de se caracterizar como direito fundamental - assegurado a todas as pessoas indistintamente - o direito à saúde está atrelado ao direito à vida, que deve prevalecer sobre qualquer outro.

Já a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, aplica-se ao caso dos autos como pressuposto de que o tratamento seja realizado de forma menos gravosa e com a máxima assistência, a fim de que se alcance maior eficiência nos resultados pretendidos.

Há que se relevar que tais preceitos constitucionais são expressos e independem de regulamentação específica para gerar seus efeitos.

A esse respeito, precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

O direito subjetivo à saúde se traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o

Acesso ao Sumário

1 Artigo 196 da CF.

Poder Público (federal, estadual ou municipal) a quem incumbe formular - e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República."[2]

No caso em comento, a autora é portadora de epilepsia e doença neurológica degenerativa devendo fazer uso do medicamento *Peptamen em pó*, conforme se extrai dos relatórios e receituários médicos de fls. 10/12.

A dispensação ora pretendia se justifica, sobretudo, se considerarmos que assiste ao médico, profissional legal e tecnicamente habilitado, avaliar caso a caso e aferir e prescrever qual o melhor tratamento indicado.

Outrossim, o fato de estarem padronizados tratamentos diversos e supostamente indicados à enfermidade em discussão não pode servir de óbice para a dispensação ora pretendida.

É certo que procedimentos administrativos são necessários a fim de racionalizar a destinação de recursos públicos, todavia se a padronização desatende aos princípios constitucionais do direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana e outros, torna-se odiosa e não pode prevalecer sobre a Constituição Federal.

Como bem assevera o Desembargador Carvalho Viana, na Apelação nº 0002009-52.2010.8.26.0270, *"não deve o médico, ao contrário do alegado pelo apelante, restringir-se à lista de medicamentos padronizados. Deve tratar o seu paciente com o maior zelo possível, conforme determina o Código de Ética de Medicina. Estabelece o art. 2º, que 'o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional'. Para tanto, 'o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente' (art. 5º). Como se vê, é dever do médico atender aos seus pacientes, utilizando-se dos meios mais modernos e adequados, presumindo-se que tal atitude foi considerada pelo médico, ao prescrever o tratamento à impetrante (...)."*[3]

Ressalte-se que não se trata de ignorar o princípio da separação dos poderes (artigo 2º, da Constituição Federal), mas de preservar a vida da recorrida mediante a concessão de medida que tem previsão constitucional.

Oportuno citar a decisão do eminente Ministro Celso de Mello, do Pretório Excelso, proferida na medida liminar intentada pelo Estado de Santa Catarina (petição nº 1.246-1):

"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como

Acesso ao Sumário

2 Ag, no Rec. Ext. 273.824-4, Tel. Ministro Celso de Mello, j. 31.10.2000.

3 TJ/SP, Apel. nº 0002009-52.2010.8.26.0270, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Carvalho Viana, j. 18/05/2011.

direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput'), ou fazer prevalecer, secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível ação: o respeito indeclinável à vida".

Portanto, restam prejudicadas quaisquer alegações no sentido de que a autora busca tratamento particularizado para o mal que o acomete.

E a decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos não significa intromissão na utilização e gestão das verbas públicas, mas tão somente garantia de integral assistência à saúde.

Ressalte-se que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 5º, inciso III, alínea *b*, aponta que o orçamento anual dos entes federativos deverá conter reserva de contingência, cuja forma de utilização do montante, definido com base na receita líquida, será destinada ao atendimento de passivos contingenciais e outros riscos e eventos imprevistos, tais como o fornecimento de medicamentos de alto custo para pessoas carentes, portadoras de graves doenças.

Mas, ainda que não fosse este o caso, a emergência na compra de remédios enquadra-se nas hipóteses de dispensa de licitação de que trata o artigo 24 da Lei nº 8.666/93.[4]

Por fim, o reexame necessário, no entanto, comporta parcial provimento, para afastar a condenação da ré ao pagamento das custas processuais, ante a isenção prevista no artigo 6º, da Lei Estadual nº 11.608/2003.

Ante o exposto, pelo meu voto ***dá-se provimento parcial*** ao reexame necessário apenas para afastar a condenação da ré ao pagamento das custas processuais.

Acesso ao Sumário

4 Artigo 24 da Lei 8.666/93: É dispensável a licitação:

(...) IV nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

SEÇÃO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0074978-94.2013.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante AGNALDO BISPO DE JESUS, é agravado 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: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso para, com fulcro nos artigos 1º, IX, c.c. o art. 8º, § 1º do Decreto 7.648/2011, conceder indulto da pena de multa aplicada no processo nº 2007.61.19.002067-9, da 5ª Vara Federal de Guarulhos, declarando-a extinta, vencido o relator sorteado que negava provimento, nos termos de sua declaração de voto. Acórdão com a 2ª Juíza.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA TEREZA DO AMARAL, vencedor, GUILHERME G. S TRENGER (Presidente), vencido, GUILHERME G. STRENGER (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora Designada

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - INDULTO (DECRETO Nº 7648/11) - APLICAÇÃO À PENA DE MULTA - RÉU CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - HIPÓTESE PREVISTA PELO DECRETO EM QUESTÃO -IMPEDIMENTO ANTE AS NORMAS CONTIDAS NO ART. 5º, INCISO XLIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 2º, DA LEI 8.072/90 - INOCORRÊNCIA.

AGRAVO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por AGNALDO BISPO DE

JESUS, contra a respeitável decisão do Meritíssimo Juiz de Direito em exercício no Juízo da Vara das Execuções Criminais de SÃO JOSÉ DOS CAMPOS que, nos autos da execução penal nº 757.716, indeferiu pedido de indulto da pena de multa, formulado com base no Decreto Presidencial 7.648/2011, imposta em condenação por tráfico de drogas no proc. nº 2007.61.19.002067-9, da 5ª Vara Federal de Guarulhos (fls. 54).

Alega o recorrente não haver que se confundir o conceito de indulto (caráter coletivo) com o de graça (caráter individual), de modo que o § 1º do art. 8º do Decreto não pode ser acoimado de inconstitucional. Sustenta, ainda, que foi considerado traficante eventual, tanto que lhe foi deferido o privilégio, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (fls. 04/08).

Contrariado o recurso (11/12) e mantida a r. decisão (fls. 13), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo (fls. 60/64).

É o relatório.

De início, registre-se que a douta maioria divergiu do eminente Relator sorteado, que negava provimento ao recurso.

Contudo, o recurso comporta provimento.

Isto porque se verifica que o artigo 1º, inciso IX, c.c. o artigo 8º, § 1º do Decreto 7.648/11 previu a possibilidade de concessão de indulto da pena de multa, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25/12/2011, mesmo em se tratando de crime hediondo ou equiparado.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal veda aos praticantes de tráfico ilícito de entorpecentes, como o caso dos autos, somente a concessão de graça e anistia, não mencionando qualquer vedação para a concessão de indulto.

Portanto, conforme já julgado no Agravo em Execução nº 0056542-58.2011.8.26.0000 pelo eminente Desembargador Xavier de Souza, tratando-se de restrição de direitos, não se pode dar interpretação extensiva ao texto legal, conforme o fez a r. decisão agravada, pois, do contrário, estar-se-ia criando restrição não prevista no texto constitucional.

Acesso ao Sumário

De outro lado, uma vez tendo a Constituição Federal, em seu artigo 84, XII, incumbido ao Presidente da República a tarefa de conceder indulto e indultar penas, não há que se cogitar de ilegalidade do Decreto Presidencial frente à proibição legal contida no artigo 2º da Lei 8.072/90.

Destarte, tendo sido extinta a punibilidade do agravado pelo processo em questão em 25/05/2011 (fls. 53), portanto, antes de 25/12/2011 e não tendo praticado falta grave nos últimos doze meses anteriores à publicação do Decreto em questão, conforme se constata da Folha de Antecedentes extraída dos registros internos deste Tribunal, faz jus o sentenciado ao benefício reclamado.

Diante do exposto, por maioria, dá-se provimento ao recurso para, com fulcro nos artigos 1º, IX, c.c. o art. 8º, § 1º do Decreto 7.648/2011, conceder indulto da pena de multa aplicada no processo nº 2007.61.19.002067-9, da 5ª Vara Federal de Guarulhos, declarando-a extinta.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 20541)

VISTOS.

Trata-se de agravo em execução interposto por **AGNALDO BISPO DE JESUS**, contra a r. decisão do MM. Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São José dos Campos, que indeferiu pedido de aplicação de indulto da pena de multa, baseado no Decreto nº 7.648/11, formulado em seu favor.

O agravante alega que cumpriu a pena privativa de liberdade de quatro anos, dez meses e dez dias, por infração ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, contudo não tem condições de recolher a multa em razão de seu estado de insolvência. Assim, entende que faz jus ao benefício do indulto, com fundamento no Decreto acima citado (fls. 02/08).

Contraminutado o recurso (fls. 11/12) e mantida a r. decisão (fls. 13), a douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do agravo (fls. 60/64).

É o relatório.

Improcede o inconformismo do agravante.

Compulsado o referido Decreto Presidencial (nº 7.648/11), constata-se que seu artigo 8º delimita, de forma taxativa, o alcance das benesses ali elencadas, excluindo, expressamente, em seu inciso I, os condenados *"por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de droga, nos termos do 'caput' do artigo 33, § 1º, dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006"*.

Na hipótese vertente, verifica-se que o sentenciado foi condenado pela prática de crime de tráfico de drogas, excluído, de forma expressa, dentre aqueles passíveis de serem beneficiados com a outorga do indulto.

Não obstante tenha preenchido o requisito previsto no artigo 1º, inciso IX, do Decreto nº 7.648/11 (*Art. 1º É concedido indulto às pessoas nacionais e estrangeiras: (...) IX condenadas à pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2011*), uma vez que a pena privativa de liberdade imposta foi julgada extinta em 25 de maio de 2011 (fls. 53), anote-se que, como já afirmado acima, não preenche o requisito do artigo 8º, inciso I.

Acesso ao Sumário

A esta altura, imperioso consignar que, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem*".

Ao debruçar-se sobre o texto do dispositivo constitucional acima transcrito, GUILHERME DE SOUZA NUCCI avalia que, em verdade, "*houve mera falha de redação (...) Onde se lê graça, leia-se indulto, pois ambos significam, na essência, a mesma coisa. Tanto é verdade que o Presidente da República tem competência expressa para conceder apenas indulto (art. 84, XII, CF), olvidando-se a graça. Ora, sempre o chefe do Executivo concedeu graça e não deixou de fazê-lo em face da redação, também lacunosa, do mencionado art. 84, XII*" (*in Código Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 535).

Da mesma forma, o Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 90.364/MG (da Relatoria do e. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), embora não conhecendo do *writ*, reafirmou o entendimento segundo o qual a utilização do vocábulo "graça" na redação do artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna se deu de maneira ampla, espelhando a inequívoca intenção do legislador constitucional de impor vedação material à concessão, aos condenados por crimes hediondos ou assemelhados, não só do perdão individual, mas, também, do indulto coletivo - posto ser este último, tanto quanto aquele primeiro, forma de expressão do poder de clemência soberana do Presidente da República (previsto, de modo genérico e sob a rubrica de indulto, no artigo 84, inciso XII, da Lei Fundamental).

No mesmo sentido: STF - HC nº 86.615/RJ - Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - j. 14.02.2006 - DJ 24.11.2006, pp-00088; STF - HC nº 85.921/RJ - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - j. 29.06.2005 - DJ 19.08.2005 - pp-00047; STF - HC nº 81.566/SC - Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - j. 19.03.2002 - DJ 17.05.2002 - pp-00073; STF - HC nº 81.564/SC - Rel. Min. SYDNEY SANCHES - j. 19.02.2002 – DJ 05.04.2002 - pp-00038; STF - HC nº 81.567/SC - Rel. Min. ILMAR GALVÃO - j. 05.04.2002 - pp-00038 - STF - HC nº 81.565/SC - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - j. 19.02.2002 - DJ 22.03.2002 - pp-00032.

Por fim, quanto à interpretação *in concreto*, dos artigos 1º, inciso IX, c.c. 8º, § 1º, ambos do Decreto nº 7.648/11, em consonância com a Constituição Federal e Convenção Americana de Direitos Humanos, como bem anotou o I. Desembargador acima citado, ainda que tratando de caso análogo referente a Decreto Presidencial anterior (nº 7.046/09):

"Dessa maneira, tendo em vista a vedação Constitucional do benefício

da graça e dos dispositivos infraconstitucionais supramencionados, observando-se, ainda, o princípio de constitucionalidade das leis, mesmo que o parágrafo único do art. 8º do Decreto 7.046/2009 - atual § 1º do Decreto nº 7.420/10 - exclua das vedações os condenados à pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2009 - atualizado para 25 de dezembro de 2010 -, tal possibilidade é inaplicável no ordenamento jurídico atual.

Deveras, o Poder Executivo extrapolou os seus poderes ao possibilitar a concessão de um benefício já vedado, tanto a nível constitucional como infraconstitucional, atentando contra o princípio do Estado Democrático de Direito, que, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2011), reúne em um mesmo princípio o estado democrático - assentado no pilar da soberania popular - e no Estado de Direito - que tem como elemento básico a lei.

(...)

Tratou-se de um equívoco do Poder Executivo ao exercer o seu poder normativo regulamentar (...).

In casu, portanto, é inviável a concessão do benefício de indulto da pena de multa ao agravado, condenado pela prática de crime equiparado a hediondo (tráfico ilícito de entorpecentes), tendo em vista as disposições constantes dos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90 e art. 44 da Lei 11.343/2006 (...)".

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

GUILHERME G. STRENGER, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0181826-08.2013.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante LEANDRO DUTRA DUARTE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

MOREIRA DA SILVA (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 21 de novembro de 2013.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER DECLARADA EXTINTA A PENA IMPOSTA AO AGRAVANTE, VEZ QUE, EMBORA TENHA ELE COMETIDO NOVO CRIME NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL ANTES CONCEDIDO, A DECLARAÇÃO DE SUSTAÇÃO DO BENEFÍCIO SE DEU APÓS ESSE TER ESCOADO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA.

CASO EM QUE O COMETIMENTO DE DELITO NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA RESULTA EM PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DO BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, ATÉ QUE HAJA DECISÃO DEFINITIVA NO PROCESSO QUE O ENSEJOU.

Recurso desprovido.

VOTO

1 - Trata-se de agravo em execução ajuizado em favor de Leandro Dutra Duarte, contra a decisão da MMª Juíza de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba, pela qual foi revogado o benefício do livramento condicional antes concedido ao condenado, fixando-se o regime prisional fechado para o desconto das reprimendas (fl. 15).

Aduz a Defensoria que a r. decisão não pode prosperar, vez que foi concedido livramento condicional ao agravante, tendo expirado o período de prova em 27/07/2008, contudo, em 03/10/2007, foi acusado da prática de novo crime e, embora tal imputação tenha se dado durante o período de prova do livramento condicional, apenas em 07/05/2013, portanto fora desse prazo, é que o MMº Juiz declarou a revogação do benefício, que não foi antes suspenso, o que é inviável, devendo, portanto, ser declarada a extinção da pena imposta. Acrescenta que não existe previsão legal que admitida a prorrogação automática, sendo que, encerrado o período de prova, é de rigor que se reconheça a extinção da punibilidade do condenado, nos termos do artigo 90, do Código Penal e 146, da Lei de Execução Penal. Conclui pleiteando seja dado provimento ao agravo para que a decisão monocrática seja reformada, declarando-se a extinção da

Acesso ao Sumário

punibilidade do agravante (fls. 19/22).

O doutor Promotor de Justiça ofertou contraminuta, pretendendo a manutenção da decisão atacada (fls. 24/27).

A r. decisão hostilizada foi mantida (fl. 28).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Nadir de Campos Júnior, pronunciou-se pelo desprovimento do recurso, mantendo-se na íntegra a decisão atacada (fls. 39/45).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, o presente recurso não prospera.

Na esteira das r. manifestações ministeriais de ambas as Instâncias há que se observar que, tendo sido o agravante condenado ao cumprimento da pena corporal de quatro anos e um mês de reclusão (execução nº 05 - fl. 08), e tendo sido aquinhoado com a benesse do livramento condicional em 31/01/2007 (fl. 06 verso), embora não tenha sido suficientemente instruído o presente recurso, existe notícia de que seu período de prova só se findaria em 27/07/2008, todavia, em 03/10/2007 (fl. 06 verso) praticou ele novo delito, sendo preso em flagrante delito, ou seja, dentro do período de prova do livramento condicional, a obstar a extinção da reprimenda relativa ao benefício concedido.

Sobre o tema, inclusive, já decidiu o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em v. Acórdão da lavra do então Juiz Alberto Silva Franco: **- "Não pode ser julgada extinta a pena imposta ao liberado condicionalmente enquanto não passar em julgado a sentença proferida em processo por crime por ele perpetrado na vigência do livramento"** (REC. - RT 572/357).

Demais, a prática de novo crime se constitui na motivação da suspensão automática do livramento condicional até solução em definitivo da ação penal que o apura, não sendo possível se afirmar que, tendo a declaração de tal suspensão ocorrido após a data prevista para o término do período de prova, deva ser declarada extinta a punibilidade do condenado.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo interposto em favor de Leandro Dutra Duarte, mantendo-se, por seus fundamentos, a r. sentença monocrática.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Agravo de Execução Penal nº 0174771-06.2013.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CARLOS HENRIQUE BONIFÁCIO.

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 29.019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Agravo em execução. Remição. Trabalho realizado pelo preso em dia de descanso obrigatório. Desatendimento ao art. 33 da LEP. Ausência de motivação. Trabalho efetivamente cumprido, nada obstante. Necessidade de reconhecimento para fins de remição. Agravo provido.

VOTO

Visto.

Agravo tirado de decisório respeitável nos autos de execução de penas do sentenciado **Carlos Henrique Bonifácio**, que deferiu o total de 168 dias remição, *f. 28/30*.

Vem o inconformismo ministerial - *f. 36/41* - buscando a reforma da decisão, defendendo que os dias remidos por trabalho realizado durante período de descanso obrigatório, em instituições privadas, não devem ser computados, visto que não atendem os preceitos dos artigos 31 e 50, VI, da Lei de Execução Penal.

Contraminuta anotada - *f. 43-verso/44* - mantida ao depois a respeitável decisão atacada, *f. 46.*

Autos distribuídos *(f. 49)* foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal - *f. 50/54*, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **31.out.2013** - *f. 55.*

É o relatório.

Decisão acertada.

A r. sentença declarou remidos **168 dias.**

Pretexta o agravante a reforma da r. decisão, a fim de afastar a remição pelo trabalho exercido em dias de descanso.

Sem razão *data venia.*

Afinal, plenamente justificado o entendimento da origem, em atenção

Acesso ao Sumário

ao indevido comportamento da Administração em permitir o trabalho do sentenciado em dias obrigatórios de descanso.

Criar-se-ia, assim, sempre respeitosamente e *'data venia'*, anômala situação, em que o sentenciado seria duplamente punido, pois, ao trabalhar em feriado, não usufruiu seu dia de descanso, além de não receber a respectiva remição.

O que configuraria verdadeira sensação de injustiça, que não é compatível, jamais, com a reeducação.

Conforme se depreende dos autos *(f. 4/25),* o sentenciado efetivamente **trabalhou** durante datas correspondentes aos feriados e, de acordo com a Lei de Execução Penal, os dias trabalhados em dias de descanso, excepcionalmente, devem ser destinados à manutenção da unidade prisional:

> *"Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.*
>
> *Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal."*

Ademais, o ato administrativo para a realização da exceção tem como pilar a motivação da necessidade do serviço.

Com efeito, como bem expôs o d. Promotor de Justiça recorrente, os dias trabalhados pelo agravado, além de coincidentes com dias de descanso obrigatório, não se destinaram à conservação do ambiente prisional, tampouco foram motivados.

Porém, ainda que aquela situação não tenha apreciado as determinadas condições previstas na LEP, desconsiderar os dias trabalhados seria fechar os olhos ao trabalho efetivamente realizado pelo sentenciado.

Nesse sentido, há uma situação excepcional que, por inobservância de princípios cabíveis à Administração Penitenciária e das exigências da LEP, não deve prejudicar o preso, tornando nova sanção.

Enfim.

Tendo trabalho por 489 dias e sendo declarados 163 dias remidos, o sentenciado recebeu a devida quantidade, como deveria mesmo ser.

O que se obteve, dessarte, não se pode afastar.

Data venia.

Nega-se provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0185927-88.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DONIZETE FOGAÇA DE MORAES.

ACORDAM, em 13ª 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 n 848)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SAN JUAN FRANÇA (Presidente sem voto), RENÊ RICUPERO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal. Decisão que rejeitou exceção de incompetência aforada pelo Ministério Público. O Órgão Especial desta Corte firmou entendimento de que o Tribunal de Justiça pode, sem maltrato à Constituição Federal e na esteira do artigo 65, da Lei de Execução Penal, modificar, por ato administrativo, a competência das Varas de Execuções Criminais existentes no Estado (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055339-27.2012.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascareti). Competência do juízo que editou o ato recorrido que deve ser, nesta linha, reconhecida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO interpôs agravo contra decisão judicial que rejeitou exceção de incompetência oposta pelo órgão acusatório, objetivando a declaração de incompetência da 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital para decidir questões envolvendo a execução do sentenciado Donizete Fogaça, que cumpre pena na Penitenciária de Reginópolis. Alega, em suma, que os incidentes e questões referentes à execução penal devem ser decididos pelo juiz da Comarca em que preso o sentenciado, nos termos do artigo 65, da Lei de Execução Penal e da Lei de Organização Judiciária. Obtempera que o Tribunal de Justiça não pode alterar esta competência por ato administrativo, sob pena de violação à Constituição e à Lei nº 7.210/84.

Processado o recurso, com manutenção da decisão agravada, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do reclamo.

É o relatório.

2. Inconsistente o reclamo.

A competência da 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital, para apreciar as questões relativas aos processos de execução de sentenciados presos nas Penitenciárias I e II de Reginópolis, vem radicada no Provimento nº 1.624/2.009, do Conselho Superior da Magistratura.

Discute-se, neste recurso, a juridicidade da modificação de competência de órgão jurisdicional de primeiro grau da Justiça Estadual - mais especificamente, das Varas de Execução Criminal - mediante ato do Tribunal de Justiça.

Conquanto, no campo doutrinário, cuide-se de questão tormentosa - e há argumentos respeitáveis de ambos os lados, não é este o palco para digressão sobre a matéria, atentando-se para a efetividade do processo.

Isto porque, recentemente, a uma só voz, o Órgão Especial desta Corte - a quem é cometida a prerrogativa de, no âmbito do segundo grau da Justiça Estadual, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (artigo 97, da Constituição Federal) - assentou a possibilidade do Tribunal de Justiça, por ato administrativo, alterar a competência das unidades judiciais do Estado em matéria de execução penal. Entendeu-se que, ao assim agir, a Corte Paulista não agride a Constituição Federal. E atua de acordo com o artigo 65, da Lei de Execução e o Código Judiciário do Estado de São Paulo (lei de organização judiciária).

O aresto acha-se assim ementado:

"Incidente de Inconstitucionalidade - Provimentos nºs 1225/06 e 1227/06 do Conselho Superior da Magistratura, que definiram as unidades judiciais competentes para processamento de execuções criminais e corregedoria permanente de estabelecimentos prisionais - Ausência da alardeada violação ao preceito do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, haja vista que os atos normativos ora questionados em nenhum momento pretenderam legislar sobre processo penal, cuidando tão somente de dar cumprimento ao disposto no art. 65 da Lei de Execução Penal - Designações que visam a eliminar eventuais concentrações de competência, facilitar o controle da pena e a solução de seus incidentes, atendendo o interesse da Justiça e à Recomendação nº 20, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça - Mera delegação de competência a determinada Vara especializada que é realizada nos estritos limites conferidos ao Tribunal de Justiça, na forma dos arts. 96, 125, caput e § 1º, da Constituição Federal, e arts. 65 da Lei de Execução Penal e 33, inciso I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo, não implicando em violação ao princípio do juiz natural, que,

Acesso ao Sumário

no processo penal, não coincide forçosamente com o juízo da sentença ou do local de cumprimento da pena - Providência, por outro lado, que requer medidas efetivas, ágeis e concretas, que não se coadunam com o largo tempo exigido para o estabelecimento de projeto legislativo específico - Atuação, ademais, que se dá no âmbito da autonomia da política administrativa, ínsita ao autogoverno e à administração do Tribunal de Justiça, garantida pelo artigo 96 da Constituição da República - Precedentes do CNJ - Arguição julgada improcedente". (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055339-27.2012.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti).

Nessa ordem de ideias, cumpre reconhecer a competência do juízo de primeiro grau que editou a decisão hostilizada.

3. Ante o exposto**, nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0273629-09.2012.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN, é agravado 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: "Deram parcial provimento ao agravo para determinar a apreensão da fita para exame e providências retro determinadas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22930)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo. Pedido de proibição de veiculação de imagens da sentenciada obtidas clandestinamente e sem autorização, bem como a requisição de fita de programa televisivo exibindo imagens da sentenciada. Alegação de efetivo prejuízo ao processo de ressocialização da reeducanda. Agravo parcialmente provido.

VOTO

Ingressa a suplicante com o presente agravo visando modificar decisão de fls. 619 que reconheceu a incompetência do Juízo das Execuções Criminais para apreciar pedidos de proibição de veiculação de imagens da sentenciada, obtidas clandestinamente e sem autorização, pelas redes Globo e Record (televisão e internet); bem como de requisição de fita contendo a gravação das imagens. Sustenta que a imagem da suplicante foi indevidamente exibida, ensejando efetivo prejuízo ao processo de ressocialização da reeducanda, não havendo interesse público ante a ausência de fatos novos que justificassem nova transmissão. Entende pertinente a denúncia formulada ao Juízo da Execução à vista do disposto nos artigos 66, inciso III, alínea "f" e VI, 194 e 198 da Lei de Execução Penal, eis que cabe ao Juízo da Execução decidir sobre incidentes e zelar pelo correto cumprimento da pena, evitando que se exponha o preso a inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena.

Foi contraminutado o agravo (fls. 687/690) e mantida a decisão (fls. 636).

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Insurge-se a ora agravante contra decisão que indeferiu pedido proibição de transmissão de imagens da sentenciada, pleiteando ainda a requisição de fita contendo a gravação das imagens.

O inconformismo da agravante nesta via merece ser analisado.

O artigo 41 da Lei de Execuções Penais ao tratar de "direitos do preso", menciona:

"VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo".

Assim, considerando que como bem coloca Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, em sua obra Teoria Geral do Processo, "publicidade como garantia política, cuja finalidade é o controle da opinião pública no serviço da Justiça - não pode ser confundida com o escândalo e a afronta à dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo" (obra citada, RT, São Paulo, 1974, pg. 39).

O direito à informação não pode sobrepujar o direito constitucional de resguardo da intimidade das pessoas, que têm direito a não ter sua imagem transmitida ou sua voz gravada sem expressa autorização.

Nem o preso pode ser obrigado legalmente a ser fotografado e entrevistado por órgãos da imprensa sem sua autorização expressa ratificada por um juiz.

No caso presente era absolutamente descabido o despacho por cópia a fls.

Acesso ao Sumário

613 após solicitação da TV Record para conduzir programa que relembraria os dez anos de cometimento dos homicídios dos pais de Suzane Richthofen.

Claro que o programa teria natureza sensacionalista com o fim de relembrar como os pais foram mortos, a participação do namorado Daniel e do irmão deste na execução, além da participação de Suzane.

Tal solicitação não poderia receber um mero despacho de deixar a cargo da Administração Penitenciária a análise da conveniência e oportunidade referente à sua participação no citado programa, como constou a fls. 613.

Não se pode esquecer que o preso que se encontra sob a Administração Penitenciária e de Vara de Execução Criminal tem o direito de ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo.

O direito ao esquecimento existe e deve ser respeitado por todos.

Aquele que cometeu crime de repercussão, já preso, condenado, executando pena, muitas vezes arrependido da prática infracional, tem o direito de não ser lembrado por aquele momento infeliz que tanto marcou sua vida como de outras pessoas.

Não se trata de um galardão, mas algo que se quer esquecer.

Se o preso pretende sair da ribalta, mergulhar no esquecimento, cumprir sua pena e procurar eventual progressão no sistema prisional e reintegração social, esse direito deve ser respeitado e o Juízo deve por ele velar, já que se encontra sob total domínio do Estado na execução da pena.

O artigo 20 do Código Civil, ao cuidar dos Direitos da Personalidade, menciona "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento, e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais".

"Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o Juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Dentro desses critérios, fica dado provimento em parte ao requerimento da defesa para que seja requisitada a gravação em que aparece Suzane Richthofen no Programa Domingo Espetacular em data próxima ao dia 31 de outubro de 2012, anexando-se cópia aos autos, facultada obtenção de cópia pela defesa da agravante para as providências cíveis cabíveis.

Caso se verifique que houve indevida filmagem dentro do presídio sem autorização da diretora da unidade, bem como da condenada, deverá ser instaurada uma apuração de responsabilidade a respeito dos fatos, visando que

no futuro não voltem eles a ocorrer.

Fica determinado como já anteriormente consignado que só será dada a entrevista pela reeducanda Suzane Louise Von Richthofen se a mesma autorizar por escrito e a i. Magistrada entender que se trata de entrevista que pode contribuir para sua reinserção social e não mera exploração jornalística.

Isso posto, **dá-se parcial provimento ao agravo para determinar a apreensão da fita para exame e providências retro determinadas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0181293-49.2013.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é agravante ALEX DA SILVA GIMENES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso para, na forma do Acórdão, decretar a perda de apenas um terço dos dias a remir anteriores à data da falta grave, mantida, no mais, a r. decisão recorrida. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.708)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ROBERTO MIDOLLA E OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Execução Penal. Falta grave, Prescrição. Inocorrência. Integração da lei pela analogia. Incidência do artigo 114(I), do CP. Biênio prescricional ali previsto que não foi ultrapassado entre a data dos fatos e a da decisão judicial, que reconheceu configurada a falta grave.

Execução Penal. Remição. Falta grave. Efeito. Perda de até um terço dos dias remidos ou a remir anteriores à data da falta. O art. 127, da LEP, abrange o instituto da remição como um todo. Interpretação literal do dispositivo citado afastada. Interpretação sistemática dos arts. 126 e 127, da LEP, adotada. Precedentes

Acesso ao Sumário

citados.

Execução penal. Falta grave cometida pelo apenado. Interrupção da contagem do tempo da pena para fins de obtenção de benefícios legais. Necessidade. Precedentes da Câmara.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que, após reconhecer prática de falta grave, determinou a perda de um terço dos dias remidos e de todos os dias a remir anteriores à data da falta e, mais, que determinou a interrupção, a partir da falta, da contagem da pena para fins de obtenção de quaisquer benefícios, **ALEX DA SILVA GIMENES** interpõe o presente recurso em busca da sua reforma. Sustenta, em síntese, ocorrência de prescrição. No mérito, requer a absolvição da falta. Subsidiariamente, requer que se declare que nenhum dia remido ou a remir deve ser perdido e também requer a não-interrupção da contagem da pena a partir da prática da falta.[2]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer parcialmente favorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece, no meu entender, parcial acolhida.

Em relação à preliminar, entendo que não é o caso de se reconhecer a prescrição.

A respeito, reitero meu entendimento já manifestado em julgado precedente:

Ante a lacuna da Lei, têm os nossos tribunais feito uso da analogia (integração da lei) para aplicar disposição prevista no artigo 109(VI), do Código Penal, para regular o caso. Assim, entre a data da falta e a data do pronunciamento judicial, reconhecendo-a, não pode ser superado o prazo ali previsto.

A propósito, magistério sempre oportuno de Julio Fabbrini Mirabete:

Não prevê a lei expressamente a possibilidade de prescrição das faltas disciplinares. Entretanto, a imprescritibilidade das sanções penais é vedada, como regra pela Constituição Federal, que somente a admite em casos específicos (art. 5º, XLII e XLIV). Não é possível, assim, concluir, na omissão da lei, que as sanções às faltas disciplinares não estão sujeitas à prescrição. Mesmo o crime doloso, considerado como falta grave, está sujeito à extinção da punibilidade, devendo ocorrer o mesmo com qualquer sanção disciplinar. Na omissão da lei a respeito do prazo prescricional, deve-se aplicar, por analogia, a regra da prescrição do Código Penal. Sendo elas um *minus* em relação às infrações penais,

1 Fls. 88, Juíza Dra. Josiane Patrícia Cabrini.

2 Razões de recurso, fls. 95-106.

Acesso ao Sumário

o lapso prescricional não pode ser superior a dois anos, fixado para as infrações de menor gravidade. Por isso, deve-se entender que o prazo de prescrição das faltas disciplinares é de dois anos, por aplicação analógica do art. 109, inciso VI, do Código Penal.[3]

Nesse sentido, julgados diversos:

Execução Penal. Falta disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Decurso de lapso inferior a dois anos entre a data da infração disciplinar e a decisão judicial. Inaplicabilidade do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado. Imprescindibilidade de lei em sentido estrito. Consideração do biênio prescricional por analogia ao artigo 109, VI, do CP.[4]

PRESCRIÇÃO CRIMINAL - Prazo - Execução penal - Falta grave - Lapso prescricional de dois anos para aplicação da sanção administrativa disciplinar - Inexistência de legislação específica acerca da matéria - Aplicação do artigo 109, do Código Penal, considerando, para tanto, o menor lapso temporal previsto - Precedentes - Extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição - Decisão mantida - Recurso ministerial não provido.[5]

EXECUÇÃO PENAL - Falta disciplinar - Prescrição - Reconhecimento com base no artigo 59 do Regimento Interno Padrão da Secretaria de Administração Penitenciária - Impossibilidade - Norma que não pode servir de fundamento para reconhecimento de instituto que deve advir de lei em sentido estrito, que não pode ser substituída por normas do Poder Executivo - Omissão, todavia, da Lei de Execução Penal quanto à prescrição das faltas disciplinares - Circunstância que não as torna imprescritíveis - Adoção do menor prazo prescricional em matéria penal, à época da sentença - Artigos 109, inciso VI e 114, inciso I, do Código Penal - Hipótese em que não houve o transcurso do lapso prescricional bienal entre a data da instauração do processo disciplinar e a data da sentença - Lapso prescricional não caracterizado - Recurso desprovido.[6]

Não me parece despropositado também reiterar aqui o que se segue, decisão de minha lavra proferida nos autos de Agravo de Execução nº 238616-80.2011.8.26.0000:

A data da conclusão da sindicância - procedimento administrativo -, tal como a conclusão do inquérito policial na seara processual penal, nenhuma repercussão tem para fins de prescrição, até porque não é a decisão tomada

3 *Execução Penal* (São Paulo: Atlas, 2000), p. 136.

4 TJSP, Agravo em Execução nº 993.07.002826-2.

5 TJSP, Agravo de Execução Penal n. 990.09.254306-7 - Araçatuba - 2ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Francisco Orlando de Souza - 09/08/2010 - 8542 - Unânime.

6 TJSP, Agravo de Execução Penal n. 990.10.280631-6 - São Paulo - 13ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Renê Ricupero - 07/10/2010 - 18230 - Unânime.

Acesso ao Sumário

na sindicância que produz os efeitos a que se referem os dispositivos legais mencionados no parágrafo único, do artigo 48, da Lei de Execução Penal, mas apenas a decisão judicial.

Veja-se também o seguinte julgado selecionado:

A prescrição, matéria de ordem pública, somente pode advir de lei, jamais de Resolução ou qualquer outro ato administrativo inferior.[7]

A situação se modificou com o advento da Lei Federal nº 12.234/2010. Tal diploma legal, como se sabe, elevou o prazo prescricional previsto no artigo 109(VI), do Código Penal Brasileiro, para três anos. Sendo assim, entendo que deve ser aplicado o prazo prescricional previsto no artigo 114(I), do Código Penal Brasileiro, que passou a ser o menor prazo prescricional previsto na lei penal. Como anotado no julgado a seguir transcrito, a analogia deve ser feita em benefício do sentenciado.

Nesse sentido, recente julgado desta Colenda Corte:

Diante da inexistência de legislação específica a reger os prazos prescricionais para aplicação de sanções de natureza disciplinar em sede de execução penal, é de ser admitida a analogia do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, com redação anterior à Lei 12.234/2010, para efeito de reconhecimento da prescrição da falta grave.

Por outro lado, ainda que considerado o argumento de que referido prazo foi dilatado pela nova legislação, subsiste o prazo bienal para efeito de prescrição das faltas disciplinares.

Primeiro, porque ainda persiste a lacuna legislativa no que tange ao estabelecimento de prazo específico para a espécie, pois a citada alteração legislativa não a supriu. Nesse sentido, a analogia deve ser feita em benefício do acusado, o que impõe a conclusão de que o parâmetro legal para reconhecimento da prescrição da falta disciplinar deve ser aquele estabelecido no artigo 114, I, do Código Penal, que prevê o prazo de dois anos para reconhecimento da prescrição aos delitos cuja pena de multa for a única cominada ou aplicada.

Assim, no que tange à possibilidade de se aplicar o referido prazo prescricional ao caso presente, melhor a interpretação de que deve ser adotado e mantido o prazo bienal para efeitos de prescrição.[8]

Assim sendo, tendo em vista que, da data da suposta falta (21.2.2012) até a data da decisão judicial (23.12.2012) que a reconheceu, não transcorreu prazo superior a dois anos, razão por que afasto a tese da prescrição.

No mérito, entendo que andou bem a MM. Juíza de primeira instância em reconhecer a falta grave atribuída ao sentenciado.

Com efeito, os servidores públicos ouvidos confirmaram amplamente os

Acesso ao Sumário

7 TJSP, Agravo em Execução nº 1.133.301-3/2, Rel. Des. Pinheiro Franco.

8 TJSP, Ag. Execução Penal nº 0181563-10.2012.8.26.0000, rel. Des. Marco Nahum, j. 5.11.2012.

fatos. Disseram que vários detentos participaram de movimento de indisciplina. Além disso, precisaram que ALEX estava envolvido nos fatos.

A negativa do sentenciado não convence. Restou isolada no conjunto probatório.

Na valoração da prova, tenho que os relatos seguros, insuspeitos e harmônicos dos servidores do Estado devem preponderar sobre as palavras (suspeitas, por razões óbvias) do sentenciado.

Nessa conformidade, mantenho o reconhecimento da falta grave.

Em relação à perda dos dias remidos e a remir, anoto o que segue:

A tese de que a r. decisão agravada não poderia ter decretado a perda de dias trabalhados e/ou estudados ainda não remidos ao tempo da falta grave, por inexistir previsão legal, não merece acolhida.

Muito embora o artigo 127, da Lei de Execução Penal, contenha a expressão "tempo remido", diz respeito evidentemente ao instituto da remição como um todo. Tal dispositivo deve ser logicamente interpretado em conjunto com o precedente (interpretação sistemática), que dispõe sobre o direito à remição pelo trabalho e/ou pelo estudo. A interpretação literal é, assim, insuficiente para elucidar o alcance da lei.

Sem embargo, entendo que a lei (refiro-me aqui especificamente à disposição constante do artigo 127) disse menos do que queria (*lex minus dixit quam voluit*).

Noutras palavras, com a prática da falta grave, o sentenciado perderá até 1/3 do "tempo remido" *a que tinha direito ao tempo da falta*. Não fosse assim, situações de injustiça flagrante ocorreriam, dependendo apenas da formalização - ou não - de pedido de remição pelo sentenciado ou até da data do julgamento desse pedido pelo juízo competente.

A respeito, veja-se o escólio de Julio Fabbrini Mirabete, de saudosa memória:

> Praticada a falta grave antes de decretada a remição, esta é indeferida quanto ao tempo anterior à prática da infração; estando o tempo remido, decreta-se sua perda.[9]

A jurisprudência desta Egrégia Corte é tranquila a respeito. Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados selecionados:

> É expressa a lei ao determinar a perda do "tempo remido", em caso de prática de falta grave pelo sentenciado, deixando incontroverso que o objeto do perdimento é a integralidade dos dias remidos ou a remir anteriores à infração.
>
> O artigo 127 da LEP, estabelece que "em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar".

9 *Execução Penal* (São Paulo: Atlas, 2000), p. 438 - comentário ao art. 127, da LEP.

Acesso ao Sumário

Significa dizer que a perda se dará quer já tenham os dias sido declarados remidos por decisão judicial ou não, começando novo período para o cômputo do benefício a partir da data da falta disciplinar. A prática de infração grave, portanto, enseja a revogação ou impede o deferimento do instituto da remição, aplicando-se, dessa forma, a todos os dias trabalhados previamente à prática da falta.

Esse, inclusive, o entendimento abraçado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Pena Remição Cometimento de falta grave Perda do período trabalhado Admissibilidade Aplicação do art. 127 da Lei 7.210/84. (...) O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde*, ex vi* do art. 127 da LEP, o direito a remição do período de trabalho ao cometer falta grave." (RT 769/535)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

"Praticada falta grave antes de decretada a remição, esta é indeferida quanto ao tempo anterior à prática da infração." (JTJ 178/315).[10]

A perda dos dias remidos ou a remir está limitada ao máximo de um terço (1/3) na nova redação do artigo 127 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei nº 12.433/2011, que determina: "Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no artigo 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar". Fica evidente que a limitação atinge tanto os dias remidos quanto os dias a remir, pois a segunda parte do referido artigo determina o reinício da contagem a partir da falta disciplinar.[11]

A interpretação estrita e literal do dispositivo defendida pela defesa não atende ao escopo da Política Criminal adotada pelo legislador na Lei 7.210/84. A diretriz é o bom comportamento carcerário para a obtenção de benefícios e, havendo falta disciplinar de natureza grave, a consequência é a revogação do tempo remido ou a remir, desde que, obviamente, anteriores à prática do ato de indisciplina.[12]

Com efeito, analisando os arts. 126 e 127 da LEP, afigura-se óbvio o cabimento da declaração da perda dos dias remidos ou a remir, de trabalho realizado em regime fechado ou semiaberto.

Isto porque a perda dos dias remidos, em razão da prática de falta disciplinar de natureza grave, atinge não só os dias a remir como os já remidos, irrelevante a época em que tenham sido remidos ou realizado o trabalho.[13]

Acesso ao Sumário

10 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0169748-79.2013.8.26.0000

11 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0162677-26.2013.8.26.0000.

12 TJSP, Agravo em Execução Penal nº 0158339-09.2013.8.26.0000.

13 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0212194-68.2011.8.26.0000.

No caso dos autos, considerando a prática da falta disciplinar de natureza grave, adequada a perda de 1/3 dos dias remidos anteriores a data da falta disciplinar, como foi determinado, e **na mesma proporção (1/3) deve ser a perda dos dias a remir, caso existam, anteriores a data da referida falta**, e não como constou na decisão impugnada, que decretou a perda total dos dias a remir.

Como bem colocou o ilustre representante do Ministério Público "Afinal, com a nova redação do art. 127 da LEP, a prática de falta grave impede o deferimento, ou enseja a revogação de até 1/3 do **instituto da remição**, ou seja, dos dias remidos, e/ou a remir anteriores a ela, razão pela qual a perda dos dias a remir deveria ter sido decretada na mesma proporção em que foi decretada a perda dos dias remidos, ou seja, em 1/3 dos dias a remir anteriores a data da referida falta." (fls.) - grifo no original.[14]

(...) reconhecida a prática da falta disciplinar de natureza grave pelo sentenciado, a perda da remição era medida de rigor. E tal sanção foi aplicada pela r. Decisão recorrida, cumprindo reconhecer, no entanto, o equívoco do ilustre e culto Magistrado ao interpretar o alcance da norma em comento. Ao determinar a perda do "tempo remido", o dispositivo legal em comento deixa incontroverso que o objeto do perdimento é a integralidade dos dias remidos ou a remir anteriores à falta disciplinar.

Não resta dúvida que o legislador quis justamente determinar a perda de todo o tempo remido, tanto que, em seguida, complementa que começará um novo período a partir da data da infração disciplinar.

Portanto, quando a lei faz alusão a "tempo remido", quer ela se referir a todos os dias trabalhados que antecedem a prática da infração disciplinar.

(...)

Afinal, se a lei permite o mais, (perda da remição acobertada por sentença judicial), por óbvio autorizaria o menos, (aplicação da sanção em relação ao período não declarado por decisão judicial), ou seja, aos dias que estão por remir.[15]

Em análise ao teor do referido dispositivo legal, percebe-se que ao determinar a perda do "tempo remido", o artigo 127, deixa incontroverso que o objeto do perdimento é a integralidade dos dias remidos ou a remir anteriores à falta.

Evidente que o legislador quis justamente determinar a perda de todos os dias remidos, tanto que, em seguida, complementa que começará um novo período a partir da data da infração disciplinar.[16]

Pelas mesmas razões, o limite de um terço que consta do artigo 127, da

Acesso ao Sumário

14 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0114647-57.2013.8.26.0000.

15 TJSP, Agravo de Execução Penal n° 0107385-95.2009.8.26.0000.

16 TJSP, Agravo de Execução Penal n° 0531039-12.2010.8.26.0000.

Lei de Execução Penal, se aplica também aos dias ainda não declarados remidos ao tempo da falta grave.

Nesse sentido:

Merece reparo, porém, a r. decisão recorrida, no tocante à determinação da perda de todos os dias a remir anteriores à data da falta disciplinar, já que há não há previsão legal para esta total abrangência da sanção.

Como bem apontado pelo douto Promotor de Justiça que subscreveu a contra-minuta (fls.): "apesar da remição continuar estando sujeita a cláusula *rebus sic standibus*, ao determinar a perda de todos os dias **a remir** anteriores a data da falta disciplinar, a Nobre Magistrada a quo acabou legislando, o que lhe é vedado, pois o artigo 127 da LEP, com redação conferida pela Lei nº 12.433 de 29 de junho de 2011, publicada no DOU de 30.06.2011, determina *in verbis* que: 'Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar'. Afinal, com a nova redação do art. 127 da LEP a prática de falta grave impede o deferimento, ou enseja a revogação de até 1/3 de instituto da remição, ou seja, dos dias remidos e/ou a remir anteriores a ela, razão pela qual a perda dos dias a remir deveria ter sido decretada na mesma proporção em que foi decretada a perda dos dias remidos, ou seja, em 1/3 dos dias a remir anteriores a data da referida falta".[17]

(...) se de acordo com a nova legislação, não mais ocorre a perda integral dos dias remidos, de igual modo, deve se aplicar também àqueles ainda a remir, por inexistir distinção entre eles.

Em ambos o sentenciado trabalhou efetivamente para remir sua pena e reintegrar-se à sociedade. (...)

Donde se dessume a incongruência entre as decisões do Juízo, fixando em um terço o decréscimo dos dias já declarados antes da falta e, no entanto, de forma desproporcional, a perda total daqueles ainda a remir.

Ou seja, tivesse o agravante obtido a declaração de remição e, em seguida, praticado infração disciplinar de natureza grave, teria a perda dos dias remidos limitada àquela fração.[18]

A respeito do *quantum* de dias declarados perdidos, entendo que deve ser mantida a fração de um terço.

O sentenciado, como visto, se envolveu em movimento de subversão da ordem e desacato. Sabe-se que atuou na companhia de vários outros detentos, o que revela certa gravidade da conduta, a justificar o rigor adotado.

A disciplina carcerária, como é cediço, é ponto fundamental para uma

Acesso ao Sumário

17 TJSP, Agravo de Execução Penal n° 0154300-66.2013.8.26.0000.

18 TJSP, Agravo de Execução Penal n° 0083638-77.2013.8.26.0000.

eficiente execução penal. Qualquer movimento de indisciplina e subversão, por estimular a desordem geral, deve ser, sempre que possível, severamente punido.

Finalmente, mantenho o reconhecimento da interrupção da contagem da pena para a obtenção de quaisquer benefícios legais a partir da data da falta grave cometida.

A jurisprudência de nossos tribunais é, se não tranquila, pelo menos torrencial no sentido de que a prática de falta grave pelo sentenciado interrompe a contagem da pena para fins de obtenção de progressão de regime.

Confiram-se, exemplificativamente, alguns julgados:

> É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prática de falta grave no decorrer da execução penal interrompe o prazo para concessão de progressão de regime, reiniciando-se, a partir do cometimento da infração disciplinar grave, a contagem do prazo para que o condenado possa pleitear novamente o referido benefício executório. Precedentes.[19]
>
> Habeas corpus. Cometimento de falta grave pelo apenado. Necessidade de reinício da contagem do prazo de 1/6 (um sexto) para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena. Precedentes. (...)
>
> 1. O julgado ora questionado está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, preconizada no sentido de que "em caso de falta grave, impõem-se a regressão de regime e a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios" (HC nº 97.659/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 20/11/09).(...)[20]
>
> Habeas Corpus. 2. Execução Penal. 3. Falta disciplinar grave. 4. Fixação de nova data-base para obtenção de benefícios executórios e perda dos dias remidos. Possibilidade. Precedentes. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada. Todavia, diante das benéficas modificações promovidas pela Lei 12.433/2011, ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS que reanalise a situação do paciente, atentando-se para os novos parâmetros.[21]
>
> Habeas corpus. Cometimento de falta grave pelo apenado. Necessidade de reinício da contagem do prazo de 1/6 (um sexto) para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena. Precedentes.(...)
>
> 1. O julgado ora questionado está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, preconizada no sentido de que "o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica no recomeço da contagem do prazo para a obtenção

19 STF, HC N. 114.370-RS, RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI.

20 STF, HC N. 114.192-RS, RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI.

21 STF, HC N. 109.851-RS, rel. Min. Gilmar Mendes.

de benefícios executórios" (HC nº 106.865/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/3/11).[22]

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA AFERIÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei nº 10.792/2003, estabelece que o sentenciado que cumprir 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e apresentar bom comportamento carcerário, comprovado por atestado emitido pelo diretor do estabelecimento prisional, terá direito à progressão prisional.

2. Na hipótese de cometimento de falta grave, é assente na jurisprudência deste Tribunal o entendimento no sentido de que é interrompida a contagem do lapso para fins de progressão de regime prisional.

3. Ordem denegada.[23]

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCIDÊNCIA DO EFEITO INTERRUPTIVO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A prática de crime doloso ou falta grave pelo apenado constituem causas de regressão de regime prisional, sendo efeito secundário a interrupção do prazo para a obtenção de futura progressão.

2. O efeito interruptivo das causas de regressão de regime prisional aplica-se à hipótese em que o apenado já se encontra em regime fechado.

3. Ordem denegada.[24]

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - COMETIMENTO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE - REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS - ILEGALIDADE – NÃO RECONHECIMENTO. A prática de falta disciplinar de natureza grave pelo reeducando acarreta a interrupção do prazo aquisitivo para o fim de progressão e o reinicio da contagem do lapso temporal para concessão de benefícios na execução.[25]

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DEFESA TÉCNICA.

QUESTÃO NÃO DEBATIDA. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME.

Acesso ao Sumário

22 STF, HC nº 109.163-RS, rel. Min. Dias Toffoli.

23 STJ, 5ª T., HC 100.630/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10.06.2008, DJe 04.08.2008.

24 STJ, 5ª T., HC 83.032/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 06.03.2008, DJe 02.06.2008.

25 TJSP - Agravo em Execução Penal 993-07-029964-9 - Comarca: Sorocaba - Rel. Willian Campos - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 05/08/2008.

INTERRUPÇÃO DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Não é possível, em sede de agravo interno, analisar questões não debatidas pelo Tribunal de origem, nem suscitadas em recurso especial ou em contra-razões, por caracterizar inovação de fundamentos.

2. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional - Agravo interno desprovido.[26]

RECURSO DE AGRAVO - REGIME FECHADO - COMETIMENTO DE FALTA GRAVE - PROGRESSÃO - INTERRUPÇÃO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL - PENA REMANESCENTE - REQUISITO OBJETIVO NÃO CUMPRIDO - DECISÃO REFORMADA. - Para fazer jus a progressão de regime após o cometimento de falta grave, deve o reeducando cumprir a sexta parte do remanescente da pena.[27]

EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO DE REGIME - REQUISITOS - COMETIMENTO DE FALTA GRAVE - INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL

- Para a progressão de regime carcerário, a lei exige dois requisitos materiais: um de caráter objetivo, que é o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime anterior, e outro de natureza subjetiva, que diz respeito ao mérito do condenado indicando a oportunidade da transferência. - O cometimento de falta grave pelo preso que cumpre pena em regime fechado acarreta a interrupção do tempo de pena para efeito de progressão, iniciando-se nova contagem de 1/6 do restante da reprimenda, para a obtenção da promoção. Recurso conhecido e improvido.[28]

O cometimento de falta grave pelo condenado, no curso da execução, interrompe a contagem do prazo exigido para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.[29]

E se assim é em relação à progressão (o *menos*, pois o requisito temporal, nos crimes comuns, é mínimo: de 1/6), incoerente seria a lei se a falta não operasse a interrupção da contagem da pena em relação a outros benefícios, como o livramento condicional, o indulto, a comutação de penas (o *mais*).

Não fosse assim, dependendo da data da falta, poderíamos ter a situação paradoxal de um apenado não poder progredir de regime, mas preencher os requisitos para a obtenção, por exemplo, do livramento condicional ou do

Acesso ao Sumário

26 STJ, 5ª T., AgRg no REsp 944.833/RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 29.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 330.

27 TJMG - Agravo em Execução nº : 1.0000.08.469971-9/001 - Rel. Beatriz Pinheiro Caires - Data do Julgamento: 12/06/2008.

28 TJMG - Agravo em Execução nº 1.0000.00.319420-6/000 - Rel. Márcia Milanez - Data do Julgamento: 01/07/2003.

29 STJ, RT 831:559.

indulto pleno, o que seria um verdadeiro contrassenso. Ele não estaria apto a ocupar o semiaberto, mas poderia alcançar a liberdade. A racionalidade do sistema depende disso para ser mantida.

Nesse sentido, diversos julgados:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. RECONTAGEM DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO. 1. O tema em debate neste habeas corpus se relaciona à possibilidade de recontagem do requisito temporal para obtenção de benefícios previstos na LEP, quando houver a prática de falta grave pelo apenado. 2. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005). 3. Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo de 1/6, levando-se em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento da pena. 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. A recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade. Precedente. 6. Habeas corpus denegado.[30]

LIVRAMENTO CONDICIONAL - Requisitos - Sentenciado que praticou falta disciplinar de natureza grave durante o cumprimento da pena em regime fechado - Obrigatória a interrupção do prazo para a concessão de benefícios - Consequência lógica para a prática de falta grave, ante a exigência de comportamento satisfatório no cumprimento da pena - Prevalência do escopo da Lei de Execução Penal - Interpretação que também se extrai do artigo 127 da Lei de Execução Penal, o qual determina o reinício da contagem para fins de remição - Inexiste distinção ontológica entre os benefícios previstos para a execução da pena - Motivos que justificam a inaplicabilidade da Súmula n. 441 do Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

30 STF, HC 101.915/RS.

de Justiça que, de todo modo, não tem caráter vinculante - Precedentes - Lapso temporal que deve ser reiniciado após a prática da falta grave - Sentenciado que não preenche o requisito objetivo para o livramento condicional - Decisão mantida - Constrangimento ilegal inexistência - Ordem de habeas corpus denegada.[31]

Pena Comutação - Indeferimento - Inconformismo - Alegação de preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos - Apresentação de atestado de bom comportamento carcerário - Manutenção da sentença - Cometimento de falta disciplinar de natureza grave - Interrupção da contagem do lapso temporal para obter benefícios - Sentenciado que não preenche o requisito objetivo de cumprimento de 1/3 do restante da pena - Recurso não provido.[32]

LIVRAMENTO CONDICIONAL - Requisitos - Pedido indeferido - Admissibilidade - Sentenciado condenado pela prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes - Prática de falta grave no curso da execução - Circunstância que autoriza a interrupção da contagem do prazo exigido para concessão da benesse - Aplicação do mesmo procedimento para concessão de progressão de regime prisional – Artigo 112 e § 2º da Lei n. 7210/84 (LEP) com a redação dada pela Lei n. 10792/03 - Requisito objetivo não atendido - Recurso desprovido.[33]

Habeas corpus - Tráfico de entorpecente - Incidente na execução da pena - Alegado constrangimento ilegal pelo reinício do prazo para o livramento condicional em virtude do cometimento de falta disciplinar grave - Constrangimento inocorrente - Ordem denegada.[34]

Execução Penal - Sentenciado que comete falta grave - Reinício do prazo para a obtenção de benefícios - Necessidade. Durante a execução da pena, a prática de falta disciplinar grave interrompe o período aquisitivo para a obtenção de benefícios, reiniciando-se a contagem de novo tempo a partir da data de sua prática.[35]

Praticada falta grave durante o desconto de pena privativa de liberdade, a partir daí reinicia-se o lapso temporal aquisitivo de outros benefícios reservados ao sentenciado.[36]

Livramento condicional - Benefício pretendido - Réu que no curso da execução incide em outra infração penal - Cômputo do prazo aquisitivo

Acesso ao Sumário

31 TJSP, Habeas Corpus n. 0265452-90.2011.8.26.0000 - Tupã - 8ª Câmara de Direito Criminal - Relator: José Amado de Faria Souza - 04/10/2012 - 13454 - Unânime.

32 TJSP, Agravo em Execução 5661-14.2010.8.26.0000, JTJ 361:684.

33 TJSP, Agravo de Execução Penal n. 0078000-34.2011.8.26.0000 - São José do Rio Preto - 4ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Willian Roberto de Campos - 16/08/2011 - 21085 - Unânime

34 TJSP, HC 990.08.078120-0, rel. Pedro Gagliardi.

35 TACrimSP, AE 1.373.621/8, Rel. Junqueira Sangirardi.

36 Agravo em Execução nº 1.201.469-2, Rel. Renato Nalini.

do benefício interrompido - Reinício a contar da falta grave disciplinar.[37]

Livramento condicional - Falta disciplinar de natureza grave - Interrupção do período aquisitivo - Requisito objetivo não preenchido - Reinício da contagem para obtenção de benefícios.[38]

O Eminente Desembargador Damião Cogan assim manifestou a sua convicção sobre o tema, expressada nos autos de Habeas Corpus nº 990.10.339629-4 e que, por absolutamente oportunas, convém que sejam aqui reproduzidas:

> Se é exigido para a progressão ao regime semiaberto e aberto, fora o requisito temporal, bom comportamento carcerário, que implica na ausência de faltas graves, não há como se admitir que se possa dar um salto para quem se encontra em regime restritivo de liberdade e conceder-lhe o livramento condicional quando não teria condições para alcançar o regime semiaberto ou aberto por ter praticado falta grave.
>
> O indulto também não pode ficar infenso a essa análise de méritos.
>
> Dessa forma, se a falta grave impõe o reinício da contagem do período aquisitivo para obtenção da progressão de pena para o regime menos gravoso, não é possível se fazer outro raciocínio para o livramento condicional. Se para o menos é exigido novo período de contagem de tempo com bom comportamento, não é razoável que para o mais, no caso do livramento condicional, tal exigência não perdure.
>
> E tal ocorre também para a comutação.
>
> Não se pode esquecer que tudo está dentro da mesma linha evolutiva, onde o condenado passa por várias etapas até atingir a liberdade plena, no caso a liberdade condicional.
>
> A liberdade condicional não exsurge como instituto independente, mas se encontra numa mesma linha de progressão regular até que o condenado a alcance na execução penal.
>
> (...)
>
> Dessa forma, com a devida vênia, entendemos que a falta grave reinicia o cômputo de novo período aquisitivo com bom comportamento para a obtenção do livramento condicional, bem como para a contagem de prazo para comutação.
>
> Pensar-se o contrário, com a devida vênia dos que vêem por outra ótica, parece-nos que se está a beneficiar indevidamente o preso com mal comportamento que continuará a ter direito ao livramento condicional e comutação, quando não teria para progressão a outro regime menos gravoso.
>
> Destarte, pelo meu voto, proponho, rejeitada a preliminar, que se dê

Acesso ao Sumário

37 TJSP, Agravo em Execução, Rel. Cerqueira Leite, TJT 251/534.

38 TJSP, Agravo em execução nº 990.08.097256-1, Rel. Louri Ribeiro.

parcial provimento ao recurso para, na forma deste Voto, decretar a perda de apenas um terço dos dias a remir anteriores à data da falta grave, mantida, no mais, a r. decisão recorrida.

Apelações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000792-90.2011.8.26.0414, da Comarca de Palmeira D'Oeste, em que são apelantes AGUINALDO ROGÉRIO DOS ANJOS e TIAGO LUIS DONATO, 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: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) e SALLES ABREU.

São Paulo, 6 de novembro de 2013.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - PRELIMINARES DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS (ART. 212, CPP) - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA - INDEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - AUSÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO À PLENA CAPACIDADE DO RÉU - NULIDADES INEXISTENTES.

TENTATIVA DE ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES - PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - PROVA PERICIAL - CONDENAÇÕES MANTIDAS.

CRIME IMPOSSÍVEL – RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - O MEIO UTILIZADO

Acesso ao Sumário

FOI EFICAZ (VIOLÊNCIA FÍSICA E GRAVE AMEAÇA) E O CRIME NÃO SE CONSUMOU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS ACUSADOS.

DOSIMETRIA PENAL MANTIDA - RÉU AGUINALDO - PENA-BASE FIXADA EM 1/3 ACIMA DO PISO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO - AUMENTO DE METADE PELA MULTIREINCIDÊNCIA - ACRÉSCIMO DE 1/3 PELA CAUSA DE AUMENTO E REDUÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA, CONSIDERADO O "ITER CRIMINIS" PERCORRIDO.

REGIME FECHADO - QUANTIDADE DAS PENAS E REINCIDÊNCIA.

RÉU TIAGO - PENA-BASE DO ROUBO FIXADA EM 1/6 ACIMA DO PISO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO - ACRÉSCIMO DE 1/3 PELA CAUSA DE AUMENTO E REDUÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA, CONSIDERADO O "ITER CRIMINIS" PERCORRIDO. PENAS DO CRIME DE AMEAÇA FIXADAS ACIMA DO PISO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO - AMEAÇA EMPREGADA PARA OCULTAR A PRÁTICA DE DELITO ANTERIORMENTE COMETIDO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA À PESSOA.

REGIME FECHADO PARA O DELITO DE ROUBO E SEMIABERTO PARA O DE AMEAÇA - CRITÉRIO DA SUFICIÊNCIA.

RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

AGUINALDO ROGÉRIO DOS ANJOS foi condenado às penas de 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 16 dias-multa, por incurso no art. 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, do Código Penal, **e TIAGO LUIS DONATO**, ao cumprimento de 04 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão, em

Acesso ao Sumário

regime fechado, e 09 dias-multa, por incurso no art. 157, § 2º, II, c.c. art. 14, II, do Código Penal, e 02 meses de detenção, em regime semiaberto, pela prática do delito do art. 147, também do Código Penal.

Aos réus foi negado o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformados, apelam.

AGUINALDO postula a absolvição por atipicidade da conduta, com o reconhecimento do crime impossível, alegando que não há provas de que a vítima levava com ela qualquer bem de valor que pudesse ser subtraído.

Subsidiariamente, requer a redução das penas ao piso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

TIAGO argui, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, argumentando que na audiência de instrução e julgamento foi o Juiz quem primeiro fez as perguntas, ferindo, assim, o disposto no art. 212, do CPP.

Pede, ainda em preliminar, nulidade pelo indeferimento da conversão do julgamento em diligência para que fosse instaurado o incidente de dependência toxicológica, alegando que na própria r. sentença condenatória houve o reconhecimento de que o réu é usuário de drogas.

No mérito, requer também a absolvição por falta de provas ou, quanto ao crime de roubo, por atipicidade da conduta, com o reconhecimento *in casu* de crime impossível, e, subsidiariamente, a redução de 2/3 das penas do roubo pela tentativa, o afastamento da causa de aumento do emprego de arma ou sua compensação com a atenuante da confissão, a concessão do benefício da liberdade provisória e o estabelecimento do regime aberto.

Regularmente processados e respondidos os recursos, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento.

É o relatório.

As preliminares arguidas não prosperam.

Muito embora o art. 212, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08, estabeleça que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, e não mais por intermédio do juiz, que poderá depois complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, a inobservância desse procedimento, isto é, a circunstância de o juiz formular as perguntas em primeiro lugar gera, quando muito, nulidade relativa.

Como ensina Andrey Borges de Mendonça, "*Em caso de não adoção do sistema direto, ou seja, se o magistrado insistir em adotar a sistemática presidencialista de inquirição, entendemos que haverá nulidade relativa. Assim, deverá a parte demonstrar imediatamente sua irresignação, fazendo constar no termo de audiência os motivos pelos quais assim entende, bem como indicando qual o prejuízo que sofreu" (in "Exceções à identidade física - Nova*

Acesso ao Sumário

Reforma do Código de Processo Penal", Editora Método, São Paulo, 2008.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o Juiz primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

6. Habeas cor pus denegado, cassando- se a liminar anteriormente deferida." (STJ, HC nº 137.094/DF, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, v.u., j. 18.02.2010, DJe 08.03.2010).

No mesmo sentido o HC nº 144.909/PE, de relatoria do Ministro Nilson Naves, da Sexta Turma, publicado no DJe no dia 15.03.2010.

A hipótese é, pois, de nulidade relativa, dependente de demonstração de prejuízo, o que não se fez.

Acesso ao Sumário

À falta de prejuízo, não há que se falar em nulidade.

Fica afastada também a arguição de nulidade pelo indeferimento da conversão do julgamento em diligência para instauração do incidente de dependência toxicológica.

Com efeito, o Juiz não é obrigado a instaurar incidente de insanidade mental ou de dependência toxicológica apenas porque a defesa assim o almeja.

Verificando que o réu possui boas condições de discernimento, demonstrando capacidade de compreender o caráter ilícito do fato perpetrado, o Juiz pode perfeitamente indeferir o pleito.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona que "*é preciso que a dúvida a respeito da sanidade mental do acusado ou indiciado seja razoável, demonstrativa de efetivo comprometimento da capacidade de entender o ilícito ou de determinar-se conforme esse entendimento" (Código de Processo Penal Comentado - ED. RT - 8ª Edição, p. 331*).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*O simples fato de considerar-se usuário de drogas não é motivo suficiente para realização de exame toxicológico. Cabe ao magistrado verificar a sua real necessidade (...)" (STJ - RHC 34206 / SP - Ministra MARILZA MAYNARD - DJe 05/04/2013*).

Destarte, no caso vertente, verificando-se que o réu TIAGO possuía plenas condições de articular suas ideias, não era caso de se instaurar incidente de dependência toxicológica.

Assim, fica afastada a alegação de nulidade por cerceamento de defesa.

Preliminares rejeitadas, passa-se à análise do mérito.

O pedido para que o apelante TIAGO pudesse aguardar o julgamento do recurso em liberdade encontra-se, agora, prejudicado com o presente julgamento.

No mais, consta que no dia 18 de abril de 2011, no estabelecimento comercial Auto Posto Dois Irmãos, localizado na Rua Antônio da Rocha Corte, 28, na cidade de Aparecida D´Oeste, os réus, agindo em concurso, tentaram subtrair para proveito comum, mediante violência e grave ameaça à pessoa, a quantia aproximada de R$ 200,00, que estava na posse de João Sérgio Ferreira de Souza, não consumando o delito por circunstâncias alheias à suas vontades.

Consta, ainda, que no dia 23 de abril de 2011, naquele mesmo local, TIAGO ameaçou João Sérgio Ferreira de Souza de causar-lhe mal injusto e grave.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelos boletins de ocorrência, laudo pericial de fls. 77/80, laudo de exame de corpo de delito de fls. 82, bem como pela prova coligida.

A autoria é induvidosa.

A vítima estava trabalhando no posto de combustíveis, quando foi

Acesso ao Sumário

abordada pelos réus TIAGO e AGUINALDO, conhecidos seus, que anunciaram o assalto. AGUINALDO pediu a TIAGO para segurar a vítima, pois iria "dar nele".

TIAGO desferiu uma "gravata" na vítima e tentou colocar a mão dentro do bolso de sua camisa, na tentativa de subtrair o dinheiro que ali estava. A vítima conseguiu se desvencilhar e empurrou TIAGO, momento em que sua camisa foi rasgada. TIAGO em seguida lhe desferiu um soco no rosto, causando-lhe ferimentos. A vítima pegou seu telefone celular para chamar a Polícia, momento em que os agentes disseram que seria melhor que ela não fizesse isso.

Os agentes deixaram o local sem nada subtraírem e dias depois TIAGO voltou ao posto e ameaçou a vítima, dizendo que ela havia escapado uma vez, mas que isso não aconteceria novamente (fls. 151/152).

TIAGO negou a acusação, alegando que no dia dos fatos fez uso de drogas com o colega AGUINALDO e que ao passar pelo local, a vítima começou a xingá-lo e ofendê-lo.

AGUINALDO não se conformou com a situação e passou a agredir a vítima. Segurou a vítima apenas para conter as agressões. Negou que tivesse tentado assaltar a vítima, tampouco a ameaçado, alegando que retornou ao posto apenas para se desculpar (fls. 156).

AGUINALDO, também negando, confirmou a versão narrada pelo corréu, acrescentando, todavia, que TIAGO chegou a pedir à vítima R$ 20,00, quando então esta passou a xingá-lo (fls. 157).

A negativa dos réus não convence. As palavras da vítima são perfeitamente coerentes e encontram respaldo nas provas periciais produzidas, observando que o laudo de fls. 77/80 constatou que o dano causado na camisa que a vítima usava no momento do crime foi produzido somente com o uso de força muscular, e que o laudo de exame de corpo de delito atestou ter a vítima sofrido lesão corporal de natureza leve (fls. 82).

E não há porque não acreditar nas palavras da vítima, que nenhum interesse tem em acusar os réus de crime que não cometeram, lembrando que em casos de crimes cometidos na clandestinidade, como o destes autos, a palavra da vítima é de grande relevo na elucidação do caso.

A hipótese não é de crime impossível, como alega a Defesa.

Este somente se configura quando o meio utilizado para a prática do crime for absolutamente ineficaz ou por impropriedade absoluta do objeto, o que não é o caso dos autos.

O meio utilizado pelos agentes foi eficaz (violência física e grave ameaça) e não há que se falar em impropriedade do objeto, pois a vítima foi enfática em afirmar que levava no bolso de sua camisa certa quantia em dinheiro.

Acesso ao Sumário

O crime não se consumou, portanto, por circunstâncias alheias à vontade dos acusados.

O pedido da Defesa para afastar a causa de aumento do emprego de arma carece de qualquer razoabilidade, na medida em que a única causa de aumento reconhecida no caso foi a do concurso de agentes. E esta causa de aumento restou devidamente caracterizada e não há de se compensar com a atenuante da confissão, na medida em que confissão não houve, já que TIAGO apenas na Delegacia admitiu a autoria do delito, e ainda parcialmente (fls. 18/19).

As penas de AGUINALDO foram fixadas em 1/3 acima do mínimo legal, índice que fica mantido, eis que o réu ostenta pelo menos sete condenações definitivas (fls. 42, 43, 46, 47, 51, 52, 56, 59 e 61 do apenso), possui má conduta social e personalidade distorcida, pois mesmo já tendo sofrido diversas condenações insiste na prática de delitos, bem como em razão dos ferimentos sofridos pela vítima.

Em seguida, as penas de AGUINALDO foram aumentadas de metade, em virtude de ser o acusado triplamente reincidente (fls. 36, 37 e 41).

Na derradeira fase, presente a causa de aumento do concurso de agentes, as penas foram acrescidas de 1/3 e, por fim, reduzidas de 1/3 pela tentativa, índice adequado e que se mantém, considerando-se que os agentes percorreram longo "iter criminis", apenas não consumando o delito em razão da reação da vítima.

As penas de AGUINALDO totalizaram, assim, *07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e 16 dias-multa.*

Quanto ao réu TIAGO, as penas do roubo foram fixadas em 1/6 acima do piso, em razão de o acusado ser usuário de drogas e das agressões físicas sofridas pela vítima.

Presente a causa de aumento do concurso de agentes, as penas de TIAGO foram acrescidas de 1/3 e, por fim, reduzidas de 1/3 pela tentativa, índice que fica mantido pelas mesmas razões acima expostas.

As penas de TIAGO, quanto ao crime de roubo, ficaram estabelecidas, portanto, em *04 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão e 09 dias-multa*.

No tocante ao crime de ameaça, as penas de TIAGO foram fixadas acima do mínimo legal, em *02 meses de detenção*, em razão de ser o réu usuário de drogas e de ter ameaçado a vítima visando à ocultação do delito anteriormente praticado.

A substituição da pena privativa por restritiva de direitos foi corretamente negada, pois o crime foi cometido mediante grave ameaça à pessoa e as circunstâncias do delito e a personalidade do réu não recomendam a medida.

Os maus antecedentes, a multirreincidência de AGUINALDO e a

Acesso ao Sumário

quantidade das penas impostas obrigam o estabelecimento do regime fechado, único, aliás, que se mostra suficiente para que se alcancem os objetivos da pena.

Também para TIAGO fica mantido o regime inicial fechado para o delito de roubo e semiaberto para o de ameaça, em que pese a primariedade do acusado, pois os únicos suficientes à repressão e prevenção de tão graves delitos.

Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024552-88.2012.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante JORGE LUIZ DA SILVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para reconhecer a tentativa e PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para fixar a redução diante da semi-imputabilidade de JORGE LUIZ DA SILVA em seu patamar mínimo, resultando sua sanção em 02 anos e 26 dias de reclusão e 08 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto. V.U. Compareceu o defensor público Dr. Rafael Gandara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.332)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO ORLANDO (Presidente sem voto), IVAN MARQUES E ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 11 de novembro de 2013

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TENTATIVA. Reconhecimento. Realmente, a denúncia descreveu o delito em sua forma tentada. O Magistrado, contudo, entendendo que a consumação havia sido descrita na inicial acusatória, aplicou o artigo 383 do Código de Processo Penal e, sem que fosse dada à Defesa oportunidade para se manifestar a respeito e de produzir provas com o intento de contrariar tal afirmação, condenou o apelante como incurso no artigo 157 do Código Penal, em sua forma consumada, afrontando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por

outro lado, em que pese a citada ofensa, compreendo que o reconhecimento da nulidade da sentença, nesta fase processual, não seria benéfico à Defesa, porquanto propiciaria à acusação a oportunidade de corrigir a falha ocorrida com o regular e posterior reconhecimento dessa circunstância. Dessa forma, reconhecendo que houve prejuízo à Defesa, o mais correto é o afastamento da consumação, mantendo-se a imputação como descrita na inicial acusatória, em respeito ao princípio da correlação entre denúncia e sentença.

PENAS. A pena-base foi fixada no mínimo legal, e assim deve ser mantida. Na segunda fase, assiste razão à Defesa, devendo ser compensada a agravante da reincidência (fls. 63 do apenso de antecedentes), com a atenuante da confissão espontânea. Em seguida, diante do reconhecimento da tentativa, ora operado, reduz-se a sanção no mínimo legal, diante do *iter criminis* percorrido, posto que o acusado apoderou-se dos bens, logrou êxito em empreender fuga, tendo sido perseguido e dominado logo após, fixando-se a sanção em 02 anos e 08 meses de reclusão e 06 dias-multa. Posteriormente, a pena foi novamente reduzida em 2/3, ante a semi-imputabilidade do acusado. Contudo, muito embora o laudo tenha concluído, efetivamente, que, à época dos fatos, JORGE era parcialmente capaz de entendimento e de determinação em virtude da dependência associada ao fato de estar sob efeito de drogas, o mesmo laudo apontou o acusado como "*globalmente orientado, lúcido, calmo, colaborativo; pensamento linear, coerente, sem alteração de forma, curso ou conteúdo; memória e compreensão preservadas; volição e pragmatismo adequados (cf. fls. 12 dos autos de incidente de dependência toxicológica)*". Ademais, o policial que efetuou a prisão em flagrante relatou que o imputado não aparentava estar embriagado ou drogado (fls. 90). Assim, acolhe-se parcialmente o recurso ministerial para reduzir a pena pela semi-imputabilidade em 1/3, restando a sanção em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 04 dias-multa.

REGIME. Quanto ao regime, diante da reincidência

Acesso ao Sumário

do acusado, da prática do delito por meio de grave ameaça e da quantidade punitiva, correta a fixação do regime semiaberto.

VOTO

Vistos, etc...

Adotado o relatório da r. sentença (fls. 119/122), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que **JORGE LUIZ DA SILVA** foi condenado por infração à norma penal contida no artigo 157, *caput*, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, às penas de 01 ano, 07 meses e 28 dias, em regime inicial semiaberto, mais 03 dias-multa, no piso.

Inconformados apelaram o Ministério Público e o acusado.

O i. representante do *Parquet* (fls. 132/138) requer o afastamento da semi-imputabilidade reconhecida, pois a "perturbação mental que autoriza a aplicação da causa de diminuição de pena é somente aquela diretamente relacionada à conduta criminosa do agente", ou subsidiariamente, sua aplicação da fração mínima. Pugna, ainda, pela fixação do regime inicial fechado.

A Defesa de **JORGE**, por sua vez (fls. 140/152), preliminarmente, alega violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, requerendo a correção da condenação para roubo tentado, posto que esta era a descrição fática constante da denúncia. Pleiteia, ainda, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Por fim, pede a detração, com a fixação do regime aberto.

As contrarrazões foram apresentadas e a Douta Procuradoria de manifestou-se pelo não provimento do recurso defensivo e provimento parcial do apelo ministerial (fls. 180/188).

É o relato do necessário.

Primeiramente, incumbe analisar a preliminar suscitada pela D. Defesa do acusado.

Realmente, a denúncia descreveu o delito em sua forma tentada além de expor que JORGE tentou subtrair os objetos nela contidos, ao narrar que *"[o] crime somente não se consumou porque dois indivíduos, que estavam próximo ao local dos fatos, perseguiram o denunciado, o qual foi alcançado e dominado, recuperando-se todos os bens subtraídos das vítimas"*.

O Magistrado, contudo, entendendo que a consumação havia sido descrita na inicial acusatória, aplicou o artigo 383 do Código de Processo Penal e, sem que fosse dada à Defesa oportunidade para se manifestar a respeito e de produzir provas com o intento de contrariar tal afirmação, condenou o apelante como incurso no artigo 157 do Código Penal, em sua forma consumada, afrontando,

assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, em que pese a citada ofensa, compreendo que o reconhecimento da nulidade da sentença, nesta fase processual, não seria benéfico à Defesa, porquanto propiciaria à acusação a oportunidade de corrigir a falha ocorrida com o regular e posterior reconhecimento dessa circunstância.

Aliás, não é outro o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, conforme princípio que se depreende da Súmula nº 160: *"É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício"*.

Nesse mesmo sentido, o constante do seguinte julgado: *"PROCESSO PENAL – BALIZAS - ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - SEGUNDA INSTÂNCIA - OBSERVAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Descabe, em grau de revisão, acionar o disposto no artigo 384 do Código de Processo Penal - Verbete nº 453 da Súmula do Supremo: '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'. RECURSO - REFORMA PREJUDICIAL AO RECORRENTE.* ***Implica reforma prejudicial, considerado recurso da defesa, a anulação da sentença para abrir-se oportunidade ao Estado-acusador de aditar a denúncia, presente o artigo 384 do Código de Processo Penal.*** *(HC 92464, Relator: Min. Menezes Direito, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2007)"*.

Dessa forma, reconhecendo que houve prejuízo à Defesa, o mais correto é o afastamento da consumação, mantendo-se a imputação como descrita na inicial acusatória, em respeito ao princípio da correlação entre denúncia e sentença.

Superada esta questão preliminar, passa-se à análise das demais alegações da Defesa e do Representante do Ministério Público.

Com efeito, a condenação do acusado era mesmo de rigor, pois sua confissão foi corroborada pelas demais provas constantes dos autos, de forma que sequer foi questionada pela d. Defesa.

Resta-se, portanto, a análise das penas impostas.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, e assim deve ser mantida. Na segunda fase, assiste razão à Defesa, devendo ser compensada a agravante da reincidência (fls. 63 do apenso de antecedentes), com a atenuante da confissão espontânea.

Em seguida, diante do reconhecimento da tentativa, ora operado, reduz-se a sanção no mínimo legal, diante do *iter criminis* percorrido, posto que o acusado apoderou-se dos bens, logrou êxito em empreender fuga, tendo sido perseguido e dominado logo após, fixando-se a sanção em 02 anos e 08 meses

Acesso ao Sumário

de reclusão e 06 dias-multa.

Posteriormente, a pena foi novamente reduzida em 2/3, ante a semi-imputabilidade do acusado. Contudo, muito embora o laudo tenha concluído, efetivamente, que, à época dos fatos, JORGE era parcialmente capaz de entendimento e de determinação em virtude da dependência associada ao fato de estar sob efeito de drogas, o mesmo laudo apontou o acusado como "*globalmente orientado, lúcido, calmo, colaborativo; pensamento linear, coerente, sem alteração de forma, curso ou conteúdo; memória e compreensão preservadas; volição e pragmatismo adequados* (cf. fls. 12 dos autos de incidente de dependência toxicológica)". Ademais, o policial que efetuou a prisão em flagrante relatou que o imputado não aparentava estar embriagado ou drogado (fls. 90). Assim, acolhe-se parcialmente o recurso ministerial para reduzir a pena pela semi-imputabilidade em 1/3, restando a sanção em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 04 dias-multa.

Por fim, mantida a majoração de 1/6 pelo concurso formal, já que com uma única conduta o acusado atingiu o patrimônio de duas vítimas, resulta a sanção final em 02 anos e 26 dias de reclusão, e 08 dias-multa.

Quanto ao regime, diante da reincidência do acusado, da prática do delito por meio de grave ameaça e da quantidade punitiva, correta a fixação do regime semiaberto.

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para reconhecer a tentativa e PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para fixar a redução diante da semi-imputabilidade de JORGE LUIZ DA SILVA em seu patamar mínimo, resultando sua sanção em 02 anos e 26 dias de reclusão e 08 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032676-43.2006.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante MARCOS PIRES DOS SANTOS.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ante exposto, dou provimento ao recurso da defesa, para absolver o acusado da acusação da prática do crime do art. 15 da Lei 10.826/2003, com fulcro no artigo 25, do Código Penal e artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o recurso ministerial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BRENO GUIMARÃES (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ARTIGO 15, DA LEI Nº 10.826/2003 - O agente que desfere um tiro para parede, no intuito de repelir agressão iminente, age ao amparo da excludente da legítima defesa, restando excluída a ilicitude de sua conduta. ABSOLVIÇÃO COM FULCRO NO ARTIGO 25, DO CP E NO ART. 386, INC. VI, DO CPP. RECURSO PROVIDO.

Recurso Ministerial prejudicado. Recurso provido

VOTO

Vistos.

1 - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público e por Marcos Pires dos Santos, contra a r. sentença datada de 12 de abril de 2010, prolatada pelo MM. Juízo da 4ª Vara Criminal de Osasco que condenou Marcos Pires dos Santos, como incurso no art. 15 da Lei nº 10.826/03 a pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto e 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes na proibição de frequentar determinados lugares em condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, sem prejuízo da doação correspondente a um salário mínimo vigente ao dia do pagamento para o Fundo Social de Solidariedade de Osasco (fls.157/159).

Inconformado, o Ministério Público pugna pela alteração da substituição da pena consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária e para que seja fixado o regime inicial para cumprimento o regime fechado e o afastamento da substituição das penas (fls. 163/165).

A defesa em suas razões, postula a absolvição, alegando que o disparo teria sido efetuado para fazer cessar injusta agressão e, subsidiariamente, pleiteia que a pena privativa de liberdade seja substituída por apenas uma pena restritiva de direitos (prestação pecuniária) e multa, o que seria mais benéfico ao réu (fls.191/194)

As contrarrazões foram apresentadas (fls.176/177 e 196/198).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer, manifestou-se pelo

Acesso ao Sumário

improvimento do recurso de Marcos e, pronunciou-se pelo provimento do recurso ministerial para fixação de regime inicial aberto em caso de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, bem como para fixação dessas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 205/210).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Consta da denúncia que no dia 17 de julho de 2006, por volta das 11h30min, na Rua Lourenõ Carletto, nº 170, jardim Cipava, na comarca de Osasco, Marcos Pires dos Santos, disparou arma de fogo em lugar habitado.

Segundo apurado, na data dos fatos, houve um desentendimento entre o acusado e seu genitor, ocasião em que o réu, valendo-se do revólver calibre 39, marca Taurus, número NI72871, cujo registro se encontra a fls.66, efetuou disparo no interior da residência.

Ouvido a fls.17, o acusado confessou a prática delitiva.

O laudo residuográfico de fls.40 e seguintes apresentou resultado positivo em ambas as mãos do acusado.

O laudo de arma de fls.45 e seguinte apresentou igualmente resultado positivo para recenticidade de disparo.

A denúncia foi oferecida em 05 de julho de 2007 (01-D/02-D) e recebida em 18 de julho de 2007 (fls.87).

O apelante foi citado (fls.89/vº).

A sentença foi publicada em 12 de abril de 2010 (fls.160).

O fato delituoso está bem comprovado pelo boletim de ocorrência (fls.03), pelo auto de exibição e apreensão (fls.04), documentos relativos a registro da arma de fogo (fls.10/12), laudo de constatação de natureza eficácia da arma de fogo (fls.16/18) e pela prova amealhada nos autos.

A autoria do crime pelo apelante também ficou demonstrada.

Interrogado em Juízo, confessou a autoria do delito, declarando que efetuou disparo de arma de fogo que possuía em sua casa desde a época do serviço militar. Disse que agiu daquele modo porque estava sendo violentamente agredido por seu genitor, daí o interrogando ter corrido para o quarto e se apossado da arma para disparar um tiro contra a parede, como de fato fez, objetivando unicamente intimidar seu genitor para que ele parasse as agressões o que acabou dando certo. Foi o seu genitor quem avisou a polícia e realizou apenas um disparo (fls.90).

A testemunha Amilton Fernandes de Melo, policial civil, relatou que, na data dos fatos estava no DP quando apareceu o pai do réu dizendo que seu filho tinha dado um tiro dentro de casa. O Delegado pediu para o depoente e mais um investigador irem até a casa do réu e ver o que tinha acontecido. No

caminho o pai do réu foi contando que ele tinha uma marcenaria onde o réu, seu filho, também trabalhava. Em razão de muitas brigas e discussões por causa do trabalho, fatos como esse não eram incomuns. Chegando na casa viram o réu deitado com um pano no olho, sangrando muito porque o pai teria lhe dado uma paulada na região da cabeça durante uma das brigas, naquele momento o réu correu para o quarto e o pai foi atrás, o réu pegou uma arma e deu um tiro que acertou a parede. O réu mostrou onde pegou o tiro na parede da casa, a mãe do réu, disse que era realmente comum essas brigas. Foram os três, o pedaço de pau e arma para a delegacia (fls.101).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Eduardo Ramos de Amorim, investigador civil (fls.102).

A testemunha Lauro Pires dos Santos, pai do acusado, narrou que, no dia dos fatos veio a discutir com o acusado por problemas domésticos e passaram a se agredir fisicamente até que o acusado pegou uma arma de fogo que tinha em casa e ameaçou o depoente, que durante a briga caiu ao solo quando então escutou o réu efetuar um disparo no quintal da casa e acredita que ele tenha feito para o alto porque não achou o vestígio do projétil. Após o fato acabaram se entendendo e atualmente a convivência é pacífica (fls.121).

O apelante confessou a prática do delito, porém sustentando ter agido em legítima defesa.

Consoante dispõe o artigo 25 do Código Penal, age em legítima defesa "*quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*".

Os depoimentos testemunhais revelam que o apelante, após agressão contra sua pessoa, pelo seu pai, o qual estava municiado com um pedaço de pau, efetuou um disparo de arma de fogo contra a parede.

A corroborar com tal versão verifica-se pelos depoimentos dos policiais que confirmaram que o réu estava sangrando porque seu pai teria dado uma paulada na região da cabeça, confirmada pelas fotos acostadas as fls.105.

Assim, da análise dos depoimentos e das demais provas constantes nos autos, conclui-se que a excludente da legítima defesa se configurou.

Observe-se que o recorrente agiu em razão da agressão sofrida, realizando um único disparo.

Além disso, o recorrente não apontou a arma para o agressor ou para as pessoas que o cercavam. Agiu rápido, tentando repelir a agressão, não se podendo falar em excesso, pois foi um único disparo, em direção a parede, diante de agressão atual.

Ante o exposto, entendo estarem presentes os requisitos da excludente de ilicitude da legítima defesa, sendo necessária, assim, a manutenção da absolvição do ora apelado.

Acesso ao Sumário

Oportuna a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI sobre tal questão:

"*Entretanto, o réu pode chamar para si o interesse de produzir provar, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, consequentemente, do in dubio pro reo. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal - materialidade e autoria -, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da justificativa, deve beneficiar a defesa*" (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO, RT, 8ª ed., 2008, p. 344/345 - grifei).

DISPARO DE ARMA DE FOGO - LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO - ABSOLVIÇÃO. Restando comprovado que o agente usou moderadamente dos meios que dispunha, efetuando um único disparo para o chão, com intuito de afastar agressão atual e iminente do agressor (atual agressão verbal e iminente agressão física contra sua esposa), objetivando apenas afastá-lo do local, caracterizada está a excludente da ilicitude da legitima defesa, impondo-se a cassação da decisão condenatória e o decreto da absolvição. Recurso provido". "Apelação Criminal 1.0086.04.005036-01/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 04/03/2008, publicação da súmula em 09/04/2008).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. RAZOÁVEL PROBABILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE EXCLUDENTE DA LEGÍTIMA DEFESA OU DE DESCRIMINANTE PUTATIVA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE, DE QUALQUER MODO, QUANTO AO DELITO AQUI DENUNCIADO. Recurso provido. Apelação Crime Nº 70014911457, 6ª C. Criminal, TJ/RS, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 23/11/2006.

"*APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIRO. AGENTE QUE EFETUOU DISPARO DE ARMA DE FOGO PARA FAZER CESSAR BRIGA E AGRESSÃO A ELE DIRIGIDA E A SUA IRMÃ. DISPARO DE TIRO PARA O CHÃO. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS ATESTANDO QUE ENCERRADA ANTERIOR DISCUSSÃO, A AGRESSÃO FOI INICIADA POR UMA DAS*

SUPOSTAS VÍTIMAS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE CONFIGURADA (ART. 25 DO CP). ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO" (Apelação Criminal n., de Sombrio, rel. Des. Torres Marques, j. em 4/5/2009).

Assim, no caso concreto, o uso da arma foi proporcional e razoável, valendo repetir que o tiro foi dado para a parede, com a nítida intenção de alerta.

Destaco, por oportuno, que o apelante é primário, sem antecedentes criminais e confessou espontaneamente o delito.

3 – Ante exposto, dou provimento ao recurso da defesa, para absolver o acusado da acusação da prática do crime do art. 15 da Lei 10.826/2003, com fulcro no artigo 25, do Código Penal e artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0107973-44.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS ALBERTO ROCHA DE SANTANA FIGUEIREDO, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.247)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GUILHERME G.STRENGER (Presidente) e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: "Apelação - Tráfico ilícito de entorpecentes e Associação para o tráfico - Recurso Defensivo - Absolvição pretendida - Inadmissibilidade - Firmes e coesos depoimentos prestados pelos policiais militares que apreenderam 10 Kg. de maconha, dentro da residência do apelante, sendo dividida e embalada para revenda pelos demais corréus, que foram presos em flagrante delito - Negativa do réu isolada do conjunto probatório - Associação existente entre os corréus evidenciada através da divisão de tarefas e circunstâncias delitivas que comprovam o

Acesso ao Sumário

'animus' associativo - Condenações de rigor.

Dosimetria - Pena e Regime bem fixados - Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, por expressa vedação legal, diante da reincidência ostentada pelo acusado, além de integrar organização criminosa - Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos - Ausência do preenchimento dos requisitos legais em face da quantidade da reprimenda imposta - Benesse que não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime - Regime fechado - Recurso improvido".

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Carlos Alberto Rocha de Santana Figueiredo** contra a r. sentença de fls. 280/286, que julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento da pena de **11 (onze) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **1.500 dias-multa**, no piso, por incurso no artigo 33, "caput" e 35, "caput", ambos da Lei 11.343/06. Inconformado, recorre o acusado buscando a inversão do julgado e sua consequente absolvição. Subsidiariamente, requer a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (fls. 291/304).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pela parte contrária, que refuta os argumentos trazidos nas razões de inconformismo (fls. 311/325).

Por fim, parecer da douta Procuradoria de Justiça que pugna pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 330/336).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

A despeito das argumentações expendidas pela defesa, o recurso interposto será improvido, devendo, portanto, ser mantida a condenação do apelante como incurso no delito de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico.

Consta da denúncia que, durante período de tempo indeterminado, até a data de 19 de novembro de 2011, nesta Capital, Fábio Conceição Soares Moreira, Filipe Faria de Melo, Leandro Souza Lungim e o corréu apelante Carlos Alberto Rocha de Santana Figueiredo associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico ilícito de drogas.

Consta, também, da denúncia que, no dia 19 de novembro de 2011, por volta das 14h30min, no interior do imóvel localizado na Rua Glicério Almeida Maciel, nº 909, no pavimento inferior, no Jardim Itapura, nesta Capital, Fábio

Conceição Soares Moreira, Filipe Faria de Melo, Leandro Souza Lungim e Carlos Alberto Rocha de Santana Figueiredo, agindo em concurso, previamente associados e comungando do mesmo propósito criminoso, preparavam, guardavam e tinham em depósito, para fins de comercialização e entrega a consumo de terceiros, diversas porções de maconha, substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica, envoltas em saco plástico e embalagens de alumínio, que totalizavam o peso de **dez quilogramas (10 Kg)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, oportunidade em que foram surpreendidos por policiais militares que realizavam investigações sobre o tráfico de drogas no local.

Segundo apurado, Fábio Conceição Soares Moreira, Filipe Faria de Melo, Leandro Souza Lungim e Carlos Alberto Rocha de Santana Figueiredo associaram-se para o fim de praticarem o tráfico ilícito de drogas no interior da residência de Carlos Alberto, localizada na Rua Glicério Almeida Maciel, nº 909, no pavimento inferior, no Jardim Itapura, nesta Capital, o que motivou denúncia à Polícia Militar, para investigação dos fatos.

Por conta dessa delação, na tarde de 19 de novembro de 2011, por volta das 14h30min, os policiais militares Fernando Costa Júnior e Marcelo Antônio Liguori deslocaram-se ao endereço mencionado. No local, os policiais foram recepcionados por Ricardo Rocha de Santana Figueiredo, irmão de Carlos Alberto, que residia no pavimento superior do referido imóvel. Após relatarem a ação policial e receberem permissão de Ricardo Rocha, os milicianos iniciaram busca em sua residência, não tendo sido encontrada qualquer substância entorpecente ou objetos ilícitos. Ao ser questionado sobre o pavimento inferior do imóvel, Ricardo Rocha contou pertencer ao seu irmão Carlos Alberto, que não estava no local naquele momento. Em seguida, os policiais Fernando e Marcelo, ao descerem as escadas do imóvel, observaram, por meio de uma janela aberta, que, em um dos cômodos do pavimento inferir, os réus Leandro, Filipe e Fábio Conceição estavam preparando, cortando e embalando porções de droga.

Os policiais Fernando e Marcelo, então, ingressaram no imóvel, por meio da porta que estava aberta, detiveram Leandro, Filipe e Fábio Conceição e apreenderam uma enorme porção de maconha, da qual uma parte já estava embalada com papel alumínio, dentro de saquinhos plásticos, outra parte em pedaços do tipo "tabletes", juntamente com uma porção a granel. No momento da chegada dos policiais, Fábio Conceição segurava o "tijolo" de maconha, enquanto Leandro, utilizando-se de uma faca, o cortava. Enquanto isso, Filipe embalava pequenas porções da droga, para serem vendidas unitariamente. Diante do episódio, Leandro, Filipe e Fábio Conceição confessaram aos policiais que estavam preparando, cortando e embalando as porções de droga, para serem comercializadas. Porém, não forneceram o nome do indivíduo para quem estavam realizando a atividade.

Acesso ao Sumário

Ao ser informado da apreensão das drogas, Ricardo Rocha informou não saber da realização de tráfico no local, mas já havia percebido uma movimentação suspeita na residência de seu irmão, Carlos Alberto.

Inicialmente vale citar que o feito foi desmembrado em relação ao apelante, sendo que nos autos principais os corréus Fábio Conceição Soares Moreira e Filipe Faria de Melo foram condenados, em segunda instância, ao cumprimento da pena de 08 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 1255 dias-multa, no piso, bem como o corréu Leandro Souza Lungim ao cumprimento da pena de 09 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 1366 dias-multa, no piso, todos incursos nos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico.

A materialidade dos delitos restou bem demonstrada pelo auto de prisão em flagrante dos corréus (fls. 02/13), pelo boletim de ocorrência (fls. 15/18), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 19/21), pelo laudo de constatação provisória de entorpecente (fls. 22), pelo laudo de exame químico toxicológico positivo (fls. 50/51), bem como pela prova oral colhida em ambas as etapas da persecução penal.

A autoria delitiva, da mesma forma, restou harmonicamente demonstrada nos autos.

Carlos Alberto, ouvido apenas em juízo, negou os fatos denunciados. Disse que o imóvel em questão era de seu pai e que o recebeu como herança. Alegou que alugou a parte inferior do imóvel para Leandro e sua esposa, mas que dessa locação não fez nenhum contrato. Alega que não estava no local, pois estava trabalhando e que desconhecia que Leandro traficava no imóvel.

A versão exculpatória do acusado de que o imóvel era alugado, sem nenhum contrato de locação, para um dos corréus, bem como o fato de desconhecer o tráfico praticado não nos parece crível. Pueril, tal versão restou isolada do conjunto probatório trazido aos autos.

Isto porque, seu próprio irmão Ricardo Rocha de Santana Figueiredo, perante a autoridade policial, confirmou o relato dos policiais, afirmando que já havia percebido alguns indivíduos frequentando o local, residência de seu irmão, e que desconfiava que alguma coisa errada estava ocorrendo, além de afirmar que tinha ciência que seu irmão tinha antecedentes por tráfico.

Em juízo, porém, a testemunha retificou a versão apresentada, afirmando que o apelante havia alugado o imóvel para o corréu Leandro, fato este que não restou comprovado durante a instrução criminal.

Frise-se que o depoimento prestado em juízo, deve ser recebido com reserva, primeiro em razão do grau de parentesco que possui com o apelante, o que revela evidente interesse na absolvição do mesmo. Ademais, a própria

Acesso ao Sumário

denúncia anônima recebida pelos policiais referia que o tráfico de drogas era exercido por pessoa conhecida por Carlos Alberto.

Corroborando ainda as provas acusatórias, os policiais militares Fernando Costa Junior e Marcelo Antonio, declararam que receberam uma denúncia anônima de tráfico no local dos fatos, praticado por um individuo conhecido como Carlos Alberto. Chegaram ao imóvel indicado e foram recebidos pelo proprietário Ricardo, que lhes franqueou a entrada e aduziu que na parte debaixo do imóvel, que era herança de família, morava seu irmão Carlos Alberto. Asseveram que o irmão do acusado Ricardo, nada disse sobre a casa ser alugada. Na parte inferior do imóvel, visualizaram e detiveram três indivíduos que cortavam e embalavam maconha, cerca de 10 quilos da droga. Os corréus, presos em flagrante delito, admitiram que ali preparavam e embalavam a droga, recebendo a importância de R$ 100,00 por dia de trabalho.

Ressalte-se que embora para alguns o depoimento de policiais como prova única e exclusiva não seja suficiente para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento, uma vez que o mesmo possui inquestionável eficácia probatória, mormente diante da ausência de má-fé, não havendo nenhum motivo para que os milicianos acusassem falsamente alguém que se diz inocente.

Confira-se: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE

PROBATÓRIA. *1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ. Precedentes. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo- se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada.* (STJ - Min. Laurita Vaz - 5ª Turma - HC nº 115516/SP - 03/02/2009).

Analisando o conjunto probatório dos autos, certa é a associação e a traficância praticada pelos corréus. Confessos no momento da abordagem, os corréus foram presos em flagrante delito no momento em que fracionavam a imensa quantidade de maconha apreendida (10 kg.), o que nos leva a certeza visual do crime, bem como a destinação voltada ao comercio espúrio.

Ademais, tal apreensão foi realizada dentro da residência do apelante, o que nos leva a certeza de ser o mesmo o líder da associação criminosa, em

Acesso ao Sumário

que os demais corréus dividiam e repassavam para terceiros o entorpecente apreendido.

Não se sustenta a alegação de que o imóvel havia sido alugado nas condições em que o apelante alega ter feito, ou seja, sem qualquer contrato de locação. Ademais, seu próprio irmão, na fase policial, asseverou ter percebido que algo de errado ocorria na parte inferior do imóvel, sendo esta residência do apelante, sem fazer qualquer menção sobre o fato do imóvel ser alugado.

A súbita mudança da versão apresentada pelo irmão do apelante apenas reforça, por via reflexa, as demais provas acusatórias, de sorte que a manutenção da condenação do apelante pelo tráfico de drogas é medida de rigor.

Entenda-se: "*Tráfico significa tanto comércio quanto fluxo de coisas e mercadorias, valendo dizer que, em tese, o comerciante de drogas que visa ao lucro, mas também o simples passador podem ser denominados de traficantes*" in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Guilherme de Souza Nucci - 3ª edição, 2008, Editora Revista dos Tribunais, pág. 318.

Nesse sentido: "*O tráfico de entorpecentes é um crime de ação múltipla, que se configura na prática de diversas condutas devidamente enunciadas na legislação pertinente*" in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Guilherme de Souza Nucci - 3ª edição, 2008, Editora Revista dos Tribunais, pág. 319.

Vale esclarecer que não é necessário que o acusado seja preso em flagrante delito no momento em que exerça a mercancia, para que seja considerado traficante. O autor do crime de tráfico assim o é ao praticar qualquer uma das condutas previstas no 'caput', do artigo 33, da Lei 11.343/06.

E neste tópico, perfeitamente enquadrada a conduta praticada pelo apelante na modalidade: ter em depósito, de modo a restar perfeitamente tipificada no delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06.

No mesmo diapasão, a manutenção da condenação pelo delito de associação para o tráfico, na medida em que se evidenciou que o apelante Carlos cedia o imóvel, do qual era proprietário, para que os demais corréus manipulassem o entorpecente e o repassassem a terceiros.

Ou seja, as provas indicam que os corréus estavam de fato associados para a prática da conduta típica do tráfico ilícito de entorpecentes, em clara divisão de tarefas visando o preparo da droga e sua posterior comercialização.

Outrossim, tratando-se de imensa quantidade de drogas, não é possível acreditar que sua distribuição e venda fosse ocorrer apenas através de uma união ocasional de agentes, sendo claro que entre o apelante e seus comparsas existiu o necessário vínculo associativo para tal fim.

Constata-se, portanto, que a exorbitante quantidade de droga encontrada pelos policiais, 10 quilos de maconha, numa verdadeira oficina de manipulação

Acesso ao Sumário

de entorpecentes, onde foram encontradas porções embaladas em papel alumínio, dentro de saquinhos plásticos, em pedaços tipo 'tabletes', juntamente com uma porção a granel, bem como a divisão de tarefas entre os agentes, que trabalhavam dentro da residência do apelante, demonstram claramente, que não se tratavam de traficantes ocasionais e sim de uma verdadeira associação criminosa da qual se extrai a estabilidade diante de todo o cenário presenciado pelos milicianos.

Confira-se: "*Para configuração da associação haverá necessidade de um 'animus' associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a prática de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado*" (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Nova lei antidrogas comentada lei n. 11.343. São Paulo: Quartier Latin. p.175-176).

"*A associação para o tráfico de entorpecentes, como tipificada no art. 14 da Lei de Entorpecentes, dispensa o elemento mais característico das figuras penais de associação para delinqüir, qual seja a predisposição de 'societas sceleris' à prática de um número indeterminado de crimes: para não confundir-se com mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização, seja embora na preparação e no cometimento de um só delito de tráfico ilícito de drogas, hipótese que a sentença julgou provada*" (HC 75236/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Desta forma, de rigor a condenação do acusado pela prática dos delitos previstos no artigo 33, "caput", e 35, "caput", da Lei 11.343/06, restando, portanto, improcedente o pleito defensivo absolutório.

No tocante a dosimetria das penas, nenhum reparo há que se efetuar.

Diante da grande quantidade de entorpecente apreendido e dos maus antecedentes ostentados pelo acusado, permanece a pena-base, de ambos os delitos, fixada acima do mínimo legal, ou seja, 06 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 650 dias-multa, no piso, para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes; e 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 750 dias-multa, no piso, para o delito de associação para o tráfico.

Na fase seguinte, em face da comprovada reincidência do apelante, a pena foi novamente majorada, perfazendo: 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 700 dias- multa, no piso, para o delito de tráfico de entorpecentes; e 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 800 dias-multa, no piso, para o delito de associação para o tráfico.

Em face do concurso material, a reprimenda do apelante ficou totalizada em 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.500 dias-

Acesso ao Sumário

multa, no piso, tornada definitiva ante a ausência de causas modificadoras.

Na sequência, inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 por expressa vedação legal, seja pela reincidência ostentada pelo agente, ou pela comprovada associação criminosa, o que impede a concessão da benesse.

Acerca da fundamentação acima exposta referente a reincidência, nem se argumente a ocorrência de *bis in idem*, em face da majoração da reprimenda já ocorrida na segunda fase da dosimetria, isto porque, trata-se apenas de efeito diverso do mesmo instituto, sem que caracterize dupla punição pelo mesmo fato.

Assim decidido: *CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INFRAÇÃO COMETIDA EM TRANSPORTE PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. (...) III. Causa especial de diminuição de pena que não é aplicável ao réus reincidentes, não merecendo a decisão recorrida qualquer reparado no tocante ao tema. IV. Não há que se falar em bis in idem na consideração da reincidência quando da fixação da pena-base e para fins de vedação da causa de diminuição de pena, já que se tratam de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em etapas distintas da dosimetria da pena. (...)*" (STJ, HC 184419/MS, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJe 13/12/2010).

Também improcedente o pleito defensivo para substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, inicialmente pela ausência do preenchimento dos requisitos legais ante o quantum da pena fixada. Ademais, os arts. 33, § 4º e 44 "caput", ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos arts. 33 "caput" e inciso I e arts 34 a 37, todos da referida lei de entorpecentes, sejam beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Acesso ao Sumário

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII, LI e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

Assim, a impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Não obstante, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país.

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, inaplicável sua concessão.

O mesmo ocorre com relação a fixação de regime inicial de cumprimento de pena para ambos os delitos. A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.

O tratamento mais severo configura eficiente medida político-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional.

Acesso ao Sumário

Ademais, o elevado poder de disseminação das substâncias perniciosas, mormente a cocaína de alto potencial lesivo, demandam a imposição de regime mais severo, fixando-se, portanto, o regime inicial fechado para cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, 3º, do C.P.

Isto posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso interposto por **Carlos Alberto Rocha de Santana Figueiredo**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001316-12.2012.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante RUBENS BRUNETO JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7093)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), IVO DE ALMEIDA E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 21 de novembro de 2013

LAURO MENS DE MELLO, Relator

Ementa: MATERIALIDADE - auto de apreensão e laudos toxicológicos que restaram positivos para a presença do elemento ativo - comprovação que o material apreendido é droga.

AUTORIA - depoimento policial que indica a apreensão de droga - validade - depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado - inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO - destinação a terceiros - indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário; o fato do réus ser surpreendido vendendo entorpecente para terceiro; o fato de que o réu não teria condições econômicas para possuir a droga para seu uso pessoal,

dão a necessária certeza de que a droga destina-se ao tráfico ilícito.

PENA - fixada acima do mínimo legal, ante os maus antecedentes - na segunda fase, presente a agravante da reincidência - inaplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

REGIME - réu que possuía considerável quantidade de entorpecentes - alta reprovabilidade e culpabilidade - natureza da droga (*cocaína*) que indica maior reprovabilidade - periculosidade e culpabilidade acima da média - regime fechado - réu é reincidente específico - necessidade.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1], proferida pela Dra. Cláudia Regina Nunes[2], que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006[3], à pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 dias-multa.

O réu apelou[4] pedindo a absolvição por falta de provas. Fala sobre a parcialidade dos depoimentos dos policiais, arguindo o interesse deles em legitimar suas condutas.

Apresentadas contrarrazões[5].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[6] pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

O auto de apreensão e os laudos toxicológicos[7], que restaram positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que a substância é entorpecente.

O apelante Rubens[8] afirmou que estava no local para adquirir a droga. Informou que os rapazes Marcos e Rogério já haviam sido abordados. Disse que os policias o detiveram falando que a droga encontrada na residência era de sua propriedade. Afirmou que nunca morou naquele endereço. Confirmou que

1 Folhas 140.

2 3ª Vara Judicial do Fórum de Mogi Mirim.

3 Fato ocorrido em 11/02/2012.

4 Folhas 166.

5 Folhas 171.

6 Folhas 181.

7 Folhas 66, 84 e 85.

8 Folhas 115.

Acesso ao Sumário

já tinha passagem policial. Foi processado por tráfico e, submetido ao exame toxicológico, foi absolvido.

A negativa do réu, contudo, conflita- se com o narrado pelas testemunhas policiais Bruno e Joel[9], segundo as quais informaram que receberam denúncia anônima de que um indivíduo estaria traficando entorpecentes na sua casa. Foram ao local e avistaram a testemunha Rogério no portão da referida residência possivelmente comprando a droga. O réu que era conhecido como Juninho, ao avistar os policiais, fugiu para o fundo da residência. Abordado, com ele foi encontrada a quantia de R$ 32,00 e parte da droga. Informaram, ainda, que a testemunha Rogério confirmou que comprou a droga do réu e, em data anterior, havia deixado o seu celular como garantia de pagamento da droga. Em diligências os policiais localizaram na residência do apelante, documentos da testemunha Rogério e mais drogas. Informaram que o réu já era conhecido dos meios policiais. Disseram que o réu confessou informalmente que praticou o delito. Na residência também foi encontrada uma motocicleta.

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[10].

Desta forma os policiais, como funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA[11] 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*

Acesso ao Sumário

9 Folhas 151.

10 Direito Administrativo Brasileiro - Ed. Malheiros - 1995.

11 *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* - Campinas: Bookseller - 1986 - p. 396.

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[12] 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*"[13].

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 a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

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"[14].

12 La logica delle prove in materia criminale - 1895 - v. 2 - p. 59/60.

13 Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *in: Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* - 6ª. Ed. Rio de Janeiro - Editora Rio - 1980 - v. 3 - p. 78.

14 STJ - *habeas corpus* 177980/BA - rel. Min. Jorge Mussi - J. 28/06/2011.

Acesso ao Sumário

"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"[15].

No mesmo sentido o 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"*[16].

A testemunha Rogerio[17] inicialmente mentiu em relação aos fatos ocorridos. Relatou que estava no local dos fatos quando os policiais prenderam o réu. Informou, ainda, que esqueceu o seu documento naquele local, porque executou um serviço de pedreiro naquela residência. Afirmou anteriormente, na fase policial, que comprou a droga do réu, porque apanhou dos policiais. Em seguida, no mesmo depoimento, resolveu falar a verdade. Informou que era usuário e que adquiriu a droga, entregando os seus documentos como garantia de pagamento do entorpecente. Afirmou, entretanto, que adquiriu as drogas de duas meninas que estavam naquela residência e não do réu.

Como visto, a autoria do réu está amplamente comprovada. Conforme se denota do depoimento policial foi encontrada droga e dinheiro em seu poder.

A quantidade, incompatível com a figura do usuário (21,8 gramas de *crack*); o fato de que haver denúncia anônima de que o local era ponto de tráfico; a declaração de que a droga destinava-se ao tráfico; o fato de que o réu não teria condições econômicas para possuir a droga para seu uso pessoal[18], dão a necessária certeza de que a droga destina-se ao tráfico ilícito.

Acesso ao Sumário

15 STJ - HC 30776 / RJ - rel. Min. Laurita Vaz - DJ 08.03.2004 - p. 304.

16 STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

17 Folhas 151.

18 Folhas 17.

Ademais, os policiais ao se dirigirem ao local da denúncia, avistaram o réu entregando droga a Rogério, além de ser encontrado, no interior da residência, o documento deste, como garantia de pagamento pela droga.

Tais fatos deixam patente a figura do tráfico ilícito de entorpecentes.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO[19], analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO[20], "de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria "integridade da estirpe", conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico".

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre

19 *Tóxico prevenção-repressão* - São Paulo: Saraiva - 8ª Ed. - p. 98.

20 Lei de Tóxico - comentários artigo por artigo - Freitas Bastos - 5ª Ed. - p. 73.

Acesso ao Sumário

outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal:

"*Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo especifico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de "ter em deposito, sem autorização*"[21].

Também é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.*

I - O tipo previsto no art. 12 da Lei nº 6.383/76, é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes).

II - O tipo previsto no art. 16 da Lei nº 6.383/76, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes).

III - Na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da Lei nº 6.368/76.

Acesso ao Sumário

21 STJ - HC 70344/RJ - rel. Min. Paulo Brossard - DJU 22.10.1993.

Recurso provido"[22].

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga destinava-se ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Quanto a pena, a base foi fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/10, em face dos maus antecedentes[23], perfazendo as penas de 5 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 550 dias-multa.

Na segunda fase presente a agravante da reincidência[24], a pena foi exasperada em mais 8 meses, totalizando a pena em 6 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa. Embora a r. sentença tenha se esquecido de aplicar o aumento pela reincidência à pena pecuniária, ante seu erro e inércia ministerial, inviável qualquer alteração em desfavor da defesa.

Destaca-se que pelo fato do apelante possuir maus antecedentes e ser reincidente não faz jus ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida razoável quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a considerável quantidade de *crack* também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso. Além disso, o réu possui maus antecedentes[25] e é reincidente[26], o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

O tráfico de entorpecentes é crime que gera diversos outros, sendo o verdadeiro mal do século. O agente que o pratica demonstra alta reprovabilidade e periculosidade, motivo pelo qual não faz jus à substituição da pena corporal

22 STJ - REsp 1134610/ MG - rel. Min. Felix Fischer - j. 19/08/2010.

23 Folhas 60.

24 Folhas 69 e 74.

25 Folhas 60.

26 Folhas 69 e 74.

Acesso ao Sumário

por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se Cesare Beccaria[1], para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que "*una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* ('para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos')".

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020634-44.2008.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante DANILO DIAS CRAVEIRO, 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 para, mantida a condenação do réu por infração ao disposto no artigo 214, c.c. os artigos 224 "a", 225, §§ 1º e 2º, e 71, *caput*, todos do Código Penal, reduzir a pena para 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado; e condená-lo como incurso nas penas dos artigos 240, *caput*, e 241, *caput*, (com a redação vigente à época dos fatos), da Lei nº 8.069/90, nas penas acima especificadas, e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade desses últimos crimes pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos artigos 109, inciso V, 110, § 1º, e 119, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.454)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 21 de novembro de 2013.

NELSON FONSECA JUNIOR, Relator

Ementa; Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) - Crimes ocorridos antes da edição da Lei nº 11.829/2008 - Negativa judicial do réu isolada - Depoimentos das vítimas seguros e coerentes, corroborando a confissão

Acesso ao Sumário

1 *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella - São Paulo: RT - § XXVIII - p. 92.

extrajudicial do acusado - Irrelevância da falta de comprovação da circulação das fotos, já que eram usadas para aliciar as vítimas para pousarem nuas, seminuas ou simulando atos de pornografia para as fotos - Atentado violento ao pudor - Violência presumida - Declarações da vítima e da testemunha presencial corroboradas pelas demais provas dos autos - Recurso parcialmente provido para adequação do tipo penal à lei vigente na época dos fatos, com a redução da pena para os crimes previstos no ECA, com o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva, mantendo-se a condenação para o crime de atentado violento ao pudor.

VOTO

Cuida-se de recurso da r. sentença de fls. 220/229, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou o réu **Danilo Dias Craveiro** como incurso nas penas do artigo 240, *caput*, da Lei nº 8.069/90, c.c. o artigo 71, do Código Penal (por três vezes); do artigo 241- A da Lei nº 8.069/90, c.c. o artigo 71 do Código Penal (por três vezes); e do artigo 214, c.c. o artigo 224, alínea "a", e artigo 225, §§ 1º e § 2º, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal (por duas vezes), na forma do artigo 69 do Código Penal, a cumprir, em regime inicial fechado, 17 (dezessete) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e ao pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa, no piso legal; e o absolveu da imputação prevista no artigo 224-A da Lei nº 8.069/90, c.c. o artigo 71, do Código Penal (por várias vezes), com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o réu apela buscando a absolvição por insuficiência de provas. Alternativamente, requer o afastamento da modalidade de crime continuado, com a consequente redução da pena (fls. 252/260).

O recurso foi processado e regularmente contrariado (fls. 406/417).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 429/434).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

O apelante **Danilo Dias Craveiro**, ao ser interrogado na polícia, confessou, com riqueza de detalhes, a prática dos crimes. Disse que sentia atração por crianças e adolescentes há dois anos e nesse período chamou cinco menores, por mais de uma vez, para tirar fotografias das suas partes íntimas, mediante pagamento que variava entre dez e trinta reais. Contou, ainda, que abordava

Acesso ao Sumário

as crianças em um semáforo, próximo à Praça dos Jesuítas, e as fotografava na referida praça, por se tratar de local ermo. Segundo ele, nunca se relacionou sexualmente com os menores e tampouco sabia dizer o nome dos ofendidos, porque o seu interesse consistia apenas em fotografá-los.

Prossegue o apelante em seu relato, aduzindo que depois que tirava as fotos, as enviava por uma rede de perfil específico, administrada pela operadora "TIM", da qual também recebia fotos de crianças. Porém, deletava os contatos de seu telefone após algum tempo. Confirmou, também, que ao ser abordado pela polícia, no dia em que foi preso, foram encontradas em seu aparelho de telefone celular diversas fotos pornográficas, além de algumas pesquisas de perfil respondidas por crianças de ambos os sexos (de nove anos de idade), as quais pretendia fotografar nuas (fls. 07/08).

Em juízo, retratou-se ao afiançar que costumava apenas fotografar crianças vestidas, abraçadas e em poses engraçadas, sendo que as fotos encontradas em seu celular foram recebidas da comunidade "TIM". Negou, ainda, ter molestado o ofendido Márcio, aduzindo que poderia ter tocado nele por acidente, enquanto arrumava suas roupas ou mesmo por brincadeira. Explicou, também, que tanto as fotos tiradas por ele, como as enviadas pelos integrantes da comunidade, ficavam armazenadas num mesmo lugar. Atribuiu a acusação das crianças ao fato de passar diariamente pelo local onde elas ficavam e em alguma oportunidade não ter dado o dinheiro por elas pedido, e também porque essas crianças, com o intuito de preservar outra pessoa, o acusaram para desviar a atenção das autoridades. Concluiu, dizendo que confessou os fatos na fase policial porque estava "desesperado", já que no passado foi assaltado por um grupo de crianças de rua (fls. 175/176).

Contudo, a confissão extrajudicial do réu está em consonância com as demais provas dos autos, enquanto a aludida retratação resultou escoteira.

Com efeito, o menor Márcio Rodrigo Lopes de Souza, ouvido na fase extrajudicial e na presença do Conselheiro Tutelar Edson Cardoso, declarou que, por duas vezes, uma em 2005 e outra em 2008, foi pego no semáforo pelo réu e conduzido ao Parque dos Jesuítas. Segundo disse, da primeira vez, o acusado mostrou fotos de crianças nuas que estavam no celular dele. Em seguida, tirou fotos dele, também no celular, e pegou em seus órgãos genitais por cima de sua roupa. Nesse mesmo dia, o acusado pediu para a menor Eliane (Nicole) simular que estava praticando sexo oral com ele, tirou uma foto e pagou R$ 20,00 (vinte reais) por isso.

Também fotografou as nádegas dele e de Nicole, pagando mais R$ 5,00 (cinco reais).

De acordo com essa vítima, na outra ocasião, foi conduzido pelo apelante ao mesmo Parque, juntamente com a adolescente Ingrid. Lá chegando, o réu

Acesso ao Sumário

fotografou os dois, um ao lado do outro, com Ingrid mostrando os seios. Contou que por essas fotos receberam do acusado R$ 15,00 (quinze reais) cada um. Nesse momento, chegou Fabíola que questionou a conduta do apelante, xingando-o de "pedófilo desgraçado" e o réu saiu do local. Um outro rapaz então chamou a polícia e ele foi preso (fls. 27).

Nesta fase, esse ofendido ainda esclareceu que as fotos foram tiradas em três ocasiões pelo réu, que sempre pagava por elas. Disse, também, que outros colegas seus (Gabi, Ingrid, Jonathan e Eliane) igualmente foram fotografados por ele com o celular (fls. 148).

Ingrid Maria Pereira, por sua vez, reconheceu o réu em juízo e disse que tanto ela, como Márcio, Eliana, Gaby e Fabiola foram procurados pelo apelante no semáforo onde todos faziam malabarismos para ganhar dinheiro. Segundo relatou, todos foram levados pelo acusado até o Parque dos Jesuítas onde tirou fotos dela no celular sem camiseta, além de Márcio sem calça e de Gaby pelada. Acrescentou, ainda, que viu quando o acusado colocou a mão no pênis de Márcio. O réu, de acordo com ela, lhe mostrou a foto da adolescente Eliane simulando a prática de sexo oral na outra vítima Márcio, além de outras fotos de crianças também praticando sexo oral com um desconhecido. Por fim, reconheceu na foto de fls. 37 como sendo dela, na qual estava sem blusa, e também identificou seus colegas pelas imagens de fls. 32/41 (fls. 141).

Na fase administrativa, Ingrid ainda esclareceu que ela e Márcio receberam R$ 30,00 (trinta reais) pelas fotos (fls. 29).

Já Eliane Soares da Silva também reconheceu o réu em juízo e comentou sobre as fotos tiradas por ele das crianças Márcio e Gaby em 2005, quando elas tinham apenas cinco anos de idade. Segundo ela, no dia em que se dirigia juntamente com o ofendido Márcio até o "Barateiro", ambos foram abordados pelo apelante que falou que tiraria algumas fotos deles em troca de dinheiro. Diante disso, foram até o Parque dos Jesuítas, onde o réu pediu para que eles ficassem sem roupa. Com receio de que as fotos fossem parar na *Internet*, não aceitou. Nesse instante, o acusado mostrou fotos de outras crianças nuas em seu celular. Foi então que o menor Márcio aceitou receber dinheiro para ser fotografado por duas vezes (uma mostrando as nádegas e outra o pênis).

Continua essa ofendida em suas declarações, relatando que em outra oportunidade, tanto ela, como Márcio, Ingrid, Gaby, Fabíola, Ezequiel, Gabriel e Jonathan, acompanharam o apelante até o Parque. Nesse dia, somente Márcio e Ingrid foram fotografados sem roupa, porque Fabíola amedrontou o réu ao chamá-lo de "pedófilo safado", como mencionado pelo outro ofendido Márcio na polícia. Disse, ainda, que no mesmo dia em que o réu pôs a mão no pênis de Márcio e ficou apertando, também passou a mão nas nádegas dela. Finalizou, reconhecendo como sendo dela e de seus colegas as fotos mencionadas e afirmou

Acesso ao Sumário

que ele e a vítima Márcio estão retratados a fls. 41 (fls. 149).

Os policiais militares Anderson Fedorin do Amaral e Júlio da Silva de Jesus, a seu turno, contaram que abordaram o réu, após receberem denúncia do COPOM para averiguar um homem que estaria tirando fotos de crianças sem roupa no Parque dos Jesuítas. Durante a abordagem, segundo Júlio, o réu admitiu que tirava fotos das crianças (fls. 151 e 155).

O delegado de polícia Angel Gomes Martinez também contou que o réu, devidamente acompanhado de seu superior hierárquico (já que é sargento da aeronáutica), confessou na fase extrajudicial que tirava fotografias de crianças nuas, mediante pagamento, e as transmitia por celular para outras pessoas, inclusive de sexo oral praticado entre uma menina e um garoto, depois identificados como "Márcio" e "Palhacinha" (a menor Eliane). Acrescentou, ainda, que o ofendido Márcio admitiu, ainda, sobre os atos libidinosos praticados pelo réu contra "Márcio", consistentes em passar a mãos nas nádegas dele (fls. 152/153).

O Conselheiro Tutelar Edson Luz, que acompanhou as declarações dos ofendidos Ingrid, Márcio e Eliana na polícia, confirmou que eles disseram que recebiam dinheiro do réu para tirar fotos para ele no Parque dos Jesuítas, se beijando ou seminuas, insinuando cenas de sexo. Esclareceu, ainda, que um grupo grande de crianças foi convidada pelo réu, sendo que uma delas ligou para a polícia, que o prendeu em poder de um aparelho de telefone celular com o qual tirava as fotos (fls. 154).

A única testemunha ouvida pela Defesa, Paulo Sérgio da Silva, por outro lado, não presenciou os fatos e limitou-se em dizer que conhece o réu há 35 anos e nunca notou qualquer comportamento estranho por parte dele, conforme se depreende do depoimento de fls. 156.

O crime de atentado violento ao pudor contra a criança Márcio, também ficou evidenciado nos autos, na medida em que o réu passou a mão no pênis desse menor e o induziu a simulação da prática de sexo oral, mediante pagamento, já que, além da palavra desse ofendido, que em delitos dessa natureza, é de indiscutível importância para a busca da verdade real, as outras vítimas Ingrid e Elaine também presenciaram esses abusos e, ao contrário do sustenta a Defesa, não ficou demonstrado nos autos que as vítimas tivessem algum motivo para incriminar falsamente um inocente.

Acesso ao Sumário

Não se sustenta, ainda, a tese defensiva no sentido de que os ofendidos mentiram ao relatar o fato criminoso, porque não teriam delatado o acusado desde a primeira investida no ano de 2005. Isto porque, o fato foi comunicado à polícia via denúncia telefônica feita por um transeunte que notou a atitude suspeita do apelante ao fotografar crianças em local ermo, na Praça dos Jesuítas. Se assim não o fosse, o acusado não teria sofrido a abordagem policial e,

tampouco, sido preso em flagrante.

Também não há falar-se em relatos incertos, confusos e indignos por parte dos ofendidos, pois eventuais divergências em suas declarações referem-se a questões periféricas, que não atingem a substância dos fatos, mormente quando a dúvida suscitada pela Defesa se relaciona a valores pagos pelo acusado aos menores em troca de aceitarem ser fotografados nus ou seminus.

A materialidade delitiva ficou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 02/08, pelo boletim de ocorrência de fls. 09/11, além das fotografias insertas a fls. 32/41.

Muito embora as perícias realizadas não tenham concluído que o apelante efetivamente transmitiu as fotos tiradas das crianças e adolescentes na Praça dos Jesuítas, apesar de confessado por ele na fase policial, o tipo penal do artigo 241, *caput,* da Lei nº 8.069/90, vigente à época dos fatos, inclui a ação de **apresentar** o material por qualquer meio, ajustando-se, perfeitamente, à conduta do réu quando apresentou as fotos contidas em seu celular aos ofendidos Ingrid, Márcio e Eliane, conforme declararam em juízo, com o intuito de estimulá-los a também serem fotografados por ele (fls. 147, 148 e 149).

Insta observar, ainda, por oportuno, que o simples fato de o menor Márcio não se reconhecer na foto de fls. 41, não isenta o réu da responsabilidade pelo crime, já que as ofendidas Ingrid e Eliane prestigiaram as declarações da criança Márcio e a reconheceram na aludida foto, como analisado acima.

Assim, a prova dos autos demonstrou, de maneira induvidosa, que o réu, aproveitando-se da condição vulnerável dos ofendidos, que faziam malabarismos em um semáforo para ganhar dinheiro, próximo ao Parque dos Jesuítas, realmente as fotografava nuas ou seminuas, sozinhas ou acompanhadas, simulando práticas sexuais, além de apresentar fotos que estavam armazenadas no celular de outras crianças em iguais condições, e também constranger o menor Márcio a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou seja, acariciou o seu pênis, além de induzir Eliane a praticar sexo oral nessa criança para fotografá-los nessa atitude, que contava com apenas 10 anos de idade à época, conforme descrito na denúncia.

A versão apresentada pelo réu de que a confissão extrajudicial teria sido feita por pressão psicológica, não é plausível, visto que o seu interrogatório transcorreu na presença de seu superior hierárquico, Carlos Eduardo Paisani de Moraes (1º Tenente), em atendimento ao regimento militar, como se depreende de fls. 07/08.

Bem por isso, não seria razoável que ele mentisse e assumisse delitos de tão graves consequências.

Correta, pois, a sua responsabilização criminal pela prática dos crimes descritos na denúncia.

Acesso ao Sumário

Houve representação tempestiva do representante legal da vítima Márcio Rodrigues Lopes de Souza, menor de idade (nascido aos 08/03/1998), sendo que foi atestada a pobreza, legitimando o Ministério Público, nos termos do disposto no artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal, a ajuizar a presente ação penal para o crime de atentado violento ao pudor (cf. certidão de fls. 126).

As penas, no entanto, merecem reparo.

Isto porque, os crimes ocorreram entre os anos de 2005 e 2008, sendo certo que a prisão em flagrante do apelante se deu na data de **07/09/2008**. Assim, em obediência ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa (artigo 5º, inciso XL, da CF), aplicam-se as penas previstas nos artigos 240, *caput*, e 241, *caput*, da Lei nº 8.069/90, vigentes à época dos fatos, sem as alterações promovidas pela Lei nº 11.829/08 (publicada em **25/11/2008**), além do artigo 214 do Código Penal.

Com essa conclusão, mantenho a pena-base do réu, para cada um dos crimes dos artigos 240, caput, e 241, caput, da Lei nº 8.069/90, no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, considerando que não se sabe a sua real situação econômica, além de 06 (seis) anos de reclusão, para o crime de atentado violento ao pudor (violência presumida), tendo em vista a primariedade do réu (cf. fls. 72) e as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal.

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase.

Pela continuidade delitiva, perfeitamente caracterizada, por pelo menos três vezes, já que foram três os ofendidos fotografados pelo réu (cf. fls. 32/41), os quais declararam que a eles também foram apresentadas fotos de outras crianças que estavam armazenadas no aparelho celular do acusado, além da confissão do réu que assinalou que as investidas contra os menores ocorreram por mais de uma vez, e nos termos da regra do artigo 71, *caput*, do Código Penal, elevo a pena de cada um dos crimes, eis que idênticas, em 1/5 (um quinto), restando em **02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal**, para cada uma das condutas (fotografar e apresentar).

Acesso ao Sumário

Para o crime de atentado violento ao pudor, aumento a pena-base em 1/6 (um sexto), pela continuidade delitiva reconhecida, já que o acusado agiu por comprovadamente duas vezes contra o menor Márcio, tendo sido o fato presenciado pelas ofendidas Ingrid e Eliane, restando em **07 (sete) anos de reclusão**.

O regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser mesmo o inicial **fechado**, nos moldes do determinado na r. sentença recorrida, único cabível para o caso concreto, tendo em vista que o apelante foi condenado por crime equiparado aos hediondos (atentado violento ao pudor em

continuidade), o que demonstra a sua maior periculosidade (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Contudo, considerando a pena aplicada para cada um dos crimes previstos no artigo 240, *caput*, e 241, *caput*, do Estatuto da Criança, ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois entre a data da publicação da r. sentença condenatória com o trânsito em julgado para a acusação (**30/04/2009** - fls. 230) e a presente, já se passaram mais de 04 (quatro) anos (cf. artigos 109, inciso V, 110, § 1º, e 119, do Código Penal), impondo-se o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do réu apenas para esses delitos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo para, mantida a condenação do réu por infração ao disposto no artigo 214, c.c. os artigos 224 "a", 225, §§ 1º e 2º, e 71, *caput*, todos do Código Penal, reduzir a pena para **07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado**; e condená-lo como incurso nas penas dos artigos 240, *caput*, e 241, *caput*, (com a redação vigente à época dos fatos), da Lei nº 8.069/90, nas penas acima especificadas, e, de ofício, julgar extinta a punibilidade desses últimos crimes pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos artigos 109, inciso V, 110, § 1º, e 119, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014099-22.2008.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante EVERTON KRISTIAN GERMANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente sem voto), J. MARTINS E ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 21 de novembro de 2013.

NELSON FONSECA JUNIOR, Relator

Ementa: Disposição de coisa alheia como própria - Prova suficiente para o decreto condenatório - Autoria e materialidade delitivas, bem como o dolo do agente,

Acesso ao Sumário

demonstrados - Pena e regime fixados corretamente - Apelo improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação da r. sentença de fls. 204/211, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou o réu **Everton Kristian Germano** como incurso nas penas do artigo 171, § 2º, inciso I, do Código Penal, a cumprir, em regime inicial semiaberto, 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal.

Inconformado, o réu apela buscando a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta (fls. 239/240).

O recurso foi recebido (fls. 235) e regularmente contrariado (fls. 242/244).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 249/251).

É o relatório.

O recurso improcede.

Ficou demonstrado nos autos que o apelante **Everton Kristian Germano**, em concurso e com unidade de desígnios com Reinaldo André Rufino (processo desmembrado fls. 161), obteve, para si, vantagem ilícita, induzindo a vítima Ivo Moreira Filho em erro, mediante meio fraudulento consistente em vender coisa alheia como se fosse própria.

A materialidade do delito ficou consubstanciada pelos boletins de ocorrência de fls. 18/20 e 48/49 e apreensão descrita a fls. 21/23.

A autoria, igualmente, é incontroversa.

Tanto na fase administrativa, como em juízo, o réu **Everton** negou seu envolvimento com o crime narrado na denúncia, aduzindo que não conhece o corréu Reinaldo e sequer a vítima Ivo. Acrescentou, ainda, que jamais esteve no imóvel de onde foram retirados os bens da vítima Idalino (fls. 86/87e 188).

Sua versão, no entanto, não está em consonância com as demais provas dos autos.

Com efeito, a vítima Ivo Moreira Filho narrou que o acusado ofereceu alguns móveis usados para a cunhada de seu irmão. Segundo disse, também escutou essa oferta e se interessou em adquirir alguns bens. Assim, acompanhou o réu até a residência onde estavam os móveis e também se encontrava outra pessoa (corréu Reinaldo). Nesse local, o apelante lhe informou que o proprietário do imóvel havia se mudado, tendo-o autorizado a vender os bens. Diante disso, adquiriu alguns móveis e pediu para seu amigo Juarez ajudá-lo a transportá-los até a sua casa. No caminho, foram abordados pela polícia, oportunidade em que

Acesso ao Sumário

descobriu que os bens não pertenciam ao acusado e que ele também não estava autorizado a vendê-los. Finalizou, dizendo que foi acertado o pagamento da quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais) referente à compra dos móveis, sendo que o valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) seria pago em cheque e o restante em dinheiro, salientando, ademais, que entregou parte do dinheiro ao réu (fls. 179).

O policial militar Alessandro Dameto, ouvido a fls. 177, contou que no dia dos fatos foi avisado que no local apontado na denúncia um caminhão de mudanças estaria saindo e que o proprietário não se encontrava no local. Diante disso, foi para o local indicado e deparou-se com um caminhão com alguns móveis da vítima Idalino, a dois ou três quarteirões da casa dela. Esclareceu, ainda, que a vítima Ivo confirmou que adquiriu os móveis do acusado Everton. Este, por sua vez, falou que teria encontrado a casa aberta e que se aproveitou dessa circunstância para vender os objetos. Finalizou, dizendo que a vítima Ivo falou que teria adquirido os móveis pela quantia aproximada de quinhentos reais, tendo dado parte em dinheiro e o restante em cheque.

Já a testemunha Juarez de Oliveira Filho falou que estava ajudando a vítima Ivo a transportar os móveis no seu veículo, oportunidade em que os dois foram abordados por polícia, quando só então descobriram que os bens não pertenciam aos réus. Posteriormente, o ofendido recebeu uma ligação de um dos acusados, cobrando-lhe o pagamento do restante do valor dos móveis. Em razão disso, foi possível a prisão dos acusados (fls. 178).

Idalino Joaquim de Souza, ouvido somente na fase policial, a seu turno, confirmou que a sua casa estava vazia e, aproveitando- se dessa condição, soube que estariam furtando os bens móveis que se encontravam nela. Entretanto, a polícia foi avisada e impediu que os móveis fossem levados (fls. 40).

Percebe-se, assim, que a prova dos autos apurou, de maneira segura, que o apelante, juntamente com um comparsa, mediante ardil (aproveitando-se que a casa da vítima Idalino estava vazia), induziu a vítima Ivo em erro, uma vez que lhe vendeu coisa alheia como se fosse própria (os bens móveis de Idalino), obtendo, dessa forma, vantagem indevida.

Note-se que nenhuma prova foi produzida pelo réu de que a vítima Ivo pretende incriminá-lo injustamente, como aduzido nas razões de apelação, ônus que lhe competia, por força do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Correta, pois, a sua responsabilização criminal, eis que bem demonstrado o dolo do acusado.

O crime se consumou, na medida em que o ardil utilizado pelo recorrente foi eficiente para obtenção da vantagem ilícita, tanto que ele recebeu dinheiro do ofendido.

Acesso ao Sumário

A pena foi fixada com critério e corretamente majorada em 1/6 (um sexto) na primeira fase, em razão do antecedente criminal do réu, considerado pela certidão de fls. 116, e, na segunda fase, novamente aumentada em 1/6 (um sexto), pela agravante da reincidência (cf. certidão de fls. 118 e artigo 61, inciso I, do Código Penal), permanecendo as penas, em definitivo, em **01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal**, eleito o regime **semiaberto**, em razão da comprovada reincidência do réu (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal), não merecendo, portanto, qualquer reparo.

Por ser comprovadamente reincidente em crime doloso (cf. certidões de fls. 116 e 118), o réu não faz jus a qualquer favor legal (cf. artigos 44, inciso II, e 77, inciso I, ambos do Código Penal).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, expedindo-se, após o trânsito em julgado, mandado de prisão contra o réu **Everton Kristian Germano**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006249-95.2005.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que são apelantes BENEDITO BORGES DE QUEIROZ e WAGNER DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO aos recursos para absolver os apelantes com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e J. MARTINS.

São Paulo, 21 de novembro de 2013

LAURO MENS DE MELLO, Relator

Ementa: PECULATO - APROPRIAÇÃO - Combustível - Absolvição - Não comprovação de que o combustível utilizado foi adquirido com dinheiro público - Não comprovação do prejuízo ao erário - Ônus da acusação - Dado provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1], proferida pelo Dr. Paulo Rogério Santos Pinheiro[2], que ora se adota, acrescenta-se que os apelantes foram condenados como incurso no artigo 312, *caput,* do Código Penal[3], sendo Benedito à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa; e, Wagner à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 dias-multa.

O réu Benedito apelou[4] alegando atipicidade do fato por não ter o apelante se apropriado do veículo oficial. Subsidiariamente alegou não haver provas de que o combustível foi adquirido fazendo-se uso do erário. Alegou também cabimento do princípio da insignificância e obediência hierárquica. Por fim, quanto à fixação da pena, pleiteou a fixação dos dias-multa no mínimo.

O réu Wagner apelou[5] alegando atipicidade do fato por não ter ocorrido apropriação do veículo público. Sustentou também que este apelante não ordenou a realização do transporte de passageiros no automóvel em apreço.

Apresentadas contrarrazões[6].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[7] pelo provimento aos recursos.

É o relatório.

Imputou-se aos apelantes o delito de peculato na modalidade apropriação, consiste em terem se valido da condição de funcionários públicos, especificamente vereador e motorista da Câmara Municipal de Lorena, para se apropriarem do bem móvel, qual seja, o combustível utilizado na condução de um automóvel pertence a municipalidade.

Importante ponderar de início que o delito em apreço não diz respeito ao mau uso ou desvio de finalidade na utilização do automóvel público, o que pode em tese configurar outro tipo de ilícito, mas não o delito em apreço, até por não ter sido tal o objeto da denúncia.

No entanto, ainda que tenha havido desvio de finalidade no que tange ao itinerário feito pelo automóvel guiado por Benedito, em momento algum restou comprovado o prejuízo patrimonial sofrido pela Administração Pública pelo uso de combustível para a realização de tal percurso, até porque não se logrou comprovar ter sido oriunda do erário a quantia usada para tais gastos.

Acesso ao Sumário

1 Folhas 279.
2 1ª Vara Judicial da Comarca de Lorena.
3 Fato ocorrido em 28 de agosto de 2004.
4 Folhas 305.
5 Folhas 328.
6 Folhas 333.
7 Folhas 339.

Sabe-se que o delito em apreço tutela dois bens jurídicos, notadamente o patrimônio da Administração Pública e a moralidade administrativa.

Sobre isso pontua CEZAR ROBERTO BITTENCOURT[8]: "*bem jurídico é a Administração Pública, particularmente em relação ao seu próprio interesse patrimonial e moral*".

Porém, como afirma NELSON HUNGRIA[9], "*convergem no peculato a violação do dever funcional e o dano patrimonial. Poderá dizer-se que é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexação do desempenho de cargo público; **mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial***" (destaque nosso).

No caso em tela não restou comprovado qualquer desfalque patrimonial no erário da municipalidade oriundo do combustível utilizado, ademais, sequer pode se afirmar de onde partiram as receitas utilizadas para o abastecimento do veículo público especificamente para a realização dos trajetos devidos, dos cofres públicos ou das posses dos próprios apelantes.

As testemunhas ouvidas, policiais militares[10], Edvaldo Palma de Souza e Cláudio Roberto da Silva nada acrescentaram acerca da apropriação do combustível, tendo apenas descrito como se deu a abordagem do automóvel guiado pelo apelante Benedito, enquanto este conduzia passageiros até a penitenciária.

A testemunha de acusação, Luzia Vieira de Lima Gomes da Silva[11], apenas disse que em uma reunião com Wagner este disse que lhe forneceria o veículo público para o transporte até a penitenciária onde seu filho estava preso, o que foi feito.

A testemunha de defesa Wander da Silva Pereira nada soube especificamente acerca dos fatos imputados[12].

Do que foi apurado não se comprovou que se apropriou de combustível adquirido com dinheiro público, não sendo, em razão disso, possível apurar a quantidade consumida e o prejuízo obtido, se é que houve, não havendo provas suficientes da prática do ilícito penal.

O combustível foi pago "à conta da municipalidade", ou seja, comprovou-se que referido ente federativo foi onerado com tal situação, o que não ocorreu no presente caso.

Acesso ao Sumário

8 *Código Penal Comentado* - São Paulo: Editora Saraiva - 2002 - pág. 1073.

9 *Comentários ao Código Penal* - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense - 1959 - v. IX - p. 345.

10 Folhas 170 e 176.

11 Folhas 181.

12 Folhas 198.

E nem se diga que cabe aos apelantes comprovar que não foi utilizado dinheiro público para adquirir o combustível, vez que a prova do dano ao bem jurídico, que é inerente ao tipo penal, faz parte da constituição da própria figura do ilícito penal e, portanto, é ônus da acusação comprovar tal dado.

Por fim, não há que falar-se em peculato de uso quanto ao veículo, visto que se tratando de bem infungível veículo a doutrina indica que "*é pacífico que o uso de máquinas e veículos, portanto, não constitui o crime... para falar-se, porém, em peculato de uso impunível é necessário que se trate de coisa infungível*"[13].

O uso do veículo para finalidades outras que não as atinentes ao interesse público primário pode configurar eventual ato de improbidade administrativa, no caso em apreço, até eventual delito relacionado a aspectos eleitorais, porém, não existem provas suficientes do crime de peculato.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos recursos para absolver os apelantes com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011927-61.2009.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ROBSON SANTOS BALBINO.

ACORDAM, em 9ª 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 deste acórdão. **(Voto nº 28.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente) e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 21 de novembro de 2013

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. RÉU ABSOLVIDO EM 1ª INSTÂNCIA PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR O RÉU NOS MOLDES DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO

Acesso ao Sumário

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini - *Manual de Direito Penal*: parte especial - 26ª ed. - São Paulo: Atlas - 2012 - v. III - p. 270.

RECONHECIDA DE OFÍCIO.

VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 89/89v., prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. EDMILSON ROSA DOS SANTOS, ora adotado, acrescento que ROBSON SANTOS BALBINO foi absolvido, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, da prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, apelou o MINISTÉRIO PÚBLICO e pretende a condenação do apelado, nos termos da denúncia. Entende que as provas são suficientes para tanto, devendo ser afastado o *princípio da insignificância* (fls. 92/100).

Processado regularmente o recurso, com contrarrazões sustentando a sentença (fls. 130/132), os autos subiram a esta egrégia Corte.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 139/148).

É o relatório.

Segundo consta da denúncia, no dia, hora e local nela indicados, ROBSON SANTOS BALBINO, na parte arenosa da Praia de Pitangueiras, Guarujá, subtraiu, para si ou outrem, uma bicicleta sem marca aparente, pertencente a *RENATO TEODORO LEOPOLDINO*.

Restou apurado que a vítima deixou sua bicicleta estacionada na faixa arenosa da praia e foi surfar, quando observou um grupo aproximando-se dela, instante em que viu o réu subtraí-la.

Policiais Militares foram acionados e diligenciaram no encalço do réu, encontrando-o no meio de várias pessoas em poder da *res furtiva* (fl. 01 d).

A materialidade do delito está comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fl. 02), Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 09/11), Auto de Exibição, Apreensão e Entrega (fls. 12/13) e depoimentos colhidos à luz do contraditório.

Na Delegacia, ROBSON negou-se a prestar qualquer esclarecimento (fl. 07).

Aqui, mister consignar que o silêncio é mesmo uma garantia constitucional. Todavia, embora interpretá-lo, pura e simplesmente, de forma desfavorável àquele que alega inocência seja defeso, referida exegese passa a ser até mesmo intuitiva quando as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos indiquem que agiu da forma ilícita que lhe está sendo imputada. Afinal, a defesa do cidadão envolvido ilegal ou injustamente num flagrante é imediata, instintiva. Quem, nessa condição, não bradaria sua inocência desde a primeira oportunidade em que ouvido?! Todavia, em razão da proibição acima mencionada, isso de rigor

não vale como prova contra ele, de forma que deve ser analisado todo o conjunto probatório para que se demonstre sua eventual responsabilidade.

Em Juízo, devidamente intimado da audiência de instrução (fl. 58), deixou de comparecer, injustificadamente, sendo declarado revel (fl. 66).

A vítima confirmou que o réu, reconhecido na Delegacia, foi quem subtraiu sua bicicleta.

As palavras das vítimas, em se tratando de delitos patrimoniais, assumem especial relevância, desde que, como na hipótese vertente, mostrem-se firmes, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um ilícito penal incriminar alguém sabendo que essa pessoa é inocente, na medida em que as vítimas visam tão somente à punição do responsável pelo delito.

O policial ELISEU disse ter recebido a notícia, via COPOM, de que três indivíduos estariam envolvidos no furto da bicicleta de um banhista. Em patrulhamento, avistou três rapazes em atitude suspeita, juntamente com uma bicicleta.

Quando eles viram a viatura, tentaram esconder a *res* em uma caçamba de entulhos, momento em que foram detidos e encaminhados à Delegacia.

CELSO, também policial militar, confirmou o depoimento de seu colega de farda e acrescentou que a vítima reconheceu o réu como o autor do crime.

Concluo, portanto, que, ao contrário do afirmado pela D. Defesa, comprovou-se, pela materialidade e pelos depoimentos colhidos, que o crime ocorreu conforme narrado na inicial, tudo evidenciando que a solução cabível era a condenação.

Não há como reconhecer a alegada atipicidade, com fundamento no *princípio da insignificância.*

Há relevância do bem jurídico tutelado e, por isso, ele não pode estar desprotegido da tutela do Direito.

O aventado *princípio da insignificância* ou a figura do *crime de bagatela* não está previsto em nossa legislação penal.

O Juiz, em virtude do consectário da legalidade, é um escravo da lei, de vez que o direito se consubstancia num conjunto de normas obrigatórias. Resulta daí que em hipótese nenhuma pode julgar contra elas.

Ensina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que a Justiça não pode deixar de cumprir as leis do País (*in* "Jurisprudência Criminal", vol. II, 3ª ed., p. 312). Tal ensinança nos lembra passagem de SÓCRATES que, quando convidado a fugir para evitar a morte, respondeu nobremente: "*É preciso obedecer às leis da cidade, prescrevam elas seja o que for*".

GROPPALI entende que o "*Direito é constituído por um conjuncto de normas irrefragavelmente obrigatórias, que, munidas de sancção e feitas valer*

Acesso ao Sumário

pela auctoridade do Estado, regulam as acções dos individuos e dos grupos sociaes, com o fim de assegurar o respeito, a retribuição, o socorro mutuo e a subordinação das pessoas nas relações mais importantes da vida social" ("Philosophia do Direito", Trad. de SOUZA COSTA, Ed. Livraria Classica, Lisboa, 1926, p. 269/270).

Se, de um lado, o Direito é um conjunto de normas obrigatórias, de outro, como lembra ORLANDO GOMES em sua obra "Introdução ao Direito Civil", o juiz é um verdadeiro escravo da lei e, por via de consequência, não tem o poder de julgar contra ela. Adverte o citado mestre que a tese contrária é de aspiração doutrinária contestável e, sobretudo, perigosa (obra e autor citados, 3ª ed., p. 53).

MÁRIO GUIMARÃES observa: "*Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Mais adiante arremata: "Admitir possa o magistrado tornar prevalente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fôra superpor a sua vontade individual à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários*" *(O Juiz e a Função Jurisdicional*, 1ª ed., 1958, p. 330-1)."

A jurisprudência não discrepa desse entendimento: *"Ao Magistrado cabe dizer o Direito e não criá-lo. E isto a Constituição delegou a outro Poder, o Legislativo, a quem cabe o poder de legislar, vedado ao Juiz, na função judicante, criar causas outras, não previstas na legislação ordinária ou extraordinária, como causa obstativa do Direito de punir do Estado" (RJDTACrim* - 20/223).

Ademais, cumpre ponderar que *princípio da insignificância* não pode ser considerado sinônimo de impunidade.

Ora, se o Poder Judiciário, por entender que haja irrelevância penal, admitir que os malfeitores possam praticar pequenos furtos afirmando que não há crime, estará estabelecendo uma premissa extremamente perigosa e estimulará mesmo o cometimento de subtrações de coisas de menor valor. A tipicidade configurada deve ser respeitada e aplicada pelo juiz, que está obrigado a proferir sentença condenatória em casos tais, ainda que, se for o caso, reconheça o privilégio, o que a toda evidência não é o caso dos autos.

Nesse sentido, colaciono recentes julgados do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *Ementa HABEAS CORPUS. PENAL.* ***FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL****. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL*

Acesso ao Sumário

FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA. MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE, NO CASO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal." (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.) 3. Na hipótese dos autos, não se verifica o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente, o qual, segundo o acórdão impugnado, já teria se utilizado do mesmo modus operandi para cometer outros furtos. 4. Ademais, a conduta perpetrada pelo Paciente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. Com efeito, o comportamento do Acusado - que subtraiu, mediante o emprego de fraude, objetos no interior de uma repartição pública - revela-se incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, por apresentar significativo grau de reprovabilidade. 5. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, reformulou sua jurisprudência para considerar que determinadas qualificadoras do furto, em especial as de natureza objetiva, são compatíveis com a causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2.º, do Código Penal. Precedentes. 6. No caso em apreço, contudo, as circunstâncias em que o delito foi cometido inviabilizam o reconhecimento da figura privilegiada. Precedentes. 7. Habeas corpus denegado. (Processo HC 181950/DF HABEAS CORPUS 2010/0147951-7 Relatora Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 24/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 5/2012)

Ementa HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça é no sentido de ser inaplicável o

Acesso ao Sumário

princípio da insignificância ao delito de roubo, exatamente por conta da violência ou grave ameaça, que afastam os requisitos de mínima ofensividade da conduta, de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e de inexpressividade da lesão jurídica. ***2. No tocante ao furto qualificado, revela-se também inviável a aplicação do princípio da insignificância ou o reconhecimento da forma privilegiada. 3. Em que pese os produtos subtraídos não serem de valor expressivo - oito barras de chocolate de marcas diversas, duas barras de cereal, outras cinco unidades de chocolate e uma embalagem de balas de menta -, a forma como o delito foi cometido revela a reprovabilidade comportamento do agente, que se valeu do auxílio de diversos comparsas, dentre eles menores de idade, para invadir estabelecimento comercial e subtrair produtos.*** *Após a empreitada, agrediram duas pessoas e subtraíram seus pertences. 4. Impossível o exame do pleito de progressão de regime prisional, visto que não constituiu objeto do acórdão atacado. 5. Habeas corpus em parte conhecido e, nessa extensão, denegado.* (Processo HC 125993/ SP HABEAS CORPUS 2009/0005611-3 Relator Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 18/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 27/06/2012)

Assim tenho votado em todos os casos em que essa tese da atipicidade pela insignificância foi sustentada.

Não bastassem os argumentos acima, agora anoto, por oportuno, que numa das últimas sessões do colendo Supremo Tribunal Federal foi enfrentada essa mesma questão, que rejeitaram, por maioria, porque se tratava de reiteração criminosa, oportunidade em que ainda ficaram vencidos dois dos Ministros que participaram do julgamento, os quais concediam a ordem.

Então é de se perguntar: Como ocorrerá reiteração criminosa se nós absolvermos por atipicidade? Obviamente não se poderá falar nem mesmo em maus antecedentes, em isso ocorrendo.

Qual seria o limite para se estabelecer o que é valor irrisório? Não há como predeterminá-lo. Lembro que em data também mais ou menos recente foi entendido como valor irrisório o que equivalia, se não me engano, a pouco mais de R$ 100,00 (cuidava-se de um aparelho eletrônico). Esse entendimento, repito, contraria expressamente a Lei Penal porque não há base legal para se sustentar uma decisão que absolve por atipicidade um fato que está descrito como crime.

Acesso ao Sumário

Obviamente seria diferente se cuidássemos de um palito de fósforo, palito de dente, copo plástico descartável, etc. Enfim, qualquer coisa que efetivamente não tivesse valor algum. Todavia, se, ao contrário, isso não ocorresse, por certo teríamos que aplicar a figura do privilégio, desde que presentes os demais

requisitos legais, obedecendo-se, então, exatamente o que a legislação penal prevê.

Tem mais.

Para reforçar e nocautear de vez essa tese que me parece teratológica, com o devido respeito, lembro também que, em data recentíssima (provavelmente no final de maio último), foi apresentado *habeas corpus* perante nossa Corte maior, no qual o impetrante sustentou que o valor de R$ 16.000,00 é irrisório visto que a Fazenda Nacional não executa quantia inferior a R$ 20.000,00 porque as despesas com o processo não justificariam tal cobrança.

Lembro o que constou das notícias do colendo Supremo Tribunal Federal a respeito das duas questões acima mencionadas:

Princípio da insignificância e reiteração criminosa.

Em conclusão, a 2ª Turma, por maioria, denegou ordem de habeas corpus, ao reconhecer, na espécie, a inaplicabilidade do princípio da insignificância ante a reprovabilidade e ofensividade da conduta do agente. O paciente, condenado pela prática de furto simples tentado, alegava a inexpressividade do valor do bem. Apontou-se que o reconhecimento da insignificância não poderia levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Ressaltou-se que o paciente possuiria acentuada periculosidade e faria do crime o seu meio de vida, a apostar na impunidade. Frisou-se que seria nesse contexto que se deveria avaliar a censurabilidade da conduta e não apenas na importância econômica dos bens subtraídos. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que concediam a ordem. Asseveravam ser certo não bastar apenas o ínfimo valor das coisas furtadas. Consignavam, contudo, que, embora o paciente tivesse registro de inquéritos policiais e ações penais, não haveria condenação penal transitada em julgado. Pontuavam que esse fato não seria suficiente a atribuir ao paciente o caráter de agente criminoso ou de alguém que fizesse do crime prática reiterada e habitual, considerada a presunção constitucional de inocência que a todos beneficiaria. (HC 114340/ES, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 14.5.2013)

HC questiona valor para aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho

A defesa de um morador de Foz do Iguaçu (PR), acusado do crime de descaminho por suprimir o pagamento de R$ 16 mil em impostos com a introdução irregular de mercadorias no País, apresentou um pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal (STF), alegando que se aplica ao valor o princípio da insignificância. O pedido foi feito no Habeas Corpus (HC) 118067, distribuído ao ministro LUIZ FUX.

Na ação, a defesa sustenta que o patamar para a declaração de

Acesso ao Sumário

insignificância de crimes tributários é o fixado pela Fazenda Nacional como valor mínimo para ajuizamento de execuções fiscais. Esse número foi fixado pela União em R$ 10 mil até a edição da Portaria 75/2012, do Ministério da Fazenda, quando foi elevado para R$ 20 mil. Ainda que o descaminho tenha sido praticado em 2011, anteriormente à elevação do patamar, o HC sustenta que se deve aplicar o novo valor a fim de caracterizar a atipicidade da conduta.

O réu foi absolvido pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, decisão reformada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo o tribunal superior, o caso não se enquadra na jurisprudência da corte que firmou o patamar para declaração de insignificância em crime tributário em R$ 10 mil.

Segundo a defesa do acusado, há precedentes no TRF da 4ª Região estabelecendo que o desinteresse na Fazenda Nacional na execução fiscal impossibilita a incidência do regime mais gravoso, estabelecendo a aplicação do teto de R$ 20 mil para o reconhecimento de atipicidade da conduta. Esse valor, diz a defesa, resulta de estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), indicando que em ações de execução fiscal de montantes inferiores a R$ 21,7 mil a União não recuperaria o custo de condução do processo judicial.

"A mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada são aferidos, de forma objetiva, e pelo valor atualizado de R$ 20 mil", afirma a defesa, pedindo o trancamento da ação penal e a absolvição do acusado.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem o poder-dever, obrigação mesmo, que impedir que isso ocorra e jamais o de incentivar, ainda que indiretamente a ocorrência de delitos, por mais que sejam de pouca gravidade. A lei deve ser cumprida e estamos, todos, impedidos de decidir contra o que ela dispõe, a qual, como assinalei, prevê tratamento próprio para as infrações de pequeno valor, desde que satisfeitos todos os demais requisitos.

Acesso ao Sumário

Destarte, a condenação é medida que se impõe, devendo o réu ser apenado como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Passo à aplicação das penas.

Em observância ao artigo 59, do Código Penal e tendo em vista os maus antecedentes apresentados pelo réu (fls. 05 e 12, do apenso), fixo a pena base acima do mínimo legal, na fração em 1/3, alcançando um ano e quatro meses de reclusão, mais pagamento de treze dias-multa, no mínimo legal.

Tendo em vista a menoridade do apelado à época dos fatos, diminuo a

pena para **um ano e dois meses de reclusão**, e pagamento de **onze dias-multa**.

Ausentes causas de aumento e diminuição torno a pena definitiva neste patamar.

A imposição do regime semiaberto para o desconto da reprimenda é o adequado, porque se trata de indivíduo contumaz na prática de crimes, não só contra o patrimônio (fls. 05 e 12, do apenso).

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição, na forma do artigo 44, II e § 3º do CP, e também o *sursis*, conforme artigo 77, do mesmo *Codex*.

Todavia, anoto que, de acordo com as penas aplicadas, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Como a sentença absolutória não interrompe a prescrição, contando da data do recebimento da denúncia até a presente Sessão de Julgamento, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

A denúncia foi recebida em 28.09.2009 (fls. 32/33) e, de acordo com a pena aplicada, um ano e dois meses de reclusão, prescreve nos moldes do artigo 109, V, c.c. artigo 110, § 1º, ambos do Código Penal, em quatro anos.

Ocorre que, o réu era menor de 21 anos à época dos fatos, motivo pelo qual tem incidência o redutor do prazo previsto no artigo 115, do Código Penal, de forma que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Anoto que a prescrição da pretensão punitiva pode e deve ser declarada na hipótese vertente, consoante bem o demonstra LUIZ CARLOS BETANHO, a saber:

> *O novo Código Penal consagra sistema prescricional mais favorável que o vigente ao tempo do fato (prescrição retrooperante da pretensão executória - Súmula 604 do STF) e, por isso, deve retroagir, em benefício do acusado (art. 2º, parágrafo único, do CP). Não impede a solução o fato de ter a pena sido imposta em virtude de recurso do Ministério Público. Exegese mais atenta da reforma penal (Lei 7.209/84) revela que a prescrição retroativa passou a ter por único fundamento o chamado "princípio da pena justa". Em conseqüência, decorrido o lapso temporal necessário, a prescrição pela pena concretizada tanto pode ocorrer quando a acusação deixa transitar em julgado a sentença, como nas hipóteses em que apela pleiteando a agravação do castigo e não obtém êxito ou impugna a absolvição e o réu vem a ser condenado em segundo grau. Na última hipótese figurada, a pena justa é a que resultou do julgamento de segunda Instância, e negar a prescrição retroativa pelo seu parâmetro, a quem fora, de início, absolvido, seria fazer pesar contra o acusado a errônea prestação jurisdicional de primeiro grau, que o provimento do apelo tornou sem efeito. Nem a boa hermenêutica, nem o sentimento de justiça, nem a literalidade do texto, que fala em*

Acesso ao Sumário

sentença condenatória, conduzem à conclusão, pois a palavra sentença, como sabido, significa decisão judicial, abrangendo as de primeira e de segunda Instância... Vitoriosa a "teoria brasileira da prescrição" e já editada a Súmula 146, o STF, após longa incerteza, acabou por reconhecer a extinção da punibilidade a esse título, nas condenações proferidas em grau de recurso, entendimento que não mais alterou após o julgamento dos Embargos de Divergência no RE 76.320 (RTJ 76/148, julgamento de 11.9.75).

Posto isso, dou provimento ao recurso ministerial para condenar **ROBSON SANTOS BALBINO** como incurso no artigo 155, caput, do Código Penal, a um ano e dois meses de reclusão, em regime semiaberto mais onze dias-multa. Em seguida, de ofício, julgo extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição, na forma acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0374684-71.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado VALTER MARQUES TEIXEIRA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5849)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 22 de novembro de 2013.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Homicídio - Absolvição sumária nos crimes de competência do Júri - Recurso do Ministério Público que busca a pronúncia do réu - Provas seguras e incontroversas de que o réu agiu amparado pelas excludentes de ilicitudes da legítima defesa e do estrito cumprimento de dever legal - Sentença confirmada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 180/184, acrescenta-se que o réu **VALTER MARQUES TEIXEIRA** foi absolvido sumariamente da prática do delito previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 415, inciso IV, do Código de Processo Penal, sendo reconhecidas as causas de excludentes de ilicitude da legítima defesa e do estrito cumprimento de dever legal.

Inconformado, apela o Ministério Público requerendo a reforma da r. sentença para que se determine a pronúncia do réu, nos termos da denúncia (fls. 208/213).

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo ministerial.

É o relatório.

É certo que a sentença de pronúncia é decisão interlocutória mista, ou seja, constitui juízo baseado em suspeitas e não em certeza, atuando o princípio *in dubio pro societate*. Porém, as provas dos autos são seguras e inequívocas de que o réu agiu amparado pelas excludentes de ilicitudes da legítima defesa e do estrito cumprimento de dever legal, pelo que a absolvição sumária era mesmo de rigor.

A materialidade e a autoria delitiva estão bem comprovadas, como se vê do auto de exibição e apreensão (fls. 14 e 15), do laudo pericial (fls. 34/37 e 132/147), do exame necroscópico (fls. 47/49) e da prova oral produzida sob o crivo do contraditório.

Aliás, quanto à autoria o próprio réu confessou o fato, explicando ser Policial Militar há vinte e dois anos e que estava fazendo patrulhamento de motocicleta quando viu o exato momento em que a vítima tentava assaltar um veículo parado no trânsito. Um outro policial gritou para a vítima, mas ela correu de arma em punho. Conseguiu desvencilhar do trânsito e aproximar-se dela. Ordenou para que ela parasse. Porém, a vítima se virou em sua direção e efetuou dois disparos, os quais não o atingiram. Revidou ao ataque, efetuando um único disparo, que atingiu a vítima. Providenciou o socorro à vítima. Ainda, quanto ao fato da vítima ter sido atingida nas costas, esclareceu que ela "*virou, quando atirou na minha direção, não parou de correr, apenas apontou a arma para trás*" (fls. 90 e verso).

A par disso, a versão do réu de que agiu no estrito cumprimento de dever legal e em legítima defesa está em perfeita consonância com a prova oral produzida sob o crivo do contraditório. Vejamos.

Em juízo, a testemunha André descreveu detalhadamente como ocorreram os fatos: " *(...) eu estava na borracharia do meu tio quando vi um rapaz armado correndo. Esse rapaz subiu pelo terreno vizinho e tentou entregar uma coisa*

Acesso ao Sumário

para outros dois. Depois, quando ele viu a polícia se aproximando, ele voltou pelo terreno, pulou o muro e correu para a avenida, portando a arma de fogo. Eu vi que os policiais estavam agindo rapidamente e, inclusive, que uma policial feminina chegou a gritar para ele parar pois era polícia. O rapaz não parou e continuou correndo com a arma em punho. Eu vi que o réu estava em uma moto atuando junto com os outros policiais. Não ouvi e nem vi nenhum tiro, até porque a avenida era bastante movimentada. (...) Esclareço também que eu vi a vítima batendo com a arma no vidro de um carro que estava parado no semáforo e anunciando o assalto. Quando o dono do carro estava para lhe entregar a chave do veículo, a vítima viu a aproximação dos policiais e correu" (fls. 154).

A para disso, a testemunha Rodrigo confirmou a tentativa de subtração de seu veículo pela vítima: "*estava no meu carro, parado no semáforo, quando eu percebi uma movimentação estranha na rua. Na sequência a vítima veio com um revolver do lado direito do carro, bateu no vidro com a arma e gritou que não se tratava de uma brincadeira, mandando que eu abrisse a porta. Ele deu a volta pela frente do carro e veio para a porta do motorista, quando eu saí do carro e já estava entregando a chave para ele até que a polícia se aproximou. Havia dois policiais à pé correndo atrás dele e se não me engano outros dois na moto. Com a aproximação dos policiais a vítima correu por cerca de trezentos metros, sempre com a arma em punho, até entrar para uma rua lateral. Depois eu não vi mais o que aconteceu.(...) No horário dos fatos havia trânsito intenso de veículos e ônibus na avenida e muito barulho*" (fls. 155).

Conforme o depoimento do Policial Militar Edilson, que também perseguia a vítima, "*houve dois disparos sequenciais, uma pequena pausa e um terceiro*" (fls. 156).

Por fim, o Policial Militar Rodolfo, Viu a vítima tentar subtrair o veículo de arma em punho e explicou como ocorreu a perseguição: "*a vítima virou a esquina e em seguida o réu também virou, estando o depoente um pouco atrás. Que assim que o réu virou a esquina ocorreram os disparos tanto por parte da vítima quanto por parte do réu. Que o depoente não pode ver quem efetuou o primeiro disparo. Que no momento ouviu dois ou três disparos, não tendo visto de quem partira, mas que depois pela observação das munições soube que a vítima havia efetuado dois disparos e o réu um disparo. Que o réu não foi atingido por nenhum dos disparos. Que ao virar a esquina o depoente viu a vítima caída e o réu junto a ela tirando a arma de sua mão, tendo em seguida sido chamado socorro. Que a vítima estava viva e havia levado um tiro*" (fls. 163).

Portanto, ao contrário do que entendeu o douto Promotor de Justiça, inegável que o conjunto probatório carreado nos autos demonstra inequivocadamente, que a conduta descrita na peça incoativa ocorreu sob o manto de excludente de

ilicitude.

O apelado, Policial Militar, agiu no estrito cumprimento do dever legal e somente repeliu eficazmente agressão injusta e atual da vítima, que fugia em via movimentada e atirou em sua direção por duas vezes. A reação do réu foi proporcional e imediata.

A propósito, sobre a excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal: "*trata-se de ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento pátrio, a existência de deveres atribuídos a certos agentes que, em tese, podem configurar fatos típicos. Para realizar uma prisão, por exemplo, o art. 292 do Código de Processo Penal prevê que "se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou pra vencer a resistência...*" (Código Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2012, pág. 260).

Sobre a legítima defesa: "*É a reação imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outrem (TJSP, RT 518/349) (...) Em face de agressão injusta, a vítima tem a faculdade legal e o dever moral de obstá-la, mesmo recorrendo ao exercício de violência (TJSP, RT 624/303; TACrSP, julgados 75/406) (...) Ela alcança quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, como a vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranquilidade do domicílio, pátrio poder, segredo epistolar etc (TACrSP, julgados 76/279; STJ, RHC 2.367-7, dju 14.6.93, p. 11791)*" (Código Penal Comentado, Celso Delmanto, editora Saraiva, 2011, pág. 177).

Nesse sentido:

> "*Não há crime quando o agente pratica o fato no 'estrito cumprimento de dever legal'. Consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Exemplo: o policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem judicial. Quem cumpre um dever legal dentro dos limites impostos pela lei obviamente não pode estar praticando ao mesmo tempo um ilícito penal. Age n estrito cumprimento do dever legal, por execplo, policial que atira contra detento em fuga, valendo-se dos meios necessários e sem excesso (TJDFT, SER 19990810025822, 1ª t. Criminal, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, j. 8-9-2005); policiais que, ao abordarem indivíduo que furtara um veículo, são recebidos com tiros e, ao revidar, atingem-no (TJRS, ROf 70012192084, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Elba aparecida Nicolli Bastos, j. 11-8-2005)" (Código Penal Comentado, Fernando Capez, editora Saraiva, 2012, pág. 72).*

Acesso ao Sumário

"A confirmação da decisão que absolveu sumariamente os denunciados se impõe, já que cabalmente comprovado que estes agiram amparados pela excludente de ilicitude da legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal" (TJMG, Recurso de ofício 1.0024.02.723740-3/001 (1), Rel. Armando Freire, j. 23-08-2005) (Código Penal Comentado, Cezar Roberto Bitencourt, editora Saraiva, 5ª edição, 2009).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. OCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO CRIMINAL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA LIMITOU-SE A CONFIRMAR O DECLARADO NO INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1) Se o conjunto probatório não deixar dúvidas sobre a ocorrência de excludente de ilicitude, estrito cumprimento do dever legal, torna-se imperiosa a absolvição sumária do réu. (TJAP - RESE nº 260 - Acórdão nº 5243 - Rel. Luiz Carlos - Câmara única - julg. 03.12.2002).

Quanto à alegação do representante do *parquet* de que a necropsia de fls. 47/49 atesta que a vítima foi atingida na região lombar, tem-se que a "*agressão (tiro) pelas costas não exclui, por si só, a legítima defesa, pois no decorrer da agressão podem ocorrer bruscas mudanças nas posições dos contendores* (TJPR, RF 271/266; TJSC, RT 494/387)" (Código Penal Comentado, Celso Delmanto, editora Saraiva, 2011, pág. 178).

Nesse sentido:

"Distinguem-se o tiro "nas costas" e o "pelas costas", pois, enquanto este é indício da qualificadora, o outro pode ser ocasionado em momento de luta (TJPR, RF 271/266; TJRJ, RF 263/338) (Código Penal Comentado, Celso Delmanto, editora Saraiva, 2011, pág. 450).

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006483-71.2006.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que são apelantes RICARDO DE MORAES, VANDERLON JOSÉ DE LEMOS, RENATO DE ASSIS PINTO JÚNIOR e ROGÉRIO APARECIDO PASSIANI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Criminal Extraordinária 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 5566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.

São Paulo, 22 de novembro de 2013.

SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Receptação. Pleitos objetivando a absolvição por ausência de provas. Impossibilidade. Farto e suficiente conjunto probatório. Pedido de absolvição ante o reconhecimento de obediência hierárquica. Inviabilidade. Excludente reservada à esfera pública. Condenação mantida. Substituição por duas prestações de serviços à comunidade. Inadequação. As substituições devem se dar por mais de uma restritiva e não pela mesma restritiva por duas vezes. Parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por RICARDO DE MORAES, VANDERLON JOSÉ DE LEMOS e RENATO DE ASSIS PINTO JÚNIOR, contra sentença de primeiro grau (fls. 318/323), prolatada em 21 de novembro de 2008, pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Paulo Henrique Ribeiro Garcia, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Cotia, que os condenou às penas de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, no piso legal, substituída por restritivas de direito, consistente em duas prestações de serviços à comunidade, em igual prazo, para cada qual, declarando-os como incursos no art. 180, § 1º, do Código Penal.

Irresignados, os apelantes interpuseram o presente recurso objetivando, em resumo, a absolvição por ausência de provas quanto ao dolo ou ante o reconhecimento da excludente de obediência hierárquica e, subsidiariamente, o afastamento da pena de multa.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público bateu-se pelo acerto do *decisum*, reiterando manifestação anterior, consoante art. 2º, *caput* do Ato nº. 536/2008-PGJ-CGMP.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, endossou as contrarrazões ministeriais, opinando pelo improvimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Devidamente processado, o apelo comporta parcial provimento, merecendo pequeno reparo a r. decisão atacada.

Segundo descreve a denúncia, no dia 19 de junho de 2006, na Estrada da Roselândia, sem número, após denúncias anônimas, os apelantes foram surpreendidos, enquanto desmontavam o veículo Volkswagen/GOL, placas DSK4100, que sabiam ser produto de furto perpetrado em face de Alex Cardoso Freire, no dia anterior, e ainda mantinham em depósito, para fins comerciais, 4 amortecedores traseiros, 6 amortecedores dianteiros, 20 bancos, 4 suspensões, 2 motores de arranque, 2 capôs, 5 volantes, 15 portas, 20 faróis, 3 câmbios, 8 painéis e 20 rodas, todos com numerações raspadas.

A materialidade e a autoria restaram amplamente demonstradas no decorrer da instrução processual, conforme provas coligidas, todas em perfeita consonância, restando de rigor a manutenção do édito condenatório em desfavor dos apelantes.

O guarda civil Adilson Roberto Moreira relatou (fls. 250/251) que, atendendo a denúncia anônima, diligenciou ao local informado e, ao ingressar no estabelecimento, avistou os apelantes em volta do veículo, já parcialmente desmontado, portando ferramentas. Após consulta, verificou que o veículo em processo de desmontagem era fruto de furto recém perpetrado. Os apelantes foram detidos e afirmaram saber da origem ilícita do veículo.

Em igual sentido foram as declarações do guarda civil Admilson Eleotério dos Santos, o qual apenas acrescentou (fls. 252/253) que, no local, foram detidas outras pessoas que ali estavam para adquirir as peças, todas desprovidas de notas fiscais.

A testemunha Nilson Santos da Silva relatou (fl. 254) que o local é conhecido por vender peças usadas. Disse ter sido detido logo após adquirir um radiador usado pelo valor de 80,00 reais.

O corréu Rogério Aparecido Passiani, em seu interrogatório (fls. 167/168), negou ter ciência sobre a origem espúria do veículo. Afirmou receber cerca de 400,00 reais mensais. Disse que o veículo estava sendo desmontado em local visível e que o estabelecimento era frequentado por clientes em busca de peças.

Em seu interrogatório, o apelante Ricardo alegou (fls. 161/162) ter sido contratado recentemente por "Jão", para desmontar os veículos, cuja origem seria de leilões. No local, era realizada a comercialização das peças.

O apelante Vanderlon, ao seu turno (fls. 163/164) afirmou ter sido contratado, 4 dias antes, por João, para trabalhar como vendedor das peças, contudo, desconhecia a origem espúria das mercadorias.

Por fim, o apelante Renato de Assis Pinto Júnior afirmou (fls. 165/166) que trabalhava no local há uma semana, por indicação do apelante Ricardo,

Acesso ao Sumário

sendo contratado para auxiliar na desmontagem de veículos. Não teve qualquer registro em sua carteira de trabalho e não soube declinar o nome completo de João.

O boletim de ocorrência da subtração do veículo Gol (fls. 28/29), aliado ao laudo pericial (fls. 210/215), é suficiente à materialidade delitiva, descrevendo de forma detalhada as condições do local e as peças apreendidas, instruído, inclusive, com fotos.

Quanto aos depoimentos dos policiais, devem ser analisados sob o mesmo prisma de qualquer outra testemunha, não tendo seu valor diminuído pelo fato de serem servidores públicos. A esse respeito, valioso mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

> *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 166979/SP. Min. Rel. Jorge Mussi. 5ª Turma. DJe 15.08.2012)

Ademais, sendo agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade, não se podendo, em princípio, considera-los inidôneos ou suspeitos para prestar depoimentos, exclusivamente por sua condição funcional, na ausência de quaisquer elementos concretos aptos a eivar sua credibilidade, os quais, *in casu*, inexistem.

Diante do quadro, as variantes apresentadas pelos apelantes demonstram-se, além de incongruentes, patentemente desamparadas frente às demais provas coligidas.

Nenhum dos recorrentes logrou êxito em declinar, de maneira linear e elucidativa, o que faziam e quem seria o real proprietário do estabelecimento comercial, tampouco apresentaram documentos fiscais dos bens ali apreendidos.

Se de um lado tem-se por inverossímeis as versões trazidas pelos apelantes, de outro, resta inequívoca ciência acerca da origem ilícita dos referidos bens e das atividades ali desenvolvidas, porquanto, assim afirmaram aos guardas civis na ocasião do flagrante.

Ademais, conforme se verifica das fotografias (fls. 214/215), a grande quantidade de peças, oriundas de carcaças, totaliza razoável dimensão, que jamais passaria despercebida aos olhos dos apelantes, não sendo crível a inexistência de mínima desconfiança da atividade de desmanche ali desenvolvida.

Do exposto, não resta dúvida em relação ao ilícito na conduta dos apelantes, desmontando e mantendo em depósito diversas peças de origem ilícita e um veículo recém subtraído.

Não obstante, desassiste razão ao apelante em relação ao reconhecimento de obediência hierárquica, posto que *não há possibilidade de se sustentar a*

Acesso ao Sumário

excludente na esfera do direito privado, tendo em vista que somente a hierarquia no setor público pode trazer graves consequências para o subordinado que desrespeita seu superior (no campo militar, até a prisão disciplinar pode ser utilizada pelo superior, quando não configurar crime...)[1].

Para a configuração da aludida excludente, reservada à esfera pública, ainda se faz necessária a existência de ordem não manifestamente ilegal, emanada de autoridade dotada de competência, além do estrito cumprimento da ordem pelos subordinados, requisitos inexistentes *in concreto*.

De tal sorte, amplamente demonstradas autoria e materialidade, irreprochável a condenação dos apelantes como incursos no art. 180, § 1º, do Código Penal, restando de rigor a manutenção integral do *decisum*, cuja reprimenda aplicada igualmente dispensa reparos.

Na dosimetria da pena, consoante o art. 59 do Código Penal, ante a ausência de elementos negativos, em quaisquer etapas do sistema trifásico, a reprimenda foi mantida no patamar mínimo legal, totalizando 3 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no piso legal.

Nesse sentido, oportuno consignar a impossibilidade de fixação da pena de multa aquém do mínimo legal, nos termos da disposição contida na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*, tornando absolutamente inviável o atendimento do pleito defensivo.

Por fim, a quantidade de pena estabelecida, aliada às condições pessoais dos apelantes - sujeitos primários e com bons antecedentes -, permitiu a fixação do regime mais brando, qual seja o aberto, suficiente à reprovação do delito, consoante devidamente fundamentado pelo magistrado *a quo*.

Contudo, no tocante às substituições procedidas, o édito comporta pequeno reparo, porquanto o art. 44 do Código Penal é expresso ao determinar que, sendo *superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos*, ou seja, dentre o rol de reprimendas restritivas de direitos, o magistrado deve optar por duas distintas, mas não pela imposição de apenas uma, repetida por duas vezes, como *in concreto*.

Acesso ao Sumário

A variedade de penas restritivas disponibilizadas pelo legislador há de ser otimizada e compatibilizada pelo magistrado em sede de substituição da reprimenda.

Atento às condições pessoais do réu, o juiz sentenciante deve eleger duas penas restritivas que mais se adequem ao caso, sob pena de padronização das reprimendas e, em última análise, ofensa à individualização.

Neste sentido vimos entendendo:

1 NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, RT, 13ª ed., p. 253.

'Individualizar' significa particularizar uma situação ou tornar alguém individual; quer dizer distinguir uma coisa de outra, a fim de poder compreender, exatamente, o conteúdo, o alcance e a extensão do objeto analisado.

A 'pena' é a sanção penal destinada ao condenado, infrator da lei penal, cuja finalidade é multifacetada, implicando em retribuição e prevenção pela prática do crime.

A junção desses termos, constituindo a individualização da pena, é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências. Logicamente, todos são iguais perante a lei, mas não perante uns aos outros. Cada qual mantém a sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento da aplicação da pena[2].

Exatamente nesses moldes, prestigiando a individualização da pena, entendemos inviável e improdutiva a fixação de duas prestações de serviços à comunidade, motivo pelo qual, mantenho apenas uma delas.

Quanto à substituição restante, considerando a qualificação dos apelantes, fixo a prestação pecuniária no importe de 1 salário mínimo, para cada qual, em favor de entidade assistencial a ser igualmente designada pelo juízo das execuções criminais competente.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** aos apelos defensivo interposto por RICARDO DE MORAES, VANDERLON JOSÉ DE LEMOS e RENATO DE ASSIS PINTO JÚNIOR apenas para alterar uma das reprimendas substitutivas por prestação pecuniária, consistente no adimplemento de 1 salário mínimo, cada qual, em favor de entidade assistencial, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029139-74.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LEANDRO RODRIGUES DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do

Acesso ao Sumário

2 NUCCI, Guilherme de Souza, Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, RT, p. 159.

MINISTÉRIO PÚBLICO, para fixar as penas de LEANDRO RODRIGUES DA SILVA em CINCO (05) ANOS DE RECLUSÃO e pagamento de QUINHENTOS (500) DIAS-MULTA mínimos, 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 26.986)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente), SÉRGIO COELHO E PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 21 de novembro de 2013.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS MAJORADAS. REGIME PRISIONAL MANTIDO. PROVIMENTO DO APELO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 171/177, proferida pelo Ilustre Magistrado LUCIANO FRANCHI LEMES, acrescenta-se que LEANDRO RODRIGUES DA SILVA foi declarado incurso na norma do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 e condenado a cumprir, no regime fechado, as penas de **UM (01) ANO E OITO (08) MESES DE RECLUSÃO** e pagamento de **CENTO E SESSENTA E SETE (167) DIAS-MULTA** mínimos.

Inconformado, apelou o **MINISTÉRIO PÚBLICO** pretendendo, em síntese, o afastamento da redução contida no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos (fls. 184/192).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 206/209, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 216/219, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser reformada em parte, em que pesem seus jurídicos fundamentos.

A materialidade delitiva restou bem demonstrada nas conclusões periciais de fls. 76/77, atestando o Dr. Perito que as substâncias apreendidas e periciadas revelaram ser maconha, com peso líquido de 712,690 gramas, acondicionada em três tabletes, e cocaína, pesando 0,692 gramas, acondicionada em quatro invólucros.

A autoria também é certa nos autos.

Perante o Juízo, o APELADO confirmou a propriedade das drogas, mas alegou ser usuário.

Os policiais MARCEL e ITALO declararam ter apreendido drogas na casa do APELADO, e ITALO acrescentou que LEANDRO confessou a traficância.

Os adolescentes PABLO e WESLEY disseram que o APELADO era traficante e que ambos tinham dívidas de drogas com ele, sendo determinado por LEANDRO que matassem policiais como forma de pagamento da dívida.

Por tal quadro, correta a condenação do APELADO posto que seguramente demonstrado nos autos que mantinha em depósito cocaína e maconha que destinaria à venda.

A dosimetria da pena merece reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal e reduzida de 2/3 pela incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06.

Todavia, tais penas não podem ser reduzidas com base na causa especial de diminuição acima referida, em atenção à quantidade do entorpecente apreendido, consoante disposto no artigo 42, da novel legislação de tóxicos, que deve ser interpretado em conjunto.

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.

Tal posicionamento em nada fere recente decisão do Excelso Pretório amparando a substituição, visto que a mesma foi tomada por maioria apertada (6x4).

De forma idêntica, a Resolução n° 05/12, do Senado Federal, também não obsta aquele posicionamento, visto que o artigo 44, **"caput",** da Lei de Tóxicos permanece íntegro.

No mesmo sentido, como bem colocado pelo Ilustre Desembargador Souza Nery: *"inviável a aplicação da pena alternativa. Não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei n° 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).

Acesso ao Sumário

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, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovaria 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

Acesso ao Sumário

de reprovação incidente sobre a conduta de traficar." (**in** apelação criminal nº 0000346-09.2012.8.26.0655).

O regime prisional só poderia ser o inicial fechado, em se tratando de crime equiparado a hediondo.

Assim, dá-se provimento ao recurso do **MINISTÉRIO PÚBLICO**, para fixar as penas de **LEANDRO RODRIGUES DA SILVA** em **CINCO (05) ANOS DE RECLUSÃO** e pagamento de **QUINHENTOS (500) DIAS-MULTA** mínimos, mantendo-se a r. sentença recorrida em todos os seus demais termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011709-30.2012.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante EDIR BASTOS, 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: "Rejeitaram as preliminares suscitadas no parecer e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto: 15.703)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Apelação - Roubo Majorado - Preliminares suscitadas pela Procuradoria Geral de Justiça - Conversão do julgamento em diligência - Degravação da mídia digital - Inviabilidade - Alegação de nulidade do processo, por violação ao princípio da ampla defesa - Prova oral colhida em audiência, registrada em CD e disponibilizada às partes - Preliminares rejeitadas.

Mérito - Crime de roubo perpetrado mediante emprego de arma imprópria (chaira) - Absolvição por insuficiência de provas - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria evidenciadas pelos uníssonos depoimentos do ofendido, da testemunha *de visu* e do miliciano - Desclassificação da imputação

Acesso ao Sumário

para a rubrica do delito de lesão corporal leve - Impossibilidade - Violência empregada contra a vítima e elemento subjetivo do tipo comprovados pelo acervo de prova amealhado – Penas corretamente fixadas - Imposição de regime prisional fechado - Aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal à cargo do Juízo das Execuções, à mingua de informações atualizadas acerca da situação carcerária do recorrente - Recurso Improvido

VOTO

EDIR BASTOS (*Bonga*) foi condenado a cumprir seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e a pagar quatorze dias-multa, no piso, por infração ao disposto no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal.

Inconformado, apela postulando a absolvição por insuficiência de provas ou a desclassificação da imputação para a rubrica do artigo 129, *caput*, do Código Penal.

Regularmente processado o recurso, postula a Procuradoria Geral de Justiça a conversão do julgamento em diligência, para que se promova a degravação do conteúdo da mídia digital (prova oral colhida em audiência), ou, então, que se reconheça a nulidade do processo, a partir do início da instrução, por ter havido violação ao princípio da ampla defesa, pois a prova produzida em meio eletrônico não foi largamente disponibilizada às partes. No mérito, opina pelo provimento do reclamo, com esteio no artigo 155, do Código de Processo Penal.

É, em síntese, o relatório.

De início, em que pese os contundentes argumentos relacionados pelo d. Procurador de Justiça PLÍNIO A. B. GENTIL, cumpre consignar que o CD acostado a fl. 81, não o impediu - nem as partes ou a este relator - de ter acesso à prova colhida em audiência, conforme se depreende do teor do r. parecer (fl. 118, item 4).

Acesso ao Sumário

E, embora o registro de depoimentos por meios digitais não seja realmente a forma ideal e mais segura, sobretudo no decorrer do tempo, notadamente no que se referente à conservação da prova, *in casu*, a esta altura, tratando-se de réu preso, a determinação de degravação de tudo que se produziu em juízo vai de encontro aos princípios da celeridade processual, da razoável duração do processo e, ainda, da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a transcrição do conteúdo da mídia digital encartada nos autos, é sabido, não é obrigatória, consoante dispõe o artigo 405, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

Isso porque, referido dispositivo, além de possibilitar, *sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas (...) pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual*, não impôs a obrigatoriedade da transcrição respectiva, porquanto, evidente, data venia, a pretensão do legislador no sentido de se *obter maior fidelidade das informações* (sic, §1º, do dispositivo referido) amealhadas durante a *persecutio criminis*.

Ainda, não se tem notícia de eventual embaraço imposto às partes no que concerne ao livre acesso e manuseio do *CD* contendo a prova audiovisual coligida sob a garantia do contraditório, mesmo porque está acostado aos autos e, aliás, propiciou, repita-se, inclusive a este relator (bem assim ao i. parecerista, lembre-se), a correta e fiel compreensão do acervo produzido durante a instrução, a revelar que o fim visado pelo legislador foi alcançado, isto é, proporcionar aos protagonistas da ação penal (todos, especialmente aqueles que não participaram direta e pessoalmente da produção da prova) a fidedigna avaliação dos depoimentos e interrogatórios, fortalecendo - nesse passo - os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal os quais, aliás, não se vislumbra, de forma alguma, violados e, sobretudo a segurança dos julgamentos, o que sempre foi almejado, principalmente na seara penal, pois, é sabido, o processo penal não pode prescindir da prova oral.

E a evolução na colheita da prova é imprescindível à sociedade contemporânea, já acostumada com a velocidade e a transparência da *internet*, da teleconferência, agora também admitida por lei federal, inclusive no processo penal, a revelar que não tem retorno, não se cogitando, portanto, do retrocesso que encerraria, com nova *venia*, a transcrição das provas orais colhidas em audiência, máxime porque tal prática, aliás, não é novidade, tanto que a gravação dos depoimentos em *fita magnética ou equivalente (sic)* foi autorizada pela vez primeira pela Lei nº 9.099/**1995** (artigo 13, § 3º), cujo artigo 36, **veda** a transcrição respectiva ao estabelecer, expressamente: *A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos*.

Mais, não há como desconsiderar que o procedimento adotado pelo juízo *a quo* está em consonância com a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de **2006**, cujo fiscal de seu cumprimento deveria, de igual modo, festejá-lo, porquanto disciplinou a informatização do processo judicial e o uso de meio eletrônico no que tange à tramitação, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, aplicando-se, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista e, ainda, aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

E não foi por outra razão que, a Resolução nº 511/2011, do Órgão Especial desta C. Corte regulamentou o processo eletrônico no âmbito do TJSP, cuja implantação já se concretizou no Conselho Superior da Magistratura e está em

Acesso ao Sumário

fase adiantada nas Seções de Direito Público e de Direito Privado e, no que se refere à Seção de Direito Criminal, o Comunicado 422/2013, da Presidência deste E. Tribunal de Justiça (Dje 10.10.2013), dirigido *aos senhores magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, procuradores, advogados, demais profissionais do direito e público em geral tornou público que, conforme cronograma divulgado pelo Comunicado nº 171/2013, será implantado no dia 14 de outubro de 2013 o processo eletrônico na Seção Criminal ... tornando-se obrigatório a partir de 23 de outubro de 2013* (sic).

Portanto, àqueles que teimam em não se adaptar ao futuro, isto é, ao nosso tempo - refiro-me ao teor dos julgados retrógrados, ultrapassados, minoritários, unitários mesmo e míopes citados no r. parecer - só restará escolher outro caminho, porquanto, de fato, pararam no vácuo e vivem na era do processo costurado com barbante e da sentença manuscrita, como aliás, ainda, se refere o artigo 388 do Código de Processo Penal de 1941 (*A sentença poderá ser datilografada e neste caso o juiz a rubricará em todas as folhas*, sic), mas, tais práticas, evidentemente, não se coadunam com o processo digital, visível e "manuseado" somente na tela do computador, muito menos com a assinatura eletrônica, aquele (o processo digital) podendo ser distribuído e analisado e esta (a assinatura eletrônica) ser lançada - agora - de qualquer parte do mundo, por meio de mero *tablet, smartphone* e certificação digital, se é que a existência de tais ferramentas já foram apresentadas a alguns.

Assim, rejeita-se o pleito de conversão do julgamento em diligência, bem assim a preliminar de nulidade do processo, porque impertinentes e porque, na hipótese, ainda, afrontam a Súmula 160 do STF (*É nula a decisão do Tribunal que acolher, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício*).

No mais, o acusado foi condenado porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, mediante violência exercida com emprego de arma imprópria (chaira), subtraiu para si, quantia de dinheiro (R$ 150,00) de Manoel da Silva Filho.

Acesso ao Sumário

Infere-se do acervo probatório que o ofendido estava em um bar, com um amigo e o apelante se aproximou, oferecendo-lhe uma cartela de ovos. Diante da inicial recusa, o acusado tornou a lhe oferecer à venda o produto, por apenas R$ 2,00 e, então, Manoel lhe deu a quantia pedida. O apelante deixou a cartela de ovos sobre a mesa e foi embora. Cerca de meia hora depois, quando a vítima caminhava pela via pública, foi abordada pelo recorrente. Ele lhe perguntou onde estavam os ovos. Manoel lhe disse que estavam no bar, onde ele havia deixado. Levou-o até o bar e mostrou o produto sobre a mesa. A seguir, retomou seu caminho, mas foi seguido pelo réu que, de inopino, o agrediu com um golpe no pescoço, usando uma chaira. A filha do ofendido foi avisada por conhecidos sobre o que estava ocorrendo e foi ao local ajudá-lo. Conseguiu desarmar o

apelante, mas não impediu que ele subtraísse a carteira de seu pai e fugisse. A polícia militar foi acionada e o procurou na casa da mãe dele. Indagado, ele negou a prática ilícita, mas foi reconhecido pela vítima e pela testemunha (Sheyla, filha de Manoel) como sendo o autor da agressão e da subtração em comento e, por tal razão, foi conduzido ao distrito policial e preso em flagrante. A arma branca por ele utilizada para atingir o ofendido foi encontrada pela testemunha Sheyla e apreendida.

É o que se depreende dos seguros reconhecimentos e depoimentos prestados pelo ofendido e pela testemunha *de visu*, nas duas fases, bem assim dos firmes relatos do policial militar Valdeci Ferreira, os quais confirmaram a dinâmica dos fatos, tal como foi descrita na denúncia. E o último realçou, ainda, que o recorrente é conhecido nos *meios policias* por envolvimentos em delitos patrimoniais.

Nesse contexto, o edito condenatório era mesmo imperativo, porquanto a materialidade delitiva restou incontroversa e, no que tange a autoria, a versão aventada pelo apelante, sob o crivo do contraditório, no sentido de que costumava consumir drogas com o ofendido e que havia lhe pedido para comprar R$ 30,00 de *cocaína* e que ele lhe trouxe três porções de *pó de giz*, razão pela qual retornou ao bar com a chaira para agredi-lo, não colhe e não é suficiente para excluir a responsabilidade criminal pelo delito que lhe foi imputado, mesmo porque foi infirmada, como se viu, pelos coesos relatos da vítima, da testemunha presencial e do miliciano.

Além disso, é sabido, nos delitos patrimoniais, quase sempre cometidos na clandestinidade, as declarações da vítima - e das testemunhas - são sobremaneira importantes para elucidar os fatos e desvendar a autoria, e, no caso em tela, merecem credibilidade porque não contêm contradição de relevo e melhor se amoldam à realidade que emerge dos autos, sobretudo quando cotejadas com as frágeis palavras do recorrente.

Na lição de TOURINHO FILHO, *a vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à justiça (Processo Penal*, 3º volume, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 259).

Confira-se:

No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecido, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhe a atuação e não acusar inocentes (RT, 484:320).

Outrossim, o acervo amealhado confirmou, seguramente, a violência perpetrada pelo apelante contra a vítima para o fim de consumar a subtração,

Acesso ao Sumário

mediante o uso de uma arma imprópria - chaira -, restando caracterizado o elemento subjetivo do tipo, qual seja o dolo, a revelar inviável a desclassificação do roubo para rubrica de lesão corporal leve, sem se olvidar que a quantia de dinheiro subtraída jamais foi recuperada, a evidenciar que o delito patrimonial, além de caracterizado, restou consumado.

A majorante relativa ao emprego de arma deve permanecer porque, de igual forma, ficou evidenciada e foi comprovada, pelas provas oral e pericial (cf. laudo de fls. 38/39).

As penas não comportam reparo porque as básicas foram impostas 1/6 acima do mínimo, diante dos maus antecedentes ostentados pelo apelante (certidão de fl. 11 do apenso) e, a seguir, em razão da presença de uma casa de aumento (emprego de arma), foram aumentadas na fração mínima (1/3).

Passo outro, correto o regime imposto para o início da expiação (fechado), não somente diante do *quantum* da sanção corporal, mas, sobretudo por ser o único adequado para a prevenção e repreensão de crimes desta natureza, ainda que se trate de réu primário.

É que a concessão de regime diverso a autor de delito dessa estirpe, desvitaliza a eficácia intimidante da pena e age como incentivo à subtração de coisa alheia móvel, mediante grave ameaça ou violência à pessoa. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do *quantum* da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor de roubo simples com o regime aberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, c), medida imprópria, inconveniente e inadequada, sobretudo diante dos altíssimos índices de criminalidade violenta.

Mais: considerando que a determinação do regime prisional não é mero consectário do montante da pena, *ex vi* do disposto no artigo 59 do Código Penal, *força é convir que o agente de roubo se sujeita ao regime fechado, porque a autoria de crime dessa natureza põe em evidência 'personalidade' marcadamente defeituosa* (RJDTACRIM 28/227).

Confira-se, ainda, v. acórdão exarado por esta C. 5ª Câmara de Direito Criminal, no julgamento da Apelação nº 990.08.070972-0, cujo brilhante voto da lavra do e. Desembargador PINHEIRO FRANCO, merece destaque:

Quem age de forma ousada, fria, bem pensada, com intuito de levar pânico a terceiros indefesos, apenas para satisfazer sua ambição econômica, não tem compromisso com as regras de convivência social e não pode merecer o afago do Estado até que demonstre merecimento, submetendo-se, antes, à pena em regime de retiro pleno. Não se trata de mera opinião acerca da gravidade do crime, com reflexos no regime de cumprimento da pena. Trata-se, na verdade, de estabelecer regime indispensável a criminoso que não pode, temporariamente, ser submetido a regime mais liberal. Não há mais campo, penso, para a

Acesso ao Sumário

aplicação matemática de regime de pena, considerando-se apenas o volume da sanção. É necessário que se afira a periculosidade do agente, principalmente porque um réu primário nem sempre é desprovido de periculosidade. Uma condição não exclui necessariamente a outra. E no caso, a conduta merece desdobramentos mais severos. (Apelação Criminal nº 990.08.070972-0, São Paulo, j. 18.12.2008).

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, isto é, se não registra outras condenações ou prisões processuais nem 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 razões, REJEITADAS AS PRELIMINARES suscitadas no parecer, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017134-36.2009.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante ANDERSON SANTIAGO FERNANDES MARGARIDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4730)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

IVO DE ALMEIDA Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Roubo com simulação de emprego de arma - Recurso da defesa que busca a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência - Impossibilidade - Substituição da pena corporal por prestação de serviços à comunidade - Hipótese de não cabimento, considerando a pena concretizada e a grave ameaça exercida - Apelo não provido - Sentença mantida.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 64/67, cujo relatório se adota, **Anderson Santiago Fernandes Margarido** foi condenado a cumprir cinco (05) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e a pagar doze (12) dias-multa, no piso, por infração ao art. 157, "caput" do CP.

Inconformado, o acusado recorreu postulando a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência e que seja estabelecida a prestação de serviços à comunidade (fls. 86/89).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 103/106).

É, em síntese, o relatório.

A acusação é no sentido de que no dia 16 de dezembro de 2008, por volta de 11:45h, na Av. Antonia Pizzinato Sturion, 201, Jd. Petrópolis, Piracicaba, ANDERSON SANTIAGO FERNANDES MARGARIDO, vulgo "santista", subtraiu, para si, mediante grave ameaça, exercida com simulação de arma de fogo, R$ 100,00 pertencentes à farmácia de Kátia Maria Inforcato.

Na fase investigatória o acusado silenciou (fls. 19). Em juízo, admitiu que praticou o roubo em uma farmácia, todavia, disse que não se lembrava dos fatos. Esclareceu que não estava armado mas anunciou o assalto (fls. 48/49).

E tal afirmação, coadunada com o reconhecimento pessoal da vítima, que apontou o acusado como sendo a pessoa que na data dos fatos entrou na farmácia, e com gesto indicativo de que estava armado, a subjugou e subtraiu o dinheiro do caixa, não deixa dúvida de que o apelante realmente foi o autor da rapina (fls. 46).

Por sua vez, o investigador Heraldes José Calovi relatou que o reú foi preso em razão de outro roubo, sendo que a vítima do caso em apreço foi até à delegacia e reconheceu Anderson como autor do assalto (fls. 47).

Diante desse contexto probatório, não há dúvida sobre a existência material dos fatos e sua autoria.

Destarte, era mesmo de rigor a condenação.

As penas-base foram fixadas no piso, tendo, o magistrado sentenciante, neutralizado o aumento que iria impor por conta dos maus antecedentes (fls. 14 do apenso) com a atenuante da confissão. Anotado o erro material onde constou "compensadas agravantes e atenuantes", sendo o correto "compensados os maus antecedentes com a atenuante". Por fim, a exasperação de um quarto (1/4) pela reincidência específica (fls. 15 do apenso) foi adequada, não havendo qualquer reparo a ser perpetrado.

Ressalte-se que, diversamente do postulado pela defesa, incabível a compensação da agravante com a atenuante. A uma porque o art. 67 do CP não autoriza contrabalançar e depois foi aplicada a redução nas bases, considerando a atenuante, que retornaram ao piso, sendo o réu beneficiado.

A imposição de regime inicial fechado também foi acertada e fundamentada. Cumpre registrar, ainda, que no caso dos autos, o isolamento se justifica não pela gravidade abstrata do crime de roubo, mas pela reincidência específica, que, por si só, impede a fixação de regime menos gravoso, observado o art. 33, § 2º, "b" do CP.

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aventada, pois a quantidade da sanção imposta e o crime cometido com grave ameaça à pessoa impedem tal benesse.

Posto isso, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, mantida a r. sentença como posta.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006185-96.2010.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que são apelantes OSVALDO AUGUSTO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ HENRIQUE GARCIA ALVES e JACKLEANDRO PEREIRA FEITOSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "rejeitadas as preliminares, negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente os advogados Dr. Gilberto Antônio Luiz e Dr. José Romeu Rodrigues Júnior e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Edson Spina Fertonani.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18841)**

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente), RICARDO TUCUNDUVA E

Acesso ao Sumário

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 28 de novembro de 2013

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Ementa: TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO - NULIDADES: 1) RÉUS NÃO PARTICIPARAM DE TODAS AS AUDIÊNCIAS – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE - AUDIÊNCIAS REALIZADAS POR CARTAS PRECATÓRIAS - PRESENÇA DISPENSÁVEL; 2) NÃO FOI SEGUIDO O RITO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI Nº 11.343/06; 3) FLAGRANTE NÃO FOI LAVRADO NA CIDADE ONDE OCORREU A PRISÃO - MERA IRREGULARIDADE - DENARC POSSUI ATRIBUIÇÃO EM TODO O ESTADO - FLAGRANTE NA SEDE DA ESPECIALIZADA - QUESTÃO DE SEGURANÇA; 4) ALEGADO FLAGRANTE PREPARADO - INOCORRÊNCIA - FLAGRANTE ESPERADO - AGENTES DA LEI NÃO INDUZIRAM A PRÁTICA CRIMINOSA - PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PÁS DE NULLITÈ SANS GRIEF - PRELIMINARES REJEITADAS.

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS CORROBORADAS POR DEMAIS ELEMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS IMPROVIDOS.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - COMPROVADA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA - ADMISSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Osvaldo Augusto Rodrigues Júnior, José Henrique Garcia Alves e Jackleandro Pereira Feitosa, qualificados nos autos, foram processados e ao final condenados por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Diego Ferreira Mendes, no processo nº 590/10, que tramitou pela 2ª Vara Judicial da Comarca de São Roque - SP, às penas de 17 (dezessete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 2488 (dois mil quatrocentos e oitenta e oito) dias- multa, por violarem o disposto nos artigos 33, ***caput***, e 35, c.c. artigos 42 e 44, inciso V, todos da Lei 11.343/06. Não foi permitido recorrerem em liberdade.

Inconformados, recorreram. Preliminarmente, Osvaldo Augusto alega nulidade do processo, por se tratar de flagrante preparado. Por sua vez, José Henrique reclama nulidade no fato de não ter estado presente em todas as audiências, bem como por ter sido interrogado antes da colheita da prova testemunhal e não ao final da instrução. Questiona, também, o fato de o flagrante ter ocorrido na cidade de Araçariguama - SP, mas o auto de prisão ter sido lavrado na sede do DENARC em São Paulo - SP. No mérito, todos buscam a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pretendem o afastamento da condenação por associação para o tráfico, bem como a redução das penas-base, a não aplicação da majorante por tráfico interestadual e a aplicação da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Processados e contra-arrazoados os recursos, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento de todos.

É o relatório.

As preliminares não merecem acolhida.

As audiências das quais os réus não participaram foram realizadas por meio de cartas precatórias, nas quais não é obrigatória a presença dos acusados. Ademais, em todos os atos os réus estiveram representados por advogados, constituídos ou ***ad hoc***, não havendo que se falar em qualquer mácula processual.

Além disso, a presença física dos réus em nada alteraria o panorama probatório, pois as testemunhas civis, na maioria das vezes, optam por prestarem seus depoimentos sem a presença dos acusados, nos termos do artigo 217 do Código de Processo Penal.

Em relação ao rito adotado, o processo seguiu o determinado pelos artigos 55 e seguintes Lei de Drogas, não havendo qualquer cerceamento de defesa.

Especificamente, estabelece o artigo 57, do referido Diploma Legal:

"*Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável*

Acesso ao Sumário

por mais 10 (dez), a critério do juiz". (grifos nossos)

Assim, seguindo a ordem estatuída pela lei, o Magistrado ***a quo*** procedeu ao interrogatório dos réus, sendo, posteriormente, ouvidas as testemunhas (algumas por meio de carta precatória), não havendo qualquer nulidade.

Dessa forma, não há que se falar em inobservância do artigo 394, § 4º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi corretamente utilizado o rito previsto no artigo 55, da Lei de Drogas, atendendo-se ao princípio da especialidade, sendo asseguradas às partes todas as oportunidades de manifestação, garantido o contraditório e a ampla defesa, segundo o procedimento adotado.

Em relação ao fato de o flagrante não ter sido lavrado na delegacia da cidade onde ocorreu a apreensão, trata-se de mera questão administrativa, que não tem o condão de produzir qualquer mácula processual.

O DENARC (Departamento de Investigações sobre Narcóticos) possui atribuição em todo o Estado de São Paulo, o que permite aos policiais daquela Delegacia Especializada a realização de operações em qualquer cidade paulista. Além disso, São Roque - SP fica a poucos quilômetros de São Paulo - SP, fato que, considerando a quantidade de tóxicos apreendida, a complexidade da apreensão e guarda do grande volume de entorpecentes, era razoável e até mesmo mais seguro que o flagrante fosse feito na sede da especializada.

Quanto à alegação de flagrante preparado, igualmente não merece guarida o reclamo.

Cumpre diferenciar flagrante preparado do esperado. Este ocorre quando a autoridade policial, recebendo informação da prática de um crime, monta esquema de vigilância e consegue deter o infrator; naquele, o crime é cometido por instigação da autoridade policial ou seu agente, que incute a ideia do crime e induz o indivíduo a praticá-lo; há, pois, um desvirtuamento da vontade e da atividade desenvolvida pelo infrator.

Portanto, no caso dos autos, não há que se falar em flagrante preparado ou provocado. O policial civil Pedro obteve informação de que um indivíduo de alcunha "Júnior" buscava alugar um galpão, às margens de alguma rodovia de grande circulação, bem como pretendia que o negócio fosse feito em nome de um "laranja". Tal circunstância fez com que o agente da lei passasse a negociar com o interessado, intermediando a locação do espaço. Todavia, o policial, em momento algum, tomou conhecimento da natureza do produto que os possíveis criminosos pretendiam estocar, somente vindo a saber se tratar de drogas no momento da prisão em flagrante.

Acesso ao Sumário

Assim, descabida a tese defensiva, uma vez que, na hipótese em análise, nenhuma pessoa induziu os réus ou incutiu em suas mentes a ideia de praticar o crime. Ao contrário, o delito já se encontrava em curso, tendo os policiais civis tão somente tido êxito em suas investigações, permitindo a apreensão de grande

quantidade de drogas (aproximadamente 300 kg de ***cocaína***).

Além disso, observo que o tóxico estava oculto em meio a uma carga de toneladas de soja, o que foi feito antes da abordagem policial, demonstrando que o delito foi praticado anteriormente pelos criminosos, pois já haviam realizado, ao menos, um dos 18 (dezoito) comportamentos previstos no artigo 33, ***caput***, da Lei de Drogas, qual seja, transportaram o entorpecente desde o Estado do Mato Grosso.

> **Inocorre flagrante preparado em sede de crime permanente, porquanto o crime preexiste à ação do agente provocador; assim, o policial que comparece ao local e mostra-se interessado na aquisição do entorpecente não induz os acusados à prática do delito, pois o fato de manter guardada a droga destinada ao consumo de terceiros já constitui o crime; portanto, atuação do agente provocador caracteriza-se mero exaurimento (STF - RT 552/441).**

E ainda:

> **Não caracteriza a figura do flagrante preparado o artifício usado por agente policial que, se passando por consumidor interessado na aquisição de drogas, efetua a prisão do traficante, pois o crime de tráfico de entorpecente não se configura apenas com o ato de venda de substância tóxica, mas, também, pela simples guarda ou manutenção em depósito (TJSP RT 763/568).**

Por fim, o posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal é de que não se declara nulidade, mesmo absoluta, senão estiver comprovado o prejuízo:

> **EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CP, ART. 121, § 2º, I, III e IV. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA DEFICIÊNCIA DO TERMO DE VOTAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO DOS NÚMEROS DE VOTOS AFIRMATIVOS E NEGATIVOS DO CONSELHO DE SENTENÇA. CP, ART. 487. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. VOTO PRELIMINAR 1. O habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar. VOTO MÉRITO 2. O veredicto do júri resta imune de vícios acaso não conste o número de votos no Termo de Julgamento no sentido afirmativo ou negativo, não só por força de *novatio legis*, mas também porque a novel metodologia preserva o sigilo e a soberania**

Acesso ao Sumário

da deliberação popular. 3. O veredicto do júri obedecia ao disposto no art. 487 do Código de Processo Penal, que dispunha: "Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos." 4. A Lei nº 11.689/2008 alterou a regra, passando a dispor, verbis: "Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento." 5. In casu, a impetrante se limita a defender que "(...) o método de apuração dos votos usado pelo magistrado Presidente da sessão, bem como a deficiência do Termo de Votação consistente na falta de consignação dos votos afirmativos e negativos colhidos dos jurados acarreta nulidade absoluta por não permitir ao assistido saber qual foi o efetivo resultado do julgamento, afrontando, portanto, o princípio constitucional da ampla defesa". 6. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." 7. A doutrina do tema assenta, verbis: "Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício" (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2001, p. 28). 8. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade

Acesso ao Sumário

substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade." 9. Outrossim, é cediço na Corte que: "(...) O princípio do pas de nullité sans grief - corolário da natureza instrumental do processo - exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato" (HC 93868/PE, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA , DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010. 10. In casu, colhe-se que, não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, e por isso não há que se falar em nulidade do julgamento pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença. 11. A doutrina do tema assenta que: "O sistema, que reputo aperfeiçoado em relação ao americano e ao inglês, encontra uma contradição: a decisão unânime dos jurados compromete a idéia de sigilo, pelo que merece seja repensada a ordem de que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos (art. 488, última parte, CPP). Parece-me correta a sugestão de que, alcançada a maioria de uma das opções (sim ou não), o magistrado encerre a verificação das respostas (...)" (in Nassif, Aramis - O novo júri brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25). 12. Com efeito, o artigo 487 do CPP determinava que os votos emitidos pelo Conselho de Sentença deveriam ser registrados no Termo de Votação. Contudo há que se verificar que a ausência dessa consignação não gerava prejuízo ao réu. Aliás, esse raciocínio já vinha sendo adotado pela jurisprudência e doutrina, verbis: "(...) A providência, segundo entendemos, é desaconselhável, por várias razões. A primeira delas é que, sendo a votação resguardada pelo sigilo e não devendo o jurado dar satisfação de como votou, caso seja unânime, está devassada a posição dos jurados. Em segundo lugar, dá margem indevida a especulações de como desejou votar o Conselho de Sentença, fazendo com que surjam interpretações de que a votação, num sentido para determinado quesito, é incompatível com a votação, noutro sentido, para outro quesito. Ora, se o jurado quer mudar de idéia nada impede que isto se dê, motivo pelo qual é inviável esse procedimento. Em terceiro lugar, vê-se que muitas decisões dos tribunais, analisando a ocorrência ou não de nulidade, terminam se baseando na votação,

Acesso ao Sumário

alegando que, de acordo com a contagem, o voto deste ou daquele jurado não alterou o resultado. Enfim, o ideal seria apenas registrar o 'sim' ou 'não', sem a contagem explicitada. A lei, no entanto, necessita ser alterada para que isto seja implementado." (in Nucci, Guilherme de Souza - Manual de Processo Penal e Execução Penal, Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2007, p. 758). 13. O artigo 487 do CPP foi revogado pela Lei nº 11.689/2008, aprimorando assim o sistema de votação do júri, já que não se faz mais necessário constar quantos votos foram dados na forma afirmativa ou negativa, respeitando-se, portanto, o sigilo das votações e, consectariamente, a soberania dos veredictos. 14. Parecer do parquet pela denegação da ordem. 15. Ordem denegada. (HC 104308, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00107). (grifamos)

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PROCEDIMENTO. INTERROGATÓRIO. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA AO RÉU POR MEIO DE DEFENSOR AD HOC. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002). 2. Ordem indeferida. (HC 99053, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00009). (grifamos)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI DE DROGAS. CRIMES CONEXOS COM RITOS DISTINTOS. PROCESSO COMUM ORDINÁRIO APLICADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os autos versam sobre a ocorrência ou não de nulidade absoluta no processo criminal instaurado contra o recorrente ante a inobservância do rito processual estabelecido pela Lei 11.343/06. 2. O magistrado do feito adotou o rito comum ordinário em razão da imputação ao recorrente de crimes conexos - tráfico de drogas e posse de arma de fogo -, cada qual com rito processual distinto. 3. Tratando-se de apuração de crime conexo ao de tráfico de entorpecentes, não há nulidade na adoção do rito

Acesso ao Sumário

ordinário, que se mostra mais consentâneo ao exercício da ampla defesa. Precedentes. 4. A demonstração de prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Precedentes. 5. Recurso desprovido. (RHC 105243, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010 EMENT VOL-02417-03 PP-00588). (grifamos)

A Suprema Corte tão-somente acata o entendimento de que o processo penal moderno consagra a existência do prejuízo como regra matriz para se decretar nulidade de ato ou de feito. É a chancela que se extrai do artigo 563 do Código de Processo Penal Brasileiro **(pás de nullitè sans grief)**, ou seja, não comprovado qualquer prejuízo, não há que se falar em nulidade.

Dessa forma, rejeito as preliminares arguidas e passo a analisar o mérito.

Os apelantes foram processados e condenados pelos crimes de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico porque, segundo a denúncia, em data anterior ao dia 05 de outubro de 2010, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o narcotráfico.

Consta, ainda, que no dia 05 de outubro de 2010, no período da tarde, na Estrada Municipal Gregório Spina, 1, na cidade de Araçariguama - SP, comarca de São Roque - SP, em concurso e com identidade de propósitos, transportaram, tinham em depósito e guardaram, para fins de comércio, 295,7 kg (duzentos e noventa e cinco quilogramas e setecentos gramas) de ***cocaína***, proveniente do Estado do Mato Grosso, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, o que faziam sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, em data anterior à prisão em flagrante, o policial civil Pedro Henrique Brustolim dos Reis recebeu informação de que um indivíduo conhecido pela alcunha de "Júnior" buscava locar um galpão com "características incomuns", visto que o negócio seria feito em nome de um "laranja".

O agente da lei, passando-se por corretor de imóveis, começou a negociar com "Júnior", posteriormente identificado como o corréu Osvaldo Augusto Rodrigues Júnior. Marcaram um encontro no dia 04 de outubro de 2010, ocorrido na cidade de São Paulo - SP, oportunidade em que "Júnior" se fez acompanhar pelo corréu José Henrique Garcia Alves e de um terceiro indivíduo não identificado, quando os criminosos disseram precisar, com máxima urgência, de um galpão às margens da Rodovia Castelo Branco. Pedro, por intermédio do Denarc, conseguiu um galpão em Araçariguama - SP.

Na manhã do dia seguinte foi marcado um encontro num posto de combustíveis, na altura do km 53 da mencionada rodovia, onde estavam os réus Osvaldo Augusto Rodrigues Júnior e José Henrique Garcia Alves, e outras duas

Acesso ao Sumário

pessoas não identificadas.

Passado algum tempo, o policial Pedro saiu na companhia de "Júnior" e "Zé Henrique" e, num local próximo, os réus sinalizaram para o corréu Jackleandro, o qual conduzia um caminhão carregado com soja, seguindo todos para o galpão providenciado pelo agente da lei.

Assim que o caminhão entrou no galpão, os réus "Júnior" e "Zé Henrique" determinaram que Pedro aguardasse do lado de fora, momento em que o policial deu sinal para seus companheiros, sendo os acusados flagrados descarregando a droga, a qual estava oculta em meio à carga de soja transportada pelo caminhão, divida em 10 (dez) fardos, com peso total de 295,7 kg (duzentos e noventa e cinco quilogramas e setecentos gramas) de ***cocaína.***

Os réus foram detidos e conduzidos até a sede do DENARC, em São Paulo - SP, onde o auto de prisão em flagrante foi lavrado.

Analisando-se os autos, verifica-se que a r. sentença de 1º Grau apresenta-se suficientemente motivada; examinou detidamente o conjunto probatório e todas as teses suscitadas. Assim, seus fundamentos são ratificados e acolhidos como parte integrante deste Acórdão, nos termos do artigo 252[1], do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

À guisa de observação, ressalto que a materialidade está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 22/25), laudo de constatação (fls. 26) e exame químico-toxicológico, com resultado positivo para ***cocaína*** (fls. 145/148), além dos demais elementos acostados aos autos.

A autoria também é incontroversa e induvidosa.

Na polícia, José Henrique alegou desconhecer o conteúdo da carga, acreditando que seriam equipamentos eletrônicos (fls. 09/10).

Em Juízo, alterou a versão, dizendo que apenas estava desviando um carregamento de soja, desconhecendo a existência de drogas. Conheceu Osvaldo numa viagem ao Paraguai e trocaram telefones. Tempos depois, Osvaldo lhe telefonou perguntando se o depoente conhecia alguém interessado em uma carga de soja desviada. O interrogando logo pensou em João Correia da Silva, pessoa que mexia com confinamento de gado. Júnior lhe apresentou o corretor Pedro (policial civil disfarçado). Os policiais inventaram o depoimento prestado na fase investigatória (fls. 537/547).

Osvaldo, perante a autoridade policial, também alegou pensar que eram equipamentos eletrônicos que estavam sendo contrabandeados (fls. 11/12).

Na fase judicial, negou qualquer envolvimento com narcotráfico, alegando trabalhar com conserto de celulares, tendo uma loja na cidade de Santa Fé do Sul - SP. Disse ter conhecido o corréu José Henrique numa viagem ao

Acesso ao Sumário

1 RITJSP - Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Paraguai, visto que lá comprava as peças de reposição usadas em seu trabalho. José Henrique criava gado. Certa vez, um cliente de sua loja, de nome Carlos Medina, indagou se o depoente conhecia alguém interessado numa carga de soja, que seria desviada em São Paulo. Entrou em contato com José Henrique e ele se interessou em comprar o carregamento. Pagou R$ 8.000,00 para Carlos e revendeu a carga por R$ 15.000,00 para José Henrique, o qual forneceu o telefone de Pedro, para que o depoente encontrasse um galpão para descarregar a carga. Nada sabia sobre as drogas. Disse que assinou sem ler seu depoimento na fase policial e que os investigadores inventaram a versão sobre peças de celular (fls. 548/560).

Na polícia, Jackleandro disse ter sido procurado por uma pessoa que conheceu em um bar, o qual tinha uma "encomenda" para ser remetida para São Paulo - SP, oferecendo-lhe R$ 2.000,00 pelo serviço. Deixou o caminhão por alguns minutos e ele foi carregado, tendo o contratante dito que "era melhor não saber" o que transportava, mas que "não era nada errado". Já em São Paulo, um veículo emparelhou com o caminhão e mandou que o seguisse. Assim que entraram em um galpão, apareceram os policiais, que encontraram **cocaína** no caminhão, sendo todos presos. A carga de soja deveria seguir para Orlândia - SP (fls. 13/14).

Em Juízo, igualmente alterou a versão. Trabalhava como motorista em uma empresa de nome Alternativa Transportes, que era de propriedade de Joedson Gonçalves Barbosa e de Samuel Francisco da Graça. Em certa ocasião, tinha acabado de chegar de viagem, quando Samuel lhe telefonou dizendo que tinha uma carga de soja para ser levada para São Paulo. Saiu no dia seguinte, mas ficou retido de um dia para outro num posto fiscal na fronteira do Mato Grosso com Goiás, por irregularidade na nota fiscal. Resolvida a questão, rumou para o km 53 da Rodovia Castelo Branco, onde Samuel disse que o encontraria, num Posto de Combustíveis de bandeira "Graal". No local, Samuel ordenou que acompanhasse os corréus, pessoas que conheceu naquele momento. Rumaram até um galpão, onde o caminhão foi estacionado, sendo preso no momento em que desengatava a carreta, desconhecendo o conteúdo da carga. Nada disse na fase policial, apenas assinou (fls. 561/572).

Parte dos depoimentos colhidos nos autos foram realizados por meio de sistema audiovisual, nos termos do artigo 405, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.709/08).

Joedson Gonçalves Barbosa confirmou ser proprietário da transportadora para a qual Jackleandro trabalhava. Relatou que seu funcionário lhe telefonou após a prisão, pedindo desculpas e dizendo ter feito "uma cagada". Desconhecia qualquer envolvimento anterior dele com drogas ou outras atividades ilícitas. A testemunha não foi indagada sobre eventual sócio de nome Samuel (cd - fls. 495).

Acesso ao Sumário

Victor Morozetti Costa era o comprador da soja transportada pelo caminhão conduzido pelo réu Jackleandro. Nada sabia sobre o crime, apenas confirmou a aquisição da carga de soja, que deveria ter sido levada para a cidade de Orlândia - SP, a qual foi liberada posteriormente (cd - fls. 649).

Gustavo de La Nuez Trivelin, policial civil, apenas participou da prisão, nada sabendo informar em relação às investigações que precederam o flagrante (fls. 521/524).

Manoel Paes Barbosa Neto era policial do DENARC e recebeu informação do colega Pedro, que não mais trabalhava naquela especializada, sobre uma pessoa que pretendia alugar um galpão, mas sem documentação e sem dizer para qual finalidade. Informou o caso para seu chefe, sendo disponibilizado um galpão onde o DENARC havia feito uma apreensão algum tempo antes, às margens da Rodovia Castelo Branco. Não participou diretamente das investigações, apenas chegou a fotografar os réus num dos encontros com o colega Pedro, que antecederam a prisão em flagrante. Na ocasião, os réus usavam um carro com placa do Mato Grosso (fls. 531/536).

Pedro Henrique Brustolim dos Reis, policial civil, confirmou os fatos narrados na denúncia. Um informante lhe contou sobre um indivíduo que buscava alugar um galpão em nome de um "laranja". Desconfiado, pediu para ser apresentado a ele como sendo corretor. Iniciou as negociações com "Júnior", posteriormente identificado como sendo o réu Osvaldo. Encontraram-se em São Paulo - SP, em duas oportunidades, na segunda conheceu o corréu José Henrique. Na véspera da prisão em flagrante, "Júnior" entrou em contato dizendo precisar, com urgência, de um galpão às margens da Rodovia Castelo Branco. Como já tinha trabalhado no DENARC, dias antes, entrou em contato com um colega, de nome Manoel, informando sobre a negociação em curso. O DENARC conseguiu o galpão. Marcou encontrou com os réus num posto de combustíveis próximo ao km 53 da mencionada rodovia e os conduziu até o galpão, onde outros policiais aguardavam. Assim que o caminhão, conduzido por Jackleandro, estacionou, saiu do galpão e sinalizou para os colegas, os quais invadiram o local, flagrando os réus já descarregando a droga, quase 300 kg de ***cocaína***. Não obteve informação sobre participação de outros agentes no crime (fls. 525/530).

Ressalto que não existe dispositivo legal que vede a qualquer agente público servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive guardas municipais, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente. A esse respeito: Revista dos Tribunais, volume 411, página 266.

A atuação dos agentes da lei revestiu-se de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado. As declarações compõem um quadro de consonância sobre as circunstâncias fáticas do ocorrido a integrar-se coerentemente ao restante do corpo probatório.

Nesse sentido a jurisprudência:

PROVA CRIMINAL - Testemunhal - Alegadas contradições no relato dos dois policiais que apreenderam a droga com a ré - Irrelevância - Hipótese em que pequenas contradições decorrem das condições em que a prova é realizada - Importância da verificação de concordância dos depoimentos nos pontos essenciais - Não comprovação, ademais, de algum interesse que pudessem ter os policiais em incriminar a apelante - Recurso não provido. As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas contradições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante verificar se, embora discrepantes detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato. (Ap. Criminal n.155.567-3 - Santos - Relator: GONÇALVES NOGUEIRA - CCRIM 3 - v.u. - 24.10.94).

Armando Wilson Nicoleti Martin, Carlos Fernando da Silva, Helena Maria Pelaio de Lima, João José de Sá, Ivan Agostini, Rorisvaldo Antônio Rondon, Ademira Maria de Oliveira Sousa, José Antônio Moreira, Tatiane Inácio de Souza Melo, Margarete de Oliveira e Rodrigo Antônio Costa Menacho, testemunhas de defesa, não presenciaram os fatos, limitando-se a abonar os antecedentes dos réus (fls. 457/460, 489, 512, 594/595, 667 e 684/685).

Assim, a responsabilidade de Osvaldo Augusto, José Henrique e Jackleandro ficou comprovada pela robustez das provas carreadas aos autos e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar factual e objetivamente suas defesas, a macular a certeza da demonstração de suas condutas ilícitas pelos crimes previstos nos artigos 33, ***caput***, e 35, c.c. artigo 40, inciso V, todos da Lei 11.343/06.

Ressalto que não apenas a grande quantidade de droga apreendida, mas as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, além das circunstâncias da prisão dos réus, justificam o reconhecimento de suas responsabilidades pelo narcotráfico, afastando-se a tese concernente à debilidade do quadro probatório.

Para configuração do crime da Lei de Drogas imputado aos apelantes, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a ***traditio***, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512).

Acesso ao Sumário

À guisa de argumentação, no tocante à quantidade, qualquer que seja ela é suficiente para caracterização dos delitos previstos na Lei de Drogas. No caso em questão, foram apreendidos 295,7 kg (duzentos e noventa e cinco quilogramas e setecentos gramas) de ***cocaína***, quantidade que, por si só, dispensa maiores argumentações.

Comprovada, também, a causa de aumento do inciso V, artigo 40, da Lei de Drogas, tendo em vista que a prova produzida nos autos deixou evidenciado que o tóxico foi transportado a partir do Estado de Mato Grosso até o Estado de São Paulo, fazendo incidir o referido aumento da reprimenda.

Restou devidamente comprovado o crime de associação ao tráfico, nos termos do artigo 35, da Lei de Drogas. Não há dúvida que Osvaldo Augusto, José Henrique e Jackleandro estavam previamente ajustados para o narcotráfico, cujas ações apresentavam-se organizadas, entre si, com divisão de tarefas, demonstrando que um emprestava apoio ao outro, o que se denota por cada um dos elementos que compuseram o presente caso. Osvaldo Augusto e José Henrique cuidaram da logística em São Paulo, conseguindo um galpão para armazenar o tóxico. Jackleandro foi o responsável por transportar a drogas desde o Estado do Mato Grosso. Desse modo, justifica-se também o reconhecimento dessa prática delitiva.

Portanto, a condenação de Osvaldo Augusto, José Henrique e Jackleandro pelos crimes previstos nos artigos 33, ***caput***, e 35, c.c. artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, era a medida que se impunha.

As penas foram corretamente fixadas, seguindo as diretrizes legais dos artigos 59 e 60 do Código Penal, levando-se em consideração as circunstâncias dos crimes, não comportando alteração, devendo ser mantidas no patamar em que foram fixadas, ou seja, 17 (dezessete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 2488 (dois mil quatrocentos e oitenta e oito) dias-multa, no valor de 01 (um) salário mínimo cada dia, para cada um dos acusados.

Desse modo, igualmente não merecem provimento os pleitos subsidiários de redução das reprimendas.

Mesmo para Jackleandro, que alegou não ter a dimensão real do crime do qual participava, a prova produzida demonstra que não se possa afastar o dolo de sua conduta, visto não ser verossímil a alegação de que desconhecia fazer parte de um ato ilícito e deveria ter agido com a cautela que se espera do homem médio, mais ainda de um profissional do setor de transportes.

Portanto, a alegação de inocência não o socorre, visto estar suficientemente comprovado que sabia estar fazendo algo ilícito.

O regime deve ser o inicial fechado, nos termos da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do

eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou- lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, ***sursis***, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado.

Quanto à pretendida aplicação da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sem razão o inconformismo defensivo. Embora os réus sejam primários e não registrem antecedentes, a grande quantidade de droga apreendida (quase 300 kg de ***cocaína***), bem como as circunstâncias da apreensão, modo como estava acondicionada e o transporte interestadual, demonstram comportamentos voltados ao delito. Assim, não é recomendável a aplicação da benesse prevista no dispositivo legal, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "*as penas poderão ser reduzidas*". Portanto, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. Assim, a redução das reprimendas poderia caracterizar uma insuficiência da repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes, sendo patente que, no caso destes autos, as condutas dos réus não se amoldariam ao mencionado artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

Por essa razão, o que na verdade compensa analisar, é se a personalidade do indivíduo é ou não perigosa em razão simplesmente dos fatores apontados ou pela maior ou menor gravidade e as circunstâncias e consequências do ilícito praticado.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das sequelas que causa, deixa clara a periculosidade do seu autor, independente de seus bons antecedentes, de possuir residência fixa e cuja condição econômica, funcional, social ou familiar no distrito da culpa faça pressupor um vínculo pessoal e psicológico a ele, capaz de evitar sua fuga ou a possibilidade de prosseguir na

Acesso ao Sumário

senda do crime.

Isto porque o ato antijurídico executado nessas condições demonstra a exteriorização do instinto criminoso latente do agente, até então guardado em seu inconsciente ("id") e inibido pelo consciente ("superego"), este formado pelas informações recebidas pelo indivíduo do meio social em que vive.

Uma vez rompido ou viciado o mecanismo inibidor, o instinto criminoso se manifesta e se exterioriza em atos. E se o fator inibidor já está deformado pela introjeção de conceitos e práticas antijurídicas, nada conterá a reiteração de condutas criminosas por parte do indivíduo. Assim, ainda que pratique um só delito, o agente pode ser considerado perigoso, possuidor de potencialidade para prosseguir na vida de crimes e, por essa razão, deve ser segregado e apenado com uma sanção que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Em conclusão, a condenação dos apelantes, nos termos da decisão objeto desta apelação, foi a solução lógica e judiciosa, nada havendo a alterar.

Pelo exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009034-45.2010.8.26.0229, da Comarca de Sumaré, em que são apelantes BENEDITO THOBIAS FILHO e EDUARDO DE SOUSA PINHO, 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 de EDUARDO DE SOUSA PINHO e deram parcial provimento ao recurso de BENEDITO THOBIAS FILHO para ABSOLVÊ-LO da imputação do art. 311 do Código Penal, mantida sua condenação pelo crime do art. 180, § 1º, do Código Penal. Diante da redução da pena total de BENEDITO (3 anos de reclusão e 10 dias- multa) deferiram a substituição da corporal por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a serem fixadas pelo Juízo da Execução), fixando, ainda, apenas para este corréu, o regime prisional semiaberto, em caso de não-cumprimento das penas substitutivas. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Rodolpho Pettena Filho e usou da palavra da Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E LUIS

Acesso ao Sumário

SOARES DE MELLO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: RECEPTAÇÃO - RECEBER E OCULTAR COISA QUE SABE SER PRODUTO DE CRIME NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE PROVADAS - CABIMENTO. O recebimento e a ocultação de veículo em oficina mecânica e funilaria de propriedade dos réus, configura o crime de receptação qualificada.

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - TROCA DE PLACAS E VIDROS E TRANSPLANTE DO NÚMERO DE CHASSIS - AÇÕES PRATICADAS E CONFESSADAS POR APENAS UM DOS CORRÉUS - RECONHECIMENTO - CONDENAÇÃO MANTIDA.

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE ROBUSTEZ DAS PROVAS PARA UM DOS APELANTES - POSSIBILIDADE. Inexistindo prova segura a lastrear o decreto condenatório, de rigor a absolvição, face ao princípio do *in dubio pro reo*. RECUSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 359/372, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal promovida pela JUSTIÇA PÚBLICA contra **Benedito Thobias Filho** e **Eduardo de Sousa Pinho** para condenar, cada um deles, a **6 anos de reclusão**, em **regime inicial semiaberto**, e ao pagamento de **20 dias-multa**, por estarem incursos no **artigo 180, § 1º, e artigo 311, caput, c.c. artigo 69, todos do Código Penal**.

Inconformados, apelam os réus.

Benedito argui, preliminarmente, nulidade da sentença por ausência de individualização das condutas e porque não foram analisadas todas as teses defensivas. No mérito, pugna por sua absolvição alegando que as provas colhidas são frágeis para sustentar o decreto condenatório, já que desconhecia a origem

Acesso ao Sumário

ilícita do bem. Argumenta ainda com a ocorrência de crime impossível no tocante ao delito do **art. 311 do CP**, pois estava viajando quando fora cometido. Alternativamente, requer desclassificação para receptação simples e culposa, substituição da pena corporal por restritiva de direitos e imposição de regime inicial aberto (fls. 405/423).

Por sua vez, **Eduardo** aduz que deve ser absolvido por insuficiência probatória e porque sofrera coação moral irresistível para adulterar sinal identificador de veículo. Subsidiariamente, pede a redução da pena, conversão da carcerária em alternativa e regime prisional mais brando (fls. 445/454).

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 427/432 e 457/468), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 470/479).

É o Relatório.

Inicialmente, cumpre anotar que as preliminares arguidas pela Defesa de **Benedito** não podem vingar, pois inexistem as nulidade apontadas.

Isso porque, consoante bem anotado nas contrarrazões recursais "*a falta de individualização das condutas não obstou ao amplo exercício da defesa, pelo que não há que reconhecer qualquer eiva" (fls. 459), não podendo olvidar, também, que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a Acusação ou para a Defesa*" (art. 563 do Código de Processo Penal).

Por outro lado, da leitura cuidadosa da r. sentença apelada tem-se que todas as teses arguidas pela Defesa foram devidamente analisadas, razão pela qual tal argumento também não pode ser levado em conta.

Superado os pedidos iniciais, passa-se à análise do mérito recursal.

Consta da denúncia que, na tarde do dia 21 de julho de 2010, na Rua Vinte e Quatro de Maio, nº 205, bairro Vila Guedes, município de Hortolândia, comarca de Sumaré/SP, **Benedito Thobias Filho** e **Eduardo de Sousa Pinho**, receberam e ocultaram, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, o veículo VW/Gol, de placas DFP-0333, pertencente ao Banco BMC S/A, que deviam saber ser produto de crime.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os apelantes adulteraram sinal identificador de veículo automotor.

Segundo apurado, **Benedito** é proprietário da oficina mecânica localizada no local dos fatos, enquanto **Eduardo** possui uma funilaria que fica nas proximidades. Nessas condições, os réus receberam o veículo acima descrito, que era produto de roubo (fls. 18), e adulteram seus sinais identificadores utilizando-se de partes retiradas da carcaça de um automóvel semelhante, mas de origem lícita.

Da análise minuciosa dos autos, tem-se que o apenas o recurso de **Benedito** merece parcial provimento.

Nas duas oportunidades em que foi ouvido (fls. 11/12 e mídia de fls. 262), **Benedito** negou os fatos. Disse que era proprietário de uma oficina mecânica e, por isso, a testemunha *Alexandre Paranhos de Souza* deixou ali um automóvel *VW/Gol*, que estava batido, a fim de que pudesse ser revendido a terceiro interessado. Afirmou que levou aquele veículo até seu estabelecimento, retirou o motor e mandou a carcaça para a funilaria de um colega, o corréu **Eduardo**, a fim de que fizesse os reparos necessários para posterior comercialização. Esclareceu que, algum tempo depois, um rapaz de nome Anderson se interessou por aquele carro e decidiu comprá-lo. Nesse meio tempo, fez uma viagem ao Paraná e, ao retornar, Anderson foi até sua oficina guiando um veículo semelhante àquele *VW/Gol* e pediu-lhe que consertasse a embreagem. Declarou ter achado estranho o carro já "*estar andando*", pois a última vez que o vira, estava desmontado. No entanto, Anderson lhe dissera que havia mandado fazer "*alguns reparos*", bem como mandado colocar um novo motor. Concluiu que, poucos minutos após iniciar o conserto solicitado naquele veículo, chegaram dois policiais em sua oficina que, após realizarem diligências, lhe informaram que referido automóvel era produto de roubo, razão pela qual o prenderam e também ao corréu **Eduardo** que ali estava.

Eduardo, por sua vez, confessou as práticas delitivas. Tanto na polícia como em juízo (fls. 9/10 e mídia de fls. 262), contou que tinha uma funilaria que ficava perto da oficina de **Benedito.** Disse que o corréu levou até lá a carcaça do automóvel pertencente a um rapaz chamado *Alexandre*, para que fizesse reparos. Pouco tempo depois, foi informado por **Benedito** que aquele carro havia sido vendido a uma pessoa de nome Anderson. Ocorreu que, alguns dias depois, Anderson foi até sua funilaria, acompanhado de outros dois indivíduos desconhecidos, a bordo de um veículo *VW/Gol* extremamente semelhante ao carro que teria adquirido de *Alexandre* e lhe pediu que transplantasse o número do chassi, os vidros e as placas da carcaça para aquele automóvel. Falou que ao ouvir tais solicitações "*deduziu que o carro era produto de ilícito*"; todavia, como "*os indivíduos que trouxeram o carro eram mal encarados*" ficou com "*medo de sofrer algo, razão pela qual acabou ficando com o veículo na sua casa e ainda procedeu aos serviços que foram pedidos por Anderson, os quais foram executados pelo interrogado no domingo 18.07.2010*" (fls. 9). Acrescentou que, no dia seguinte, Anderson foi até lá, pegou o veículo e disse que iria levá-lo na oficina de **Benedito** para reparos. Dias depois, a polícia esteve naquela mecânica, apreendeu o automóvel e levou-o preso juntamente com **Benedito**.

Com efeito, as versões apresentadas pelos acusados estão consonância com a demais prova oral colhida.

Os policiais civis *Fernando Otávio Carneiro* (fls. 4 e mídia de fls. 228)

Acesso ao Sumário

e *Osmani Lopes da Silva* (fls. 6 e mídia de fls. 228) relataram que, tendo em vista denúncia anônima dando conta que havia um carro roubado na oficina do acusado **Benedito**, para lá se dirigiram. Ao chegarem, localizaram o veículo e verificaram que ele estava com o número do chassi adulterado. Disseram ainda que, feitas as pesquisas de praxe, constataram que aquele número pertencia à carcaça de carro que estava em frente da funilaria do corréu **Eduardo**. Indagados, **Benedito** disse que desconhecia a origem ilícita do bem, já **Eduardo** confessou ter feito as adulterações no veículo, embora tenha deixado transparecer que somente agiu assim porque fora coagido por terceiros. Mencionaram ainda que encontraram na oficina de **Benedito** o motor pertencente à carcaça, que presumiram iria ser transplantada para o veículo roubado. Esclareceram ainda que de todos os veículos que encontraram ali, apenas um era de origem ilícita.

A testemunha *Adriano Oliveira de Menezes* (fls. 8 e mídia de fls. 228) declarou que era cliente de **Benedito** há mais de 7 anos. Disse que fora deixar seu carro para revisão na oficina dele e, momentos depois a polícia chegou. Falou que apenas **Benedito** estava lá e que **Eduardo** chegou instantes após. Afirmou que durante todo o tempo em que contratara os serviços de **Benedito** nunca notara nada de errado na conduta dele nem na oficina.

O dono do veículo VW/Gol de onde foram retiradas os sinais identificadores, *Alexandre Paranhos de Souza*, prestou declarações duvidosas e inconsistentes sobre os fatos. Na fase extrajudicial falou que deixou seu veículo sob a responsabilidade de **Benedito**, "*ressaltando que não fez nenhum tipo de negociação com **Eduardo***" (fls. 43). Em Juízo, disse que levou seu carro para **Eduardo** arrumar e que não fez nenhum tipo de tratativa com **Benedito** (mídia de fls. 321).

Diante da análise do conjunto probatório colhido é possível inferir, de forma segura, que ambos os réus praticaram o crime de receptação qualificada.

Ora, os dois acusados exerciam atividade comercial que envolvia o conserto de carros, razão pela qual tinham toda a condição de saber se os veículos que eram levados a seus estabelecimentos tinham ou não origem espúria.

Ao demais, **Eduardo** admitiu que desconfiou da ilicitude do automóvel levado por Anderson , enquanto **Benedito** afirmou, em juízo, que "*ajudou os policiais a acharem os sinais identificadores do veículo. E se ele não tivesse mostrado, os policiais teriam levado mais tempo para descobrir o que descobriram*" (mídia de fls. 262).

Observe-se, por derradeiro, que não cabe falar em desclassificação para a forma simples e/ou culposa do delito, pois é evidente e inafastável que suas condutas foram praticadas no exercício de atividade comercial, caracterizando, assim, o tipo previsto no **§ 1º do art. 180 do Código Penal.**

Destarte, em relação a tal crime, o édito condenatório era de rigor.

Contudo, no tocante ao crime de adulteração de veículo automotor não há certeza de sua prática pelo corréu **Benedito**.

Isso porque, apesar de os réus serem colegas, trabalharem na mesma área e terem comércios próximos, não ficou provado, a contento, que tenham agido conjuntamente e com unidade de desígnios, tanto é que tal liame subjetivo entre eles sequer foi descrito, de forma específica e contundente, na denúncia.

De outra parte, apesar de **Eduardo** ter confessado a adulteração no veículo roubado, em nenhum momento ele incriminou **Benedito**, anotando-se que o fato deste réu ter condições de saber que o automóvel havia sofrido modificações, não indica que participara, efetivamente, de tal processo.

De outra parte, apesar de os policiais terem suspeitado que o motor que encontraram na oficina de **Benedito** seria transplantado para o carro roubado, isso não foi feito.

Deste modo, o que se tem é uma apenas uma presunção de que **Benedito** teria participado da adulteração do bem que era produto de roubo, não a certeza necessária para alicerçar eventual condenação.

Não se pretende aqui retirar a credibilidade das investigações, nem dizer que é impossível que **Benedito** tenha contribuído para a adulteração do veículo subtraído; no entanto, o conjunto probatório coligido aos autos não é suficientemente seguro à sua condenação por este fato.

Havendo, pois, uma centelha de dúvida sobre sua participação na prática delitiva, ela deve se voltar, necessariamente, em favor dele.

Nesse sentido confira-se o seguinte julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> **"A condenação requer certeza, sub 'specie universalis', alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador"** (STJ - 5ª Turma - REsp 363548/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER (1109), j. 2/5/2005).

Em caso semelhante, esta egrégia Corte de Justiça também já decidiu:

> **"Prova - Ausência de elementos que conduzam à necessária certeza para a condenação - Absolvição - Impõe-se decisão absolutória, nos termos do art. 386, VI, do CPP, quando não houver elementos probatórios reunidos no processo que conduzam à necessária certeza para a condenação"** (TACRIM/SP, Apelação nº 1.380.655-5, rel. Angélica de Almeida, 6ª Câmara, j. 13/9/2004).

Neste contexto, é impositiva a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, com a absolvição de **Benedito** pelo crime previsto no art. 311 do Código Penal.

Em relação a **Eduardo,** o mesmo raciocínio não se aplica, já que admitira a prática delitiva e o auto de exibição e apreensão de fls. 20/21 somado às

Acesso ao Sumário

conclusões do laudo pericial de fls. 211/217 confirmaram, integralmente, suas palavras.

Também não era o caso de se falar em coação mortal irresistível, pois o fato de ficado com medo porque os indivíduos que lhe ordenaram o serviço "*eram mal encarados*" não é suficiente para caracterizar a excludente descrita no **art. 22 do Código Penal**.

A coação passível de excluir a culpabilidade deve ser irresistível no sentido de não fornecer ao coacto margem para nenhuma ação, sobretudo em razão de sua gravidade e urgência.

Nesse passo, oportuna a definição do **Superior Tribunal de Justiça** que entende que para a caracterização da coação moral irresistível é "*necessário que esta (coação) seja atual, iminente, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não pode se subtrair, tudo sugerindo situação a qual ele não pode opor, recusar-se, ou fazer face, mas tão-somente sucumbir, ante o decreto do inexorável*" **(Resp 534889/SC, Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., julgado em 11/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 330).**

Assim, apesar de **Eduardo** sustentar que só realizara a adulteração porque teve receio de seus clientes, não há nos autos elementos nem mesmo indiciários que comprovem tal alegação, o que inviabiliza o acolhimento da excludente.

Passa-se, pois, à dosimetria das penas.

Em relação à **Benedito** a pena pelo crime de receptação deve permanecer no patamar mínimo de **3 anos de reclusão e pagamento e 10 dias-multa**, tal qual imposta.

Todavia, como esta passa a ser a sanção integral, ante sua absolvição pelo outro delito, cabível, porque presentes os requisitos legais, a substituição da carcerária, nos termos do **art. 44 do Código Penal,** por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

Mantém-se o **regime semiaberto** para o cumprimento da pena no caso de descumprimento da pena substitutiva.

Em relação a **Eduardo**, as penas ficam exatamente como lançadas, pois foram considerados os parâmetros legais e as peculiaridades do caso concreto, mostrando-se a fixação no patamar mínimo para cada delito razoável como resposta penal.

O regime prisional aplicado - inicial semiaberto - também é o único adequado tendo em vista o montante de reprimenda imposta.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de EDUARDO DE SOUSA PINHO e dá-se parcial provimento ao recurso de BENEDITO THOBIAS FILHO para ABSOLVÊ-LO da imputação do art. 311 do Código

Penal, mantida sua condenação pelo crime do art. 180, § 1º, do Código Penal. Diante da redução da pena total de BENEDITO (3 anos de reclusão e 10 dias-multa) defere-se a substituição da corporal por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a serem fixadas pelo Juízo da Execução), fixado, ainda, apenas para este corréu, o regime prisional semiaberto, em caso de não-cumprimento das penas substitutivas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002841-02.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/a.m.p RAPHAEL JAFET JUNIOR, são apelados SEBASTIÃO BELCHIOL DA SILVA FILHO, ANA LÚCIA DE SOUZA ARAÚJO e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do AMP. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1879)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO MENIN (Presidente sem voto), ROBERTO MORTARI E FERNANDO MIRANDA.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Furto - Conjunto probatório frágil com relação à autoria - Improcedência pela preponderância do princípio do *in dubio pro reo.* Negada a autoria pela prática do delito pelo qual os agentes foram denunciados e havendo fragilidade do quadro probatório, a melhor solução, favorecidos que estão os réus pelo benefício da dúvida, é o reconhecimento da insuficiência probatória.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 687/693, prolatada pelo MM. Juiz José Pedro Rebello Giannini, cujo relatório ora se adota, SEBASTIÃO BELCHIOL DA

SILVA FILHO e ANA LÚCIA DE SOUZA ARAÚJO foram absolvidos da acusação de terem infringido o art. 155, § 4º, II e IV, c.c. o art. 71, ambos do CP, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Consoante consta da exordial acusatória, Sebastião (técnico agrícola e administrador da fazenda) e Ana Lúcia (subordinada de Sebastião e auxiliar de escritório), mediante abuso de confiança e de forma continuada, teriam desviado parte da produção da safra 2011/2012, que deveria ser entregue à Cutrale Ltda., sociedade empresária perante a qual a Fazenda Santa Fé havia celebrado contrato de fornecimento para toda a produção.

Inconformado, apelou o assistente da acusação em busca da condenação dos acusados nos termos da denúncia.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

Segundo a denúncia, a Fazenda Santa Fé, de propriedade do ora recorrente, celebrou com a empresa Sucocítrico Cutrale Ltda. um "contrato de compra e venda de laranjas" referente à safra agrícola de 2011/2012 (fls. 206 e segs), à qual toda produção daquele ano agrícola deveria ser entregue.

Ocorre que Sebastião, com abuso de confiança, uma vez que a ele competia fiscalizar, enquanto administrador, a colheita e entrega das frutas à compradora, teria ajustado com terceiros a venda de laranjas por conta própria, autorizando que esses adquirentes entrassem com seus veículos no pomar, efetuassem a colheita pessoalmente, e teria subtraído, dessa forma, aproximadamente 18.727 caixas de laranjas (com 40,8 Kg cada, no valor de estimado de R$ 10,00 por caixa, totalizando R$ 187.270,00).

As autorizações para o ingresso dos compradores/colhedores, que teriam agido de boa-fé, ante o cargo exercido por Sebastião na fazenda, seriam feitas pelo próprio acusado ou pela corré Ana Lúcia, então responsável pelo escritório e pelo controle das saídas das frutas.

Consta que, na ausência de Sebastião, Ana Lúcia também recebia os pagamentos pelas caixas de frutas subtraídas e vendidas, e repassava os valores a ele, embora estivesse ciente de que o administrador Sebastião não tinha autorização para realizar aquelas vendas.

Ouvidos durante a instrução criminal, os ora apelados negaram as acusações e esclareceram que, no ano de 2011, a produção não estava sendo totalmente adquirida, razão pela qual havia sobra de laranjas. Raphael, ora apelante, teria determinado, por isso, que tais sobras fossem vendidas para outros compradores menores, mercadistas, sendo que o dinheiro obtido seria encaminhado a ele.

Acesso ao Sumário

Embora as alegações dos acusados devam ser recebidas com reservas, é certo, também, que elas não restaram isoladas dos demais elementos de prova carreados para os autos.

Pedro Fernando Pontaldi, representante da vítima e administrador da "Fazenda Santa Bárbara", de propriedade do mesmo dono da "Fazenda Santa Fé", esclareceu que esta última vendia frutas, tanto para indústrias, como para o mercado, sendo que os réus estavam autorizados a receber o dinheiro referente a tais vendas (grifo nosso). A testemunha relatou, ainda, que um dos réus era efetivamente a pessoa encarregada de comunicar ao escritório de São Paulo sobre a quantidade de frutas vendidas para outros compradores que não a indústria, sendo que ambos os acusados estavam, ainda, encarregados de fazer o depósito do dinheiro oriundo dessas vendas (fls. 629/630).

Outra testemunha, Paulo Donisete Alves Pereira, contador que prestou serviços à vítima para apuração dos custos da "Fazenda Santa Fé", afirmou, por seu turno, que não chegou a fazer um levantamento que comparasse os resultados da pesagem das frutas efetuada na fazenda com aqueles de eventual aferição das que foram recebidas pelas indústrias, não sendo possível averiguar com exatidão se houve furto e, em caso positivo, quantas caixas de laranjas teriam sido subtraídas (fls. 631/632 - grifos nossos).

Aludido contador asseverou, afinal, que suas análises teriam se baseado apenas no peso e na quantidade de caixas informadas pelas indústrias no recebimento das cargas. Emendou ainda que, conquanto não pudesse afirma-lo ao certo, acreditava ser o frete de transporte calculado, na ocasião, a partir do peso alegado pela fazenda e não do peso eventualmente conferido pela indústria, mesmo porque por vezes havia recusa total ou parcial de alguma carga, o que, por si só, deixava claro a inexatidão dos números apurados.

O contador Paulo confirma, também, que para a apuração dos custos da fazenda, recebia relatórios elaborados pelo escritório em São Paulo, e que havia uma planilha de vendas de frutas para mercados; ponderou, com efeito, que, em alguns meses do ano, havia menção a tais alienações, o que corrobora, ainda que indiretamente, que os donos da fazenda tinham efetiva ciência de que as laranjas eram também vendidas a alguns mercadistas, e não apenas às grandes indústrias.

O porteiro da fazenda, por sua vez, também confirmou ser praxe a comercialização com outros mercadistas, que não as grandes indústrias. É certo que mencionada testemunha alegou ter sofrido ameaças de demissão, caso anotasse as placas dos veículos que adentravam no local; os pequenos compradores das frutas que foram inquiridos sob o crivo do contraditório afirmaram, porém, que todas as vezes que foram retirar as laranjas, suas placas acabaram sendo devidamente anotadas (fls. 635).

Cumpre, a esse respeito, ponderar ter a testemunha Pedro (fls. 629 vº)

Acesso ao Sumário

relatado, que tomou conhecimento da saída de frutas do pomar para o mercado apenas em razão de o funcionário da portaria anotar as placas dos veículos que deixavam a fazenda com referida carga.

As demais testemunhas, por sua vez, disseram que compram laranjas da "Fazenda Santa Fé" há anos, o que corrobora o fato de que a venda a outros mercadistas era feita rotineiramente, sob a orientação da administração da fazenda e que isso, portanto, não denotaria, por si só, qualquer expediente por parte dos réus que fosse contrário à dinâmica empresarial da vítima.

Todas confirmaram, de igual modo, que as placas de seus veículos eram anotadas, tanto quando adentravam na fazenda em questão para buscar laranjas, quanto na saída, ocasião na qual o portão era liberado, sem maiores questionamentos. Disseram, também, que os outros funcionários da fazenda as assistiam buscando as frutas, e que isso era uma ocorrência normal dentro da fazenda, sendo procedida à luz do dia (fls. 636, 637 e 638).

A testemunha Reinaldo afirmou, também, que todos os funcionários da fazenda sabiam que ele comprava laranjas da "Santa Fé", e que assim procedia antes mesmo de os réus lá trabalharem. Relata, ainda, que, às vezes, a compra não se concluía apenas em razão de o preço e a qualidade das frutas não serem bons. Quando isso acontecia, ele pedia abatimento à Sebastião, que consultava o superior; apenas depois é que entravam em contato novamente com ele para que o negócio se realizasse (fls. 636).

Quanto à dinâmica dos fatos, a jurisprudência se inclina no sentido de que:

> "A prova perde sua força, no crime de furto, quando caminhões de areia eram carregados não às escondidas, mas às claras, revelando que o acusado não tinha o ânimo de furtar, pois quem o tem, age normalmente na clandestinidade. E, ademais, quem se sente furtado não perde tempo com sucessivas advertências, mas logo se defende" (TACRIM-SP - AC - Rel. Celso Limongi - JUTACRIM 77/321).
>
> "Ninguém comete furto em pleno dia, na presença de várias pessoas e com ciência das autoridades locais" (TACRIM- SP - AC - Rel. Weiss de Andrade - RT 535/323).

A respeito do conjunto probatório, o MM. Juiz *a quo* deixou consignado, às fls. 691 que:

> "...tem-se que o relatório elaborado pelo contador da vítima é prova produzida unilateralmente, sem a chancela do contraditório, e que, portanto, ante o comando da presunção de inocência, não autoriza a condenação dos réus.
>
> Não há nos autos prova de que os réus tenham se apropriado dos valores referentes às vendas das laranjas a fornecedores diversos da Sucocítrico

Acesso ao Sumário

Cutrale Ltda., sendo que é muito provável que não o fizessem, dado que as vendas em favor de terceiros se davam de forma corriqueira e consentida pela administração da fazenda Santa Fé.

Não cabia aos réus comprovarem que não se apropriaram dos valores referentes às vendas das laranjas em favor de terceiros, mas sim à acusação trazer aos autos a comprovação de que os réus subtraíram tais importâncias, prova esta que, frise-se, não se encontra nos autos.

Ao que tudo indica, o que pode ter havido é uma má gestão dos recursos da fazenda Santa Fé por parte dos réus, o que, contudo, não autoriza a conclusão de que teriam eles subtraído valores, até porque não há nenhum elemento de prova no sentido de que as importâncias que recebiam em favor da fazenda Santa Fé não eram a esta repassadas."

Não foi outro o entendimento exposto em sede de alegações finais do Ministério Público, às fls. 666/667:

"Não há nos autos, até pela ausência de convincente prestação de contas que não seja unilateral, elementos a demonstrar se os acusados, de fato, subtraíram ou se apropriaram dos valores em dinheiro obtidos com as vendas por eles efetuadas, as quais, segundo afirmam, eram autorizadas pelo empregador. Segundo o representante de Raphael Jafet Júnior, não eram. E mais, ainda que tenham agido da forma que lhes foi imputada, não se sabe qual seria o montante subtraído ou apropriado, o que se observa até pelo depoimento de Paulo Donisete, o contador que apurou a quantia mencionada na peça acusatória".

Diante do quadro acima apresentado, não há que se cogitar de produção de prova de fato negativo ou de que a questão do repasse do dinheiro obtido com a venda das laranjas seria questão afeta ao exaurimento do crime de furto.

Em primeiro lugar, deve ser destacada a existência de provas suficientes nestes autos no sentido de que a suposta vítima sabia e autorizava os acusados a efetuar a venda de laranjas aos mercadistas. Ausente, portanto, o elemento subjetivo do crime que lhes foi imputado na denúncia, qual seja, o *animus furandi*.

Em segundo lugar, cumpre observar que a questão referente a eventual não entrega do numerário proveniente das vendas das laranjas pelos réus aos proprietários da fazenda efetivamente não diz respeito à configuração do delito em análise. Se fosse esse o caso - e não existem, ressalte-se, elementos de convicção nesse sentido - estar-se-ia diante de um crime de apropriação indébita, não descrito na denúncia, que não pode, pelo princípio da vinculação temática, ser objeto de análise em sede recursal, uma vez ser vedada a *mutatio libelli* em Segundo Grau, a teor do disposto no enunciado da Súmula 453 do STF, vazada nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"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"

Não será demais lembrar, por fim, que, mesmo diante da existência de prova em quantidade e qualidade razoável, pode haver decisão absolutória, por insuficiência daquela a permitir a formação de juízo de certeza.

Evidente que, em casos como o dos autos, obter pronunciamento condenatório apoiado, exclusivamente, na insuficiente e controversa prova consubstanciada na palavra de uma parte contra a outra ou, ainda, em apontamentos contábeis unilaterais é, *data venia*, querer que se faça "tabula rasa" dos mais comezinhos princípios constitucionais garantidores da cidadania.

Há de se ter presente, ainda, que se trata de acusação de crime de furto qualificado, cujas sérias consequências penais fazem exigir incontestável demonstração probatória, o que não ocorreu.

À mingua de prova segura a respeito da realidade dos fatos, a melhor solução é, assim, favorecidos que estão os réus pelo benefício da dúvida, o reconhecimento da insuficiência probatória.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do assistente da acusação, mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008519-57.2008.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes GIDEÃO SILVA RODRIGUES e LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11985)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - Materialidade

e autoria delitiva nitidamente demonstradas - Traficância comprovada nos autos - Versões dos réus isoladas nos autos - Palavras dos policiais militares firmes e coerentes - Depoimentos que se revestem de fé-pública, corroborados pelas demais provas - Associação ao tráfico configurada - Condenação é de rigor - Penas que comportam ligeiro reparo - Fração adotada pelo magistrado a quo para majoração da pena base que se mostra excessiva (dobrou), sendo suficiente o patamar de 1/3 (um terço) - Impossibilidade de aplicação da diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas - Acusados que se associavam para a prática da vil mercancia - Regime fechado que era o único cabível tendo em vista a pena aplicada - Recursos defensórios parcialmente providos.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por contra a r. sentença de fls. 282/304, que condenou **LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA** às penas de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1914 (mil novecentos e quatorze) dias-multa, na fração unitária mínima, e **GIDEÃO SILVA RODRIGUES**, às penas de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1747 (mil setecentos e quarenta e sete) dias-multa, na fração unitária mínima, ambos por infração ao art. 33, *caput*, e ao art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Apela Gideão pleiteando a absolvição no tocante ao delito de associação. Subsidiariamente pleiteia a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos (fls. 322/326).

Inconformado, Luiz Fernando busca a absolvição ante a fragilidade probatória; subsidiariamente, busca a absolvição quanto ao delito de associação, alegando a inexistência do vínculo associativo, ao argumento que não há menção de seu nome ou número de telefone no laudo de interceptação telefônica; requer, por fim, o reconhecimento da confissão espontânea (fls. 329/337).

Os recursos foram regularmente processados, sendo as contrarrazões ofertadas (fls. 348/352), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral da Justiça pelo improvimento das apelações interpostas pelos réus Gideão Silva Rodrigues e Luiz Fernando de Oliveira, para que a r. sentença de primeiro grau reste mantida em sua íntegra, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 420/426).

Acesso ao Sumário

Relatei.

Os recursos comportam parcial provimento.

A imputação é a de que, no dia 01.09.2008, por volta das 12h40min, na Rua Natalino Turri, 181, são Cristóvão, naquela Cidade e Comarca de Tatuí, os acusados, previamente conluiados e agindo em concurso e unidade de desígnios, tinham em depósito e guardavam, para a entrega de qualquer forma ao consumo de terceiros, 49 g (quarenta e nove gramas) de cocaína sob a forma de crack e, ainda, 42,10 g (quarenta e dois gramas e dez centigramas de cocaína, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conta, outrossim, que em período anterior ao acima mencionado, os acusados, ambos já qualificados, associaram-se com o fim de praticar reiteradamente ou não o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

Consta da exordial que os policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos quando avistaram, montado em uma motocicleta estacionada na frente do imóvel 181, na Rua Natalino Turri, o acusado Gideão, pessoa conhecida por ostentar denúncias de transporte de drogas, conversando com Luiz Fernando de Oliveira que, percebendo a aproximação da viatura policial, adentrou rapidamente em sua residência. Percebendo aquela ação, os milicianos realizaram a abordagem e em poder de Gideão localizaram um aparelho de telefone celular. Na sequência, chamaram por Luiz Fernando que, recebendo os milicianos na entrada da residência, franqueou-lhe o ingresso no imóvel. Assim é que, em buscas acompanhadas pela irmã de Luiz Fernando, a polícia localizou, na guarda da cama tubular do quarto dele, uma meia branca contendo sem eu interior uma trouxinha de plástico acondicionando 19 (dezenove) invólucros plásticos de crack e outra trouxinha de plástico contendo mais 3 (três) pedras de crack. Ainda naquele quarto os milicianos encontraram 2 (dois) aparelho de telefone celular e uma folha de papel preenchida com anotações de contabilidade da venda de material entorpecente.

Instado, Luiz Fernando admitiu para os milicianos a propriedade da droga e afirmou, ainda, que guardava o material para Gideão.

Diante dessa informação, outra viatura da polícia militar se deslocou até a residência de Gideão, localizada na rua Natalino Turri, 51, e, lá chegando, seus integrantes foram atendidos pelo pai do acusado que, de imediato, franqueou-lhes o ingresso na casa. Em vistoria, os milicianos localizaram, sob o colchão existente no quarto de Gideão, presa no estrado de um berço de bebê, uma trouxinha plástica de cor azul contendo 42,10g (quarenta e dois gramas e dez centigramas) de cocaína. Prosseguindo na diligência, os policiais militares localizaram, ainda, em um móvel tipo "rack", R$ 1.374,00 (mil trezentos e setenta e quatro reais) em dinheiro, uma agenda telefônica, um cartão bancário

Acesso ao Sumário

e papéis contendo anotações da contabilidade da traficância.

A condenação dos dois acusados nos termos da denúncia é medida de rigor, devendo prevalecer.

A materialidade e a autoria dos crimes restaram incontestes pelo farto conjunto probatório carreado aos autos, a saber, auto de prisão em flagrante (fls. 2/03), boletim de ocorrência (fls. 11/12), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), laudo de constatação provisória (fls. 15), laudo toxicológico definitivo (fls. 48/50, 51/53, 54/55), relatório de interceptação telefônica (66/96), laudo pericial realizado nos manuscritos apreendidos caracterizando movimentações financeiras relacionadas ao tráfico de entorpecentes (fls.125/132), bem como provas orais coletadas na delegacia e em Juízo (fls. 04/05, 07/09, 36/37, 198/199, 209/212, 228/235v).

Em juízo Gideão confessou parcialmente os fatos, confessando a traficância, mas negando a associação (fls. 209/212). Afirmou que a droga era de sua propriedade e quando avistou a polícia entregou na mão de Luiz Fernando para ele entrar em sua casa e guardar, mas no momento ele nem sabia o que era porque estava enrolado em uma meia. Afirmou que praticava o tráfico no local porque foi mandado embora do serviço, e como tinha filho para cuidar e não conseguia arrumar outro serviço, acabou traficando. Comprou a droga de um cara do bar. Relatou que pagava duzentos reais em cinquenta gramas e vendia por quatrocentos reais. Cada pedra de crack vendia a cinco reais e cada papelote de cocaína a dez reais. Tinha aproximadamente um grama cada papelote de cocaína. Não usa drogas e não tem nada contra os policiais.

O acusado Luiz Fernando na fase policial confessou a prática do delito, relatando que guardava em sua casa crack, sendo que tinha cerca de cinquenta gramas divididos em mais ou menos dez papelotes e um outro "caroço". Guardava tal droga para o Gideão, mas não comercializava, sendo que Gideão lhe pagava em dinheiro pela guarda. Recebia de Gideão cinquenta reais por semana, fazendo cerca de quarenta e cinco dias que guardava drogas para Gideão. Somente conhecia os policiais de vista e nada tinha contra os mesmos. Quando os policiais chegaram, Gideão havia acabado de encostar sua motocicleta, sendo que nem chegaram a conversar pois os policiais chegaram e entrou pra sua casa. (fls. 08).

Em juízo, contudo, Luiz Fernando alterou a versão dos fatos, negando a prática do delito (fls. 199). Afirmou que estava conversando com Gideão, em frente à sua residência, quando chegou a Polícia. De imediato, ele lhe passou uma meia branca e um celular, dizendo que "se segurasse essa, iria receber uma quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais). Como não devia nada, franqueou a entrada aos policiais. A meia e o celular foram localizados em cima de um "rack". Esse "rack" a que se referiu fica dentro de seu quarto. A droga não estava

Acesso ao Sumário

pero de sua cama, que é tubular. Não tinha mais nenhum aparelho de telefone celular no local. Em sua casa não houve apreensão de papéis com anotações. Não presenciou a revista feita na casa de Gideão. Trabalhava em um sítio fazendo bicos.

Contudo, o conjunto probatório é robusto a ensejar a condenação por ambos os delitos.

Os policiais militares, em uníssono, relataram o desenvolvimento dos fatos, senão vejamos.

O Guarda Civil Municipal Doraci Dias de Miranda (fls. 228/229) afirmou que à época trabalhava como policial militar. Esclareceu que na data dos fatos, encontrava-se e serviço, juntamente com o Sd. Cabral quando, por volta das 2h40min, realizavam um patrulhamento pela Rua Natalino Turri, Bairro de São Cristóvão, e se depararam com um motociclista parado defronte a casa de nº 184, sendo que havia um outro indivíduo ao lado, conversando com o motociclista. Tal indivíduo, ao perceber a viatura policial, entrou rapidamente para dentro da citada casa, sendo que então procederam a abordagem do motociclista, que foi identificado como Gideão, pessoa já conhecida, vez que havia denúncias anônimas de que fazia transporte de drogas, sendo que em busca pessoal, somente foi encontrado em seu poder, um aparelho de telefonia celular. Chamaram pelo indivíduo que entrou na residência, no que saiu e foi identificado como Luiz Fernando, o qual alegou que somente estava conversando com o motociclista Gideão, sendo que autorizou a entrada dos policiais para busca na residência, inclusive com acompanhamento de sua irmã, Fabiana. Na busca realizada, precisamente na guarda da cama tubular do quarto de Luiz Fernando, foi encontrado uma meia branca e, dentro dela, duas trouxinhas de plástico. Em uma trouxinha havia dezenove invólucros plásticos que acondicionavam substância análoga a crack. Na outra trouxinha havia três pedras da mesma substância, uma maior, outra menor, e outra menor ainda. Do lado de tal cama, ainda, foram encontrados dois aparelhos de telefonia celular e uma folha de papel com anotações que sugerem ser controle de venda de entorpecente. O acusado Luiz Fernando ao ser indagado sobre tal droga afirmou que estava guardando para o motociclista Gideão, diante do que foi solicitado a outra viatura, composta pelos policiais Valter e Oliveira, para que fossem até a residência de Gideão, onde procederam a busca e ali foi encontrado uma trouxinha contendo uma porção grande de substância aparentando ser cocaína, bem como um mil, trezentos e setenta e quatro reais em dinheiro e papéis com anotações aparentando ser contabilidade de tráfico. Reconhece os acusados sem sombra de dúvidas.

Acesso ao Sumário

O policial Militar Valter Aparecido Tellis (fls. 230/231) relatou que na data dos fatos encontrava-se de serviço, juntamente com seu colega Oliveira, sendo que por volta das 12h50min, encontravam-se em patrulhamento quando

foi solicitado apoio pela equipe do Sargento Miranda, haviam abordado um indivíduo de nome Gideão e haviam apreendido droga na residência de Luiz Fernando, sendo que Gideão estava em frente à casa deste. Luiz Fernando havia confessado ao Sargento Miranda que estava guardando a droga para Gideão, no que o Sargento Miranda pediu à equipe que estava para irem à casa de Gideão e ali realizarem busca imediatamente. No local, sendo na Rua Natalino Turri, nº 51, foram atendidos pelo genitor de Gideão, ao qual foi informado sobre os acontecimentos e de imediato deixou que ali entrassem. Na busca realizada, no quarto de Gideão, embaixo do colchão, preso no estrado de um berço de bebê, foi encontrada uma trouxinha plástica, contendo uma porção grande de substância aparentando ser cocaína. No "Rack" ao lado, foram encontrados um mil, trezentos e setenta e quatro reais em dinheiro, em notas. Também foram encontrados uma agenda telefônica com anotações de contabilidade de tráfico e um cartão bancário em nome de Gideão.

Robson Aparecido Cabral de Oliveira (fls. 231/231), policial militar, encontrava-se de serviço juntamente com o Sargento Miranda quando, por volta das 12h40min, realizavam patrulhamento pela Rua Natalino Turri, Bairro São Cristóvão, quando se depararam com um motociclista parado defronte a casa de nº 184, sendo que havia um outro indivíduo ao lado, conversando com o motociclista. Tal indivíduo, ao perceber a viatura policial, entrou rapidamente para dentro da citada casa, sendo que então procederam a abordagem do motociclista, o que foi identificado como Gideão, pessoa já conhecia, vez que havia denúncias anônimas de que fazia transporte de drogas, sendo que em busca pessoal somente foi encontrado em seu poder um aparelho de telefone celular. Chamaram pelo indivíduo que entrou na residência, no que este saiu e foi identificado como Luiz Fernando, o qual alegou que somente estava conversando com o motociclista Gideão, sendo que autorizou a entrada dos policiais para busca na residência, inclusive com acompanhamento de sua irmã, Fabiana. Na busca realizada, precisamente na guarda da cama tubular do quarto de Luiz Fernando, foi encontrada uma meia branca e, dentro dela, duas "trouxinhas" de plástico. Em uma trouxinha havia dezenove invólucros plásticos que acondicionavam substância análoga ao crack. Na outra trouxinha havia três pedras da mesma substância, sendo uma maior, outro menor e uma menor ainda. Do lado de tal cama, ainda, foram encontrados dois aparelhos de telefonia celular e uma folha de papel com anotações que sugerem ser controle de venda de entorpecente. O acusado Luiz Fernando, ao ser indagado sobre tal droga, afirmou que estava guardando para o motociclista Gideão, diante do que foi solicitado a outra viatura, composta pelos polícias Valter e Oliveira, para que fossem até a residência de Gideão, onde procederam a busca e ali foi encontrado uma trouxinha contendo uma porção grande de substância aparentando ser cocaína, bem como um mil, trezentos e setenta e quatro reais em dinheiro e

Acesso ao Sumário

papéis com anotações aparentando ser contabilidade de tráfico. Reconhece os acusados sem sombra de dúvidas.

O policial militar Moisés José de Oliveira (fls. 233/233v), relatou que na data dos fatos encontrava-se de serviço, juntamente com seu colega Valter, sendo que por volta das 12h50min, encontravam-se em patrulhamento, quando foi solicitado apoio pela equipe do Sargento Miranda, vez que haviam abordado um indivíduo de nome Gideão e haviam apreendido droga na residência de Luiz Fernando, sendo que Gideão estava em frente à casa deste. Luiz Fernando havia confessado ao Sargento Miranda que estava guardando a droga para Gideão, no que o Sargento Miranda pediu à equipe que estava para ir a casa de Gideão e ali realizarem busca imediatamente. No local, sendo na rua Natalino Turri, nº 51, foram atendidos pelo genitor de Gideão, ao qual foi informado sobre os acontecimentos e de imediato deixou que ali entrassem. Na busca realizada, no quarto de Gideão, embaixo do colchão, preso no estrado de um berço de bebê, foi encontrada uma trouxinha plástica, contendo uma porção grande de substância, aparentando ser cocaína. No "rack", ao lado, foram encontrados um mil, trezentos e setenta e quatro reais em dinheiro, em diversas notas. Também foram encontrados uma agenda telefônica, papéis com anotações de contabilidade de tráfico e um cartão bancário em nome de Gideão. Reconhece os acusados sem sombra de dúvida.

Note-se que todos os policiais prestaram depoimentos coerentes e concisos em ambas as sedes, sendo que narraram os fatos com precisão e riqueza de detalhes, contando como se deram as investigações e a abordagem policial.

Quanto a isso, necessário ressaltar a importância das falas destes profissionais que, escolhidos pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possuem fé-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade, mesmo porque não restou provada qualquer intenção dos servidores em, de alguma forma, prejudicar os apelantes.

Com efeito, o Estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela.

Não há nos autos sequer indícios de que os policiais tivessem motivos para imputar falsamente aos réus a prática de crimes tão graves.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo

só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." (HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

"*A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão*." (RJTJESP - 136/477).

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Em sendo assim, tais depoimentos revestem- se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório; não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoas inocentes (ônus da defesa).

Ademais, como afastaríamos tais palavras, se na esmagadora maioria das prisões por crime de tráfico as únicas testemunhas são os próprios policiais condutores? Seria um equívoco jurídico, com implicações graves à vida em sociedade, se os Doutos Juízes e Desembargadores deste Tribunal de Justiça passassem a absolver indistintamente réus em casos como o presente, em que a fala dos policiais acaba sendo determinante para a condenação.

Por outro lado, os relatos das testemunhas da acusação não foram suficientes para rechaçar tão robustas provas.

A testemunha da defesa Fabiana, irmã de Luiz Fernando, afirmou que seu irmão é rapaz honesto e trabalhador, não possuindo envolvimento com o mundo das drogas e da criminalidade. Raramente viu os acusados juntos.

O genitor de Gideão, Carlos Davi Rodrigues, ouvido como testemunha da defesa (fls. 235/235v), relatou que permitiu a entrada dos policiais e confirma que foi encontrada droga em sua casa. Afirma, todavia, que seu filho é usuário de droga. Já sabia que Gideão era usuário de droga. Não sabe esclarecer a origem

Acesso ao Sumário

do dinheiro encontrado pelos policias, mas afirma que seu filho havia recebido um valor a título de FGTS, da firma Panco, onde trabalhava. Não sabe dizer ao certo o tipo de droga que seu filho usava. O seu filho não chegou a se submeter a nenhum tipo de tratamento para desintoxicação. Afirmou que Luiz Fernando também é usuário de drogas. Na época dos fatos, Gideão havia acabado de ser mandado embora da firma Panco. Gideão é bom filho e excelente pessoa.

Pois bem.

Extrai-se do conjunto probatório que os acusados conversavam defronte à casa de Luiz Fernando quando avistaram a viatura policial, e, por tal razão, Luiz Fernando adentrou sua residência rapidamente.

Verificando tal situação os policiais resolveram abordar Gideão, já conhecido nos meios policiais, e com eles nada encontraram. Em seguida, os policiais abordaram Luiz Fernando e solicitaram a busca em sua casa, o que foi permitido. Na guarda de uma cama tubular os policiais lograram encontrar uma meia branca contendo em seu interior 19 (dezenove) invólucros confeccionados com fita adesiva, contendo em seu interior crack, com peso total aproximado de 10,5 g (dez gramas e cinco decigramas) e uma trouxinha confeccionada em plástico contendo sem eu interior 3 (três) pedaços de crack, com peso bruto total de 39,0g (trinta e nove gramas), sendo um pedaço maior, um intermediário e outro menor.

Encontraram, ainda, em poder de Luiz Fernando, um papel contendo anotações diversas relativas a contabilidade de tráfico, uma fita adesiva e um celular.

Na oportunidade, Luiz Fernando relatou aos policiais que estava guardando drogas para Gideão, versão esta que Luiz Fernando reproduziu na delegacia, onde ressaltou, ainda, na oportunidade, que fazia cerca de 45 (quarenta e cinco) dias que guardava drogas para Gideão.

Portanto, a versão apresentada por Luiz Fernando, de que Gideão simplesmente lhe passou a meia e o celular para que guardasse - dando a entender que sequer sabia o que havia no interior da meia, o que foi sustentado por Gideão - não encontrou respaldo nos autos.

Aliás, é no mínimo estranho que naquele contexto de avistar a viatura policial e de súbito Luiz Fernando adentrar em sua residência os acusados tenham tido tempo de negociar o valor que receberia pela guarda da "meia" e do celular, já que Luiz Fernando relatou que ganharia R$ 50,00 (cinquenta reais) para tanto.

Aliás, a versão apresentada em juízo por Luiz Fernando e Gideão, também não justifica o papel encontrado em sua casa com anotações referentes a contabilidade de tráfico.

Assim, naquele contexto de flagrância, outra viatura se dirigiu à casa de

Gideão, sendo que seu genitor permitiu a entrada, onde os milicianos encontraram 1 (um) invólucros plástico de cor azul contendo em seu interior cocaína, com peso bruto total 42,10g (quarenta e dois gramas e dez centigramas) de cocaína, R$ 1.374,00 (um mil trezentos e setenta e quatro) reais em notas miúdas, além de celulares, 8 (oito) pedaços de papel e 1 (uma) caderneta contendo anotações diversas relacionadas a contabilidade de tráfico.

Destarte, embora Luiz Felipe tenha negado realizar a traficância, e Gideão tenha tentado afastar a responsabilidade de seu comparsa, bem como ambos os acusados tenham negado a prática da associação, os crimes imputados aos réus restaram configurados.

Com efeito, a prova da traficância deve ser extraída das diversas circunstâncias do delito, como no presente caso, no qual se concluiu, sem dúvidas - pela atitude dos acusados, já que Luiz Fernando entrou rapidamente na sua residência quando avistou a viatura policial - pelas drogas apreendidas, por sua grande quantidade, pela diversidade, pelo dinheiro em notas diversas encontrado na posse de Gideão, pelas anotações apreendidas na casa de ambos acusados relativas a contabilidade de tráfico, e pelos depoimentos firmes e coerentes de todos os policiais ouvidos, bem como pelas versões inverossímeis e contraditórias dos acusados -, que seu objetivo era a traficância.

Além disso, embora em juízo Luiz Fernando tenha negado a prática do delito, na fase policial confessou que guardava drogas para Gideão. Cabe lembrar que o delito de tráfico se trata de delito de ação múltipla, admitindo várias condutas, no caso, ter em depósito e guardar a substância entorpecente para fins de tráfico. A propósito:

> *"[...] 4. 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.[...]* (HC 211.467/DF, Rel. Min. Og fernandes, sexta turma, j.16/08/2011).

Frente a isso, ainda que não se tenha presenciado a venda de drogas pelos acusados, a conduta da traficância está configurada, podendo ser verificada pela assombrosa quantidade de drogas - que não poderia ser consumido por uma só pessoa - variedade, as anotações com contabilidade do tráfico, tudo isso indica que as substâncias que os acusados tinham em depósito e guardavam destinava-se à vil mercancia.

No mais, os elementos probatórios trazidos foram hábeis a demonstrar a associação entre os réus.

Verifica-se a clara divisão de tarefas, sendo Luiz Fernando responsável

Acesso ao Sumário

pela guarda da substância entorpecente, e Gideão, por armazenamento de parte e venda das substâncias entorpecentes.

O vínculo associativo também se pode verificar, da quantidade de entorpecentes com ele apreendidos, sendo certo que alguém que não está profundamente enraizado na cadeia delitiva do tráfico não fica responsável pelo depósito de tamanha quantidade de entorpecentes. Além disso, o próprio Luiz Fernando na fase policial confessou que guardava entorpecentes para Gideão há 45 (quarenta e cinco) dias.

Mas não é só.

Na casa de ambos os acusados foram encontrados papéis com contabilidade da traficância, sendo certo que para a prática do tráfico isolada não é necessário a anotação de entrada e saída de mercadoria.

Desse modo, nítido que a associação dos réus não era meramente eventual, sendo que pelos menos há alguns tempo, ficando demonstrada certa estabilidade do vínculo associativo.

Mas ainda que assim não fosse, respeitado entendimento em sentido contrário, temos que não há necessidade de estabilidade para a configuração do delito previsto no artigo 35, da Lei de Drogas, pois o mencionado artigo 35 aplica-se a associações reiteradas ou não.

Nesse sentido:

"Respeitados entendimentos em contrário, tenho por inaplicáveis os dispositivos da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, isto porque a conduta descrita no artigo 18, inciso III, da Lei 6.368/76, associação eventual, passou a ter tratamento mais rigoroso na novel lei. Assim, não há falar-se em abolitio criminis *ou* novatio legis in mellius *diante do teor do artigo 35, da Lei 11.343/06, que, ao contrário do sustentado pelos nobres causídicos, passou a considerar crime a conduta de "Associarem-se duas ou mais pessoas para fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, desta Lei:", ou seja, ao suprimir a "associação" como ajuste para cometer um delito determinado, como causa de aumento, mas, manter a cláusula "reiteradamente ou não", inclui ai, como crime, qualquer associação, mesmo a eventual do artigo 18, inciso III , da lei revogada, que, por mais benéfica aos réus, deve ser mantida. Assim sendo, a nova lei de tóxicos passou a dar tratamento mais severo a conduta de "associarem-se duas ou mais pessoas", considerada crime, incluída nessa expressão, a simples associação, antes causa de aumento. Portanto, não vejo como aplicar o artigo 2°, do Código Penal na espécie, pois a Lei 11.343/06, passou a considerar crime todas as formas de "associação", mesmo aquela tida por eventual, causa de aumento na lei anterior" (TJSP,*

Apelação 993.07.0892951 (10950263100), Rel. Ubiratan de Arruda, 9ª Câmara, j. 30/01/2008).

Portando, diante de todos os fatos ora analisados, não há dúvida de que os acusados se associavam para a prática da traficância, devendo também ser condenados pela associação.

E, embora a defesa de Luiz Fernando alegue que não há menção de seu nome no relatório de interceptação telefônica juntada aos autos (fls. 66/96), e por tal razão deveria ser o réu absolvido da associação, cumpre observar que a interceptação juntada aos autos é prova emprestada de outro processo, então realizada em aparelho de celular de propriedade de Ailto, e não de Gideão.

Assim, tal fato apenas comprova que Luiz Fernando não se associava a Ailto, contudo, não é essa a acusação que lhe pesa nesses autos, mas de que se associa a Gideão, o que constou cabalmente comprovado.

Portanto, a materialidade e autoria cabalmente demonstradas, a condenação dos acusados pela prática dos delitos previstos nos art. 33, *caput* e art. 35 da Lei 11.343/2006 é medida de rigor, devendo prevalecer.

Nada mais quanto ao mérito, passo à análise das penas.

O magistrado de primeiro grau, no tocante ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, fixou as penas do acusado Gideão acima do mínimo legal, em 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, na fração unitária mínima, justificando a fixação da reprimenda acima do patamar mínimo em razão da enorme quantidade de narcóticos apreendida (49g de crack, 42,10g de cocaína) e, principalmente, em virtude da natureza particularmente lesiva e potencialmente letal do crack, que pode determinar dependência e morte em pouquíssimo espaço de tempo, transformando o usuário em um morto-vivo. O crack é, atualmente, o entorpecente mais nocivo existente no submundo brasileiro da narcotraficância.

Com efeito, a quantidade de drogas apreendidas bem como a potencialidade lesiva destas justificam o recrudescimento das penas, nos termos do art. 59 do Código Penal, c.c. art. 42 da Lei 11.343/2006. Contudo, o patamar adotado em primeiro grau mostra-se excessivo, sendo suficiente o aumento das penas no patamar de 1/3 (um terço), e perfazendo as penas 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no patamar mínimo.

A pena foi diminuída em 1/6 (um sexto), em razão do reconhecimento da atenuante da confissão, que, com os devidos ajustes, alcançar a sanção de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, na fração unitária mínima.

No tocante ao art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, com destaque para a quantidade e natureza dos narcóticos movimentados pela associação criminosa integrada pelo acusado, conforme já destacado, fixou a pena base acima do

Acesso ao Sumário

mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 914 (novecentos e quatorze) dias-multa, na fração unitária mínima.

Novamente, e, embora a quantidade de narcóticos movimentados demonstre o elevado envolvimento do acusado na associação criminosa e na cadeia delitiva, a merecer fixação da pena acima do mínimo legal, no presente caso mostra-se suficiente o patamar de 1/3 (um terço), sendo excessivo o adotado pelo MM. Juízo *a quo*, razão pela qual perfaz as penas 4 (quatro) anos de reclusão e 914 (novecentos e quatorze) dias-multa, tornadas definitivas na ausência de circunstâncias modificadoras.

Somadas as reprimendas, alcança a sanção total única de Gideão 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1469 (um mil quatrocentos e sessenta e nove) dias-multa, na fração unitária mínima.

Passo, à análise das penas de Luiz Fernando:

Observando os mesmos fundamentos, qual seja, a quantidade e potencial lesivo das drogas apreendidos, o magistrado de primeiro grau fixou as penas do acusado no dobro, qual seja, 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, no piso.

E, pelos mesmos argumentos acima expostos, entendo que a proporção utilizada mostra-se excessivo, sendo suficiente a majoração em 1/3 (um terço), perfazendo as penas 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no patamar mínimo.

Diferentemente do alegado pela d. defesa, as penas do acusado Luiz Fernando não foram aumentadas em razão dos seus antecedentes que, aliás, sequer existem. A diferença entre as penas de Luiz Fernando e Gideão se deu em decorrência da confissão do Gideão em relação ao delito de tráfico, razão pela qual teve suas penas diminuídas em 1/6 (um sexto), diferentemente de Luiz Fernando, que não confessou a prática do delito não tendo diminuídas as suas penas em razão da atenuante.

Assim, as penas devem ser tornadas definitivas na ausência de circunstâncias modificadoras.

Quanto ao delito de associação, as penas foram fixadas acima do mínimo legal, também observando a quantidade e natureza dos narcóticos movimentados pela associação criminosa integrado pelo acusado, fixou as penas em 6 (seis) anos de reclusão e 914 (novecentos e quatorze) dias-multa, tornadas definitivas na ausência de circunstâncias modificadoras.

Pelas mesmas razões já expostas no tocante as penas do acusado Gideão, entendo que a fração de 1/3 (um terço) se mostra suficiente no presente caso, razão pela as penas alcançam 4 (quatro) anos de reclusão. As penas de multa do acusado deveriam ter seguido as proporções da pena privativa de liberdade, contudo, fixadas em 914 (novecentos e quatorze), o que deve ser mantida sob

pena de incorrer em *reformatio in pejus*.

Somadas as penas diante do concurso material, as penas do acusado Luiz Fernando alcançam 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1580 (um mil quinhentos e oitenta) dias-multa, no piso.

Com relação aos dois acusados, entendeu o magistrado de primeiro grau que impossível a concessão do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 já que nenhum dos acusados eram traficantes meramente ocasionais ou episódicos, destacando, ainda, que Gideão admitiu estar se dedicando ao comércio de narcóticos como espécie de serviço, após ter sido demitido de seu emprego, e que Luiz Fernando estava guardando crack há pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias.

E com razão.

Impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006 como pretende a defesa.

É que, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode participar de organizações criminosas.

O *quantum* da causa de diminuição, evidentemente, não é automático.

Fosse assim, a lei não daria alternativas ao Magistrado para fixação de tal valor.

Pode-se dizer que a lei criou dois momentos, um é aquele do cabimento ou não da causa de diminuição, lembrando-se mais uma vez o uso do vocábulo "poderá".

Nesse sentido:

> *A diminuição permitida pelo § 4º do art. 33, por outro lado, não pode ser concedida. A lei dispõe que as penas poderão ser reduzidas, o que faculta ao juiz sua concessão, após a análise do caso concreto, respeitado o princípio da individualização da pena. Na hipótese, a quantidade de droga apreendida, aliada aos informes policiais de que o apelante já se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao fato de o apelante ter sido preso em companhia de usuários de drogas, demonstram a conduta social e a personalidade do agente voltada para o crime. Tais circunstâncias impedem a concessão do redutor, já que o apelante não pode ser considerado pequeno traficante. (TJSP, Ap.990.08.078177-4, 9ª Câmara, rel.Galvão Bueno, j. 29/01/2009)*

Passado tal momento, caberá ao julgador estabelecer tal *quantum*, sendo impossível de se imaginar que apenas por ser o agente primário e de bons antecedentes, e não ter envolvimento em organização criminosa, a diminuição será a máxima.

Se assim fosse, toda diminuição seria máxima, posto que somente terá

Acesso ao Sumário

direito à mesma quem fosse primário e de bons antecedentes, além de não envolvido com organizações criminosa.

Ou seja, bastaria ter direito para automaticamente ser contemplado com a diminuição máxima, o que não tem qualquer base legal, já que a lei, como é sabido, não tem palavras inúteis, e ela própria estabelece uma gradação destes valores.

Entre os fatores a serem sopesados para tal gradação, inegavelmente a quantia da droga e condições objetivas do tráfico pontificam.

Realmente, se a lei manda o julgador fixar o *quantum*, será impossível imaginar-se que um grande traficante, com grande quantia de drogas, possa ser contemplado da mesma forma que um jovem, dedicado por miséria social ao pequeno tráfico.

Tal entendimento contraria frontalmente a *ratio legis*.

No caso dos autos, os apelantes foram detidos com significativa quantidade de crack (42,10g) e cocaína (49 g), além de significativa quantidade de dinheiro em espécie e anotações referentes a contabilidade de tráfico.

É inegável que a grande quantidade de droga apreendida desaconselha a aplicação por completa do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação dos réus em organização criminosa, tanto que no presente caso os acusados foram condenados pela prática também da associação ao tráfico, afastando a aplicação do § 4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mesmo em se tratando de réus primários, com bons antecedentes:

> *HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA CONCRETIZADA: 7 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. APREENSÃO DE 157,3 KG DE MACONHA. PENA-BASE DE 8 ANOS JUSTIFICADA. ELEVADA CULPABILIDADE PELA QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06 EM RAZÃO DE AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. QUANTIDADE DE DROGA, TODAVIA, QUE INDICA A PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. É certo que todas as funções processuais penais são de inescondível relevância, mas a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta exigem específico trabalho intelectivo de*

esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. Na hipótese, a exacerbação da pena-base, ainda que se retire a menção aos maus antecedentes e, portanto, se reconheça a primariedade do paciente, não pode retroceder ao mínimo legal, uma vez que extremamente elevada a culpabilidade em razão da quantidade de droga apreendida.

3. Inviável a aplicação do redutor do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 no caso concreto, pois, apesar da primariedade do acusado, a expressiva quantidade da droga indica sua participação em organização criminosa.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ, HC 140.211/MS, 5ª turma, Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.09.2009) (grifei)

No presente caso, impossível também a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, bem como a fixação do regime diverso do fechado, tendo em vista o *quantum* de pena aplicado.

Posto isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos apelos defensivos para, mantida as condenações, diminuir o aumento das penas bases dos crimes de tráfico e associação para 1/3 (um terço), perfazendo as penas de Gideão 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1469 (um mil quatrocentos e sessenta e nove) dias-multa, e as penas de Luiz Fernando 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1580 (um mil quinhentos e oitenta) dias-multa, no piso, mantida no mais a r. sentença tal qual lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0060633-41.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JUERGEN TODT.

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 JUERGEN TODT, portador do RG nº 6.543.978, filho de Karl Heins e Liesel Frieda Johanne, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa (valor unitário mínimo), substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena corporal e em prestação

Acesso ao Sumário

pecuniária no valor de seis (6) salários mínimos, em favor de entidade com destinação social a ser definida pelo Juízo da Execução. Regime semiaberto para o caso de descumprimento. Advertência (artigo 44, § 4º, do Código Penal), em primeiro grau. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.061)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SÉRGIO RIBAS E JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Crime contra a Ordem Tributária. Lei n° 8.137/90. Artigo 1°, inciso I. Absolvição. Recurso do Ministério Público buscando a condenação do recorrido. Acusado que omite informações às autoridades fazendárias e, consequentemente, deixa de recolher ICMS. Prova clara da ciência, pelo réu, dos desmandos na administração da sociedade e da não escrituração das operações tributáveis que constavam do Livro Registro de Saída, bem como da sonegação. Acusado que, ademais, figurava como sócio administrador da empresa no contrato social, devendo zelar pela boa administração do negócio. Condenação de rigor. Inaplicável, ao caso, o princípio da insignificância. Inteligência da Lei nº 10.522/02, da Portaria nº 75/12, do Ministério da Fazenda, da Lei Estadual nº 14.272/10 e da Resolução nº 78/10, da Procuradoria Geral do Estado. Pena base fixada no mínimo e majorada em 1/6 ante a reincidência. Dia-multa fixado no mínimo. Substituição da pena corporal, excepcionalmente, por restritivas de direitos. Regime semiaberto. Recurso provido para condenar o réu.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação Criminal interposta contra sentença que absolveu **JUERGEN TODT** da imputação de ter infringido o artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. A sentença entendeu que era caso de aplicação do princípio da insignificância, vez que o artigo 20, da Lei nº 10.522/02, prevê que o valor a ser considerado para arquivamento das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da

União é de R$ 10.000,00, superior àquele devido, em tese, pelo réu.

Sustenta o Ministério Público que a sentença deve ser reformada. Aduz que o valor do débito, ao contrário do que concluiu o decreto atacado, é muito superior ao estabelecido pela Lei nº 10.522/02. Diz que o débito tributário, no caso, alcançou R$ 23.280,50. Ressalta, ainda, que o artigo 1º, § 1º, do Decreto Estadual nº 56.179/10, considera débito fiscal a soma do principal, multa, juros e demais acréscimos previsto em lei. Pondera que, obviamente, o espírito do legislador que norteou a elaboração da norma que dispensa a União de executar e cobrar o débito até R$ 10.000,00 não era o de, por exemplo, retirar do Estado e da sociedade, em última análise, o direito de executar um débito no valor de R$ 100.000,00, cujo tributo fosse de R$ 9.000,00, os juros de R$ 3.000,00 e multa por descumprimento de obrigação acessória de R$ 88.000,00, valor total do débito. Insiste que não se deve excluir do débito, para fins penais, o valor dos juros de mora e da multa. Busca a condenação, reiterando, integralmente, os argumentos das alegações finais (folhas 161/163). Naquela fase processual, o Ministério Público pleiteou a condenação de JUERGEN, afirmando que as provas eram basicamente documentais, portanto bastante sólidas. Asseverou que bastava uma simples leitura dos documentos para verificar a falta de escrituração das operações, ou seja, o valor descrito no Livro Registro de Saída não foi informado no Livro Registro de Apuração de ICMS. Alegou que a autoria delitiva estava comprovada pelo depoimento do próprio réu e pelo reconhecimento da testemunha. Afirmou que o acusado era o responsável pela regularidade das transações comerciais, bem como pelas informações a serem prestadas à autoridade (folhas 140/143).

Processado o recurso, com resposta, subiram os autos.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo.

É o relatório.

O réu foi denunciado por infração ao artigo 1º, inciso II, c.c. o artigo 11, ambos da Lei nº 8.137/90 (crime contra a ordem tributária). Isso porque em outubro de 2004, JUERGEN, na qualidade de sócio administrador da empresa Todt's Coml. Imp. Exp. Ltda., com sede na Rua Barão do Triunfo, nº 520, sala 142, Brooklin Paulista, nesta Capital, agindo por meio de sua pessoa jurídica, suprimiu R$ 8.825,33 de ICMS, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na omissão de operações na GIA e no Livro Registro de Apuração de ICMS.

Relata a peça acusatória que o agente fiscal Joaquim Maurício de Araújo Coutinho, durante verificação na Todt's, constatou que a pessoa jurídica gerenciada por JUERGEN, com a inequívoca intenção de sonegar o ICMS no mês de outubro de 2004, suprimiu R$ 8.825,33 do referido tributo, na medida em que omitiu ou fez omitir, no Livro Registro de Apuração de ICMS e nas GIAs,

Acesso ao Sumário

as operações tributáveis que constavam no Livro Registro de Saída, suprimindo o ICMS a recolher aos cofres públicos. Como proprietário e administrador da Todt's, o réu detinha o domínio do fato e era responsável pela regularidade das informações a serem prestadas à autoridade, além de ser beneficiário direto do produto da sonegação.

A materialidade do delito está estampada no Auto de Infração e Imposição de Multa de nº 3.099.323-4 (folhas 16/17), bem como no demonstrativo do débito fiscal (folhas 18/19), nos documentos de folhas 22/36 e na Certidão de Dívida Ativa (folhas 85).

E a autoria também está clara.

No distrito policial, em agosto de 2012, JUERGEN afirmou que a empresa estava inativa, enfatizando que não conseguiu encerrá-la devido a problemas de débitos fiscais. Sua sócia Karin apenas constou no quadro societário para atender legislação da época da constituição. Admitiu que a administração da empresa fosse de sua responsabilidade. Quanto aos fatos, não soube dizer o motivo que desencadeou a autuação, tendo em vista que a empresa já estava inativa no ano de 2004. Entregou os documentos fiscais da empresa para exame pela fiscalização e, posteriormente, recebeu a autuação. Não possui condições de saldar os débitos (folhas 81). Em juízo, o recorrido contou que tencionava encerrar sua empresa. Reunido com seu contador e o agente fiscal de rendas, descobriu que tinha créditos de ICMS. Eles, então, sugeriram: "pega esses créditos, vai na contabilidade dos anos anteriores e vai cancelando todos esses créditos, ou seja, através de emissão de nota fiscal, alguma coisa assim e elimina". Acatou, pois, a sugestão. Feita a operação, "fui lá" assinar os documentos. Depois de tudo assinado, "ele" lhe disse que tinha sido gerado um "pequeno problema": uma dívida de cerca de R$ 8.000,00 a título de multa pela alteração dos procedimentos dos anos anteriores. No entanto, não tinha como pagar esse valor com seu salário de professor universitário (mídia digital a folhas 138).

Joaquim Maurício de Araújo Coutinho, agente fiscal de rendas à época dos fatos, afirmou que se recordava pouco dos fatos. Lida a denúncia, afirmou que, pela redação, acreditava que foram emitidas notas fiscais de venda e essas deixaram de ser lançadas nos livros fiscais próprios. Recordou-se do acusado, com quem manteve contato pessoal na empresa. Acredita que o réu estava sozinho no local. JUERGEN contou-lhe que era professor universitário de comércio exterior e constituiu a empresa quando teve início "essa época de importação". Ocorre que os negócios não prosperaram como ele previa. Acredita que ele tenha deixado de pagar algumas mensalidades do contador e emitiu as notas fiscais. A explicação dada pelo recorrido foi essa, "um lapso" (mídia digital a folhas 138).

A prova de acusação - clara e direta - autorizava mesmo o reconhecimento

Acesso ao Sumário

da autoria e materialidade delitivas. O auto de infração, confirmado pelo relato do fiscal de rendas responsável pela autuação, dá conta do não recolhimento de ICMS devido pela empresa do réu, em razão da não escrituração das operações tributáveis que constavam no Livro Registro de Saída.

O próprio acusado, por sua vez, admitiu ser o responsável pela administração da sociedade, afirmando que assim agiu por orientação de seu contador e do próprio fiscal de rendas. Mas sua versão restou isolada nos autos. O agente fiscal Joaquim, quando de sua oitiva, não fez qualquer menção ao fato de ter orientado o recorrido a assim agir. Aliás, ele sequer foi questionado pela defesa de JUERGEN acerca de tal circunstância. De mais a mais, o réu não arrolou seu suposto contador como testemunha. Sequer indicou seu nome.

Posto isto, não há nenhuma dúvida quanto ao conhecimento, pelo réu, da fraude, com vistas ao não recolhimento de ICMS. A empresa estava em nome dele. Era ele quem devia zelar pela boa administração do estabelecimento, inclusive com o recolhimento dos devidos tributos, não o fazendo, porém.

A prova, portanto, comprova as omissões de informações, consistentes na não escrituração das operações tributáveis que constavam do Livro Registro de Saída e, consequentemente, o não recolhimento de valores referentes ao ICMS, bem como a responsabilidade de JUERGEN, sócio administrador, em fazê-lo ou cuidar que se fizesse, de modo que a condenação era medida de rigor.

E nem se alegue, no esteio do inconformismo do Ministério Público, com a aplicação, no caso, do princípio da insignificância, com base no artigo 20, da Lei nº 10.522/02.

Respeitados os entendimentos contrários, tenho para mim que o referido diploma legal não invade a seara criminal. O artigo 20, da Lei nº 10.522/02, tão somente prevê o arquivamento dos autos das execuções fiscais de débitos de valor consolidado ou inferior a R$ 10.000,00, sem baixa na distribuição. Tanto que o § 1º, do mesmo artigo, determina que os autos de execução serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite de R$ 10.000,00. Trata-se, a meu ver, de norma que visa à organização da Fazenda Nacional, tanto que o arquivamento só pode ocorrer mediante requerimento do Procurador do órgão. De mais a mais, se não há nem mesmo a extinção do débito fiscal, que poderá ser cobrado posteriormente, não se entende o motivo pelo qual o limite acima referido deva ser utilizado para a aplicação de uma tese, para alguns erigida à condição de princípio.

Mas há mais.

O referido dispositivo legal faz referência a valor consolidado ou inferior a R$ 10.000,00. E valor consolidado é o valor do débito mais os encargos e acréscimos. No caso dos autos, como bem asseverou a I. Representante do Ministério Público, o valor consolidado ultrapassou os R$ 20.000,00 ainda na

Acesso ao Sumário

lavratura do AIIM, em dezembro de 2008, o que afasta, ainda mais, a aplicação da Lei nº 10.522/02.

Não obstante, há mais.

Ainda que o referido diploma legal estabeleça o valor de R$ 10.000,00 e a Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, estabeleça o valor de R$ 20.000,00 como critério de irrelevância administrativa no âmbito federal, isso não autoriza a aplicação do princípio da insignificância ao caso, uma vez que os autos tratam de redução fraudulenta de ICMS, tributo estadual, regulamentado o tema pelo artigo 2º, da Resolução nº 78, da Procuradoria Geral do Estado, de 8 de dezembro de 2010, editada em consonância à Lei Estadual nº 14.272/10. Autoriza a Resolução a desistência das execuções de débitos referentes ao ICM e ao ICMS quando a soma dos valores atualizados e devidos a esse título por uma mesma pessoa física ou jurídica não ultrapassar 200 (duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs), ou seja, o valor atual de R$ 3.874,00, que é bem menor do que a quantia referida na inicial, de R$ 8.825,33, sem somar as multas, juros e demais acréscimos previstos na legislação. Não há qualquer violação ao princípio da isonomia pelo fato de não se aplicar o critério estabelecido na Lei nº 10.522/10 ou na referida Portaria do Ministério da Fazenda, uma vez que a capacidade econômica de cada ente federativo, dotado de autonomia, é distinta. E só o ente estadual pode estabelecer limites de irrelevância, adequados à sua realidade fiscal.

Passo, então, à fixação das penas. Atento às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, estabeleço as bases no mínimo, de **2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**. Em razão da agravante da reincidência (folhas 8/9 do apenso), elevo as penas em 1/6, para **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa**, que torno definitivas ante a ausência de circunstâncias modificativas. Fixo o valor do dia-multa, verificada a situação econômica do acusado, no mínimo legal. Não obstante a reincidência específica do acusado, excepcionalmente substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena corporal (que se iniciará após ele cumprir pena da mesma natureza imposta em outra ação penal) e em prestação pecuniária no valor de seis (6) salários mínimos, em favor de entidade com destinação social a ser definida pelo Juízo da Execução. A substituição, no caso, é socialmente recomendável e atende à finalidade da lei penal. O regime, para o caso de descumprimento, considerada a reincidência, será o semiaberto.

Anoto, ainda que não se tenha levantado o tema, que não há se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal. De acordo com a Súmula Vinculante nº 24, do Pretório Excelso, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo." E o lançamento definitivo do imposto, neste caso, ocorreu

somente em 2 de março de 2011 (folhas 85), data em que começou a correr o prazo prescricional. Considerando-se a data do recebimento da denúncia (15 de janeiro de 2013 - folhas 96) e a data do presente julgamento, **não decorreu prazo superior a oito anos**, conforme dispõe o artigo 109, IV, do Código Penal.

Meu voto, pois, **DÁ PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público para condenar JUERGEN TODT, portador do RG nº 6.543.978, filho de Karl Heins e Liesel Frieda Johanne, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, às penas de **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa** (valor unitário mínimo), substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena corporal e em prestação pecuniária no valor de seis (6) salários mínimos, em favor de entidade com destinação social a ser definida pelo Juízo da Execução. Regime semiaberto para o caso de descumprimento. Advertência (artigo 44, § 4º, do Código Penal), em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010656-60.2009.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante ALINE MENEGUEL, 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 tão-somente para reduzir as penas de Aline Meneghel para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com a recomendação supra. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), IVO DE ALMEIDA E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 21 de novembro de 2013.

MOREIRA DA SILVA, Presidente e Relator

Ementa: Apelação criminal - Tráfico ilícito de entorpecente - Sentença condenatória - Pretendida a desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria demonstradas - Condenação bem editada, com base em convincente acervo

Acesso ao Sumário

probatório - Pleitos de reconhecimento de confissão espontânea, de redução da base ao mínimo legal, de aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 e do direito de progredir de regime - Apesar de afigurar-se descabido, no caso em apreço, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a pena deve retornar ao mínimo em razão da menoridade - Aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/6 (um sexto), mercê da grande quantidade de entorpecente e da circunstância de que estava sendo preparada para ser inserido no sistema penitenciário - Regime prisional escorreitamente fixado - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática da lavra da MMª. Juíza de Direito Dra. Flávia de Cassia Gonzales de Oliveira, acrescenta-se que **Aline Meneghel**, por infração ao artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, foi condenada às penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, diária mínima.

Inconformada, recorre. Acenando com a fragilidade probatória, pugna pela desclassificação do delito para porte de entorpecentes para uso pessoal. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da confissão espontânea, a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento do privilégio insculpido no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 e o direito à progressão da pena imposta.

Processado e contra-arrazoado o recurso, em que o apelado opina pelo improvimento, manifesta-se a d. Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido.

É o relatório.

2. O recurso comporta parcial provimento, se bem que a r. sentença monocrática bem apreciou a espécie, proclamando corretamente a solução condenatória.

A apelante foi processada e condenada pelo crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, porque, no dia 31 de julho de 2009, por volta das 20h15min, na Rodovia Assis-Platina, Km 2, na Comarca de Assis, guardava, para consumo de terceiros, 963,2g. (novecentos e sessenta e três gramas e duzentos miligramas) de *Cannabis sativa L*, conhecida vulgarmente como

maconha, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 01d/02d).

A materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada não apenas pelos autos de prisão em flagrante (fls. 02/07) e de exibição e apreensão (fls. 13/14), senão também pelos laudos de constatação prévia (fls. 11/12) e de exame químico-toxicológico (fls. 25/26), que apresentaram resultados positivos para *Cannabis sativa L*.

A autoria atribuída à apelante, igualmente, exsurge incontroversa.

Silente na peça flagrancial (fls. 07), como lhe assegura a Carta Constitucional de 1988, Aline negou, em juízo, a autoria da ação criminosa, alegando que teria recebido a grande porção de maconha como pagamento por um programa realizado com um caminhoneiro que a deixou no trevo de Assis-Platina. Após, foi de moto até uma pensão que fica em frente ao presídio onde seu marido está preso, com a finalidade de cortar a droga em pequenos pedaços para poder transportá-la para Itaberá, momento em que foi abordada pelos policias (fls. 89).

Bem é de ver, contudo, que a serôdia versão exculpatória, de todo inverossímil e divorciada de elementos probantes idôneos, não merece credibilidade, estando bem provadas a autoria a ela atribuída e a finalidade de entrega da droga a terceiros, consoante se dessume do acervo probatório produzido nos autos, máxime sob o crivo do contraditório.

Com efeito, o policial militar Adilson André de Arruda, corroborado, na essência, pelo também policial Sérgio Luis Xavier (fls. 87), relatou que, após receber informações de que uma pessoa do sexo feminino estaria com drogas no hotel em frente à penitenciária de Assis, para lá se dirigiu e visualizou a apelante sentada no chão cortando uma porção de maconha, a qual afirmou que teria feito um programa com um caminhoneiro e recebido a droga como pagamento. Ademais, asseverou ter apreendido dois celulares, um carregador e dois rolos de fita adesiva, sendo que um deles foi encontrado dentro de sua bolsa. A apelante revelou ainda que ia visitar um amigo ou seu amásio na sobredita penitenciária (fls. 86).

Tais depoimentos merecem inteira acolhida, já porque os policiais não conheciam a apelante e não tinham motivo para incriminá-la, se ela não estivesse mesmo a cometer o crime; já porque prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexiste 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***

Acesso ao Sumário

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)".[1]

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".***[2]

Importante registrar, também, como já se teve oportunidade de decidir: ***"Assente, de forma pacífica, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, que os depoimentos de policiais quando coerentes e sem discrepância entre si têm a validade de quaisquer outras declarações, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade".***[3]

Vale registrar que a substância entorpecente que a apelante guardava, pela sua significativa quantidade (uma porção e um tijolo de *Cannabis sativa L*, com peso líquido de 963,200g.), bastante para a confecção de milhares de unidades, denota, já por si, que se destinava à entrega ao consumo de terceiros.

Some-se a isto o fato de que, além da grande quantidade de droga, foram apreendidos dois rolos de fita adesiva, duas facas de cozinha e dois aparelhos de celular (fls. 13).

Por outro lado, nunca é demais lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de droga, não é mister que aconteça a operação de venda da substância entorpecente, bastando que seja detectado e demonstrado, como no caso em exame, que a droga destinava-se para fornecimento a terceiros.

Bem é de ver, nesse passo, que outro não tem sido o entendimento desta Colenda Corte, consoante se dessume do v. acórdão da lavra do Eminente Desembargador Marco Antonio Marques da Silva:

> ***"Para configuração do crime imputado ao apelante, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a***

Acesso ao Sumário

1 - 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.

2 - RDTJRJ 7/287.

3 - TJSC - JC 59/314.

traditio, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512)".[4]

Demais disso, não se mostra crível que um caminhoneiro realizasse o pagamento de um programa com uma quantidade tão elevada de substância entorpecente, da qual seria possível confeccionar, aproximadamente, 3.852 porções, a representar um valor total de R$ 19.264,00 (dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais).

Portanto, ao contrário dos argumentos sustentados pela combativa defensoria, o elenco probatório permite concluir que a apelante guardava as porções da substância entorpecente que restaram apreendidas e tinha para as mesmas, à guisa de finalidade, a traficância. Certamente buscaria introduzir no presídio o todo ou parte da maconha.

Outrossim, restou cabalmente provada, tanto pelos depoimentos prestados nos autos pelos policiais, em especial sob o crivo do contraditório, bem como pelo interrogatório da apelante, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, haja vista que a apelante foi surpreendida com a substância entorpecente em uma pensão que se localizava em frente à Penitenciária de Assis.

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, tudo está a indicar mesmo a violação, pela apelante, da norma de proibição insculpida no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, razão por que era mesmo inarredável o provimento condenatório por tráfico ilícito de entorpecentes, como bem proclamado pela eminente Magistrada sentenciante, pelo que resta inatendível o pleito desclassificatório.

As penas, contudo, comportam reparo.

A base foi escorreitamente aumentada em 1/6 (um sexto) em razão da grande quantidade de droga apreendida, com base no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase, apesar de se afigurar descabido, no caso em apreço, o reconhecimento da atenuante da confissão - a qual, enfatize-se, há de ser também espontânea -, máxime porque a apelante, ao ser interrogada em Juízo, afirmou apenas ser usuária de drogas e tentou fazer crer que teria recebido aquela quantidade de entorpecente como forma de pagamento por "programas" com caminhoneiro, é de se reduzir a pena-base ao mínimo legal, pois a apelante era menor ao tempo do fato.

Já na terceira etapa, foi adequada a majoração da pena em 1/6 (um sexto),

4 - Apelação Criminal nº 0014608-83.2011.8.26.0562, 6ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 30/08/2012.

Acesso ao Sumário

tendo em vista a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

E, se presentes os requisitos previstos no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, como reconhecido expressamente na r. sentença, não se pode deixar aplicar a causa especial de redução da pena, consoante tem decidido o Excelso Pretório[5].

Nessa conformidade, afigura-se de todo adequado eleger-se a fração de 1/6 (um sexto), seja em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida com a apelante (963,200g. de maconha), o que revela, como bem ressaltado pela MMª Juíza a quo, "*periculosidade extrema*", seja porque tal substância estupefaciente estava sendo preparada (a apelante foi surpreendida no momento em cortava o "tijolo" da droga em pedaços pequenos) para ser inserida na Penitenciária de Assis, onde se encontrava custodiado o amásio da ré.

A propósito, o Colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que se mostra correta adoção da fração de 1/6 a título da causa especial de redução da pena mercê da quantidade de droga[6].

Assim, as penas restam definitivamente fixadas em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

Outrossim, no tocante ao regime prisional, há de se ressaltar que a apelante viu-se condenada pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, crime sabidamente classificado, no sistema jurídico pátrio, como assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII).

E mais, a gravidade concreta da conduta da apelante, decorrente da quantidade de entorpecentes, capaz de atingir um universo de quase quatro mil usuários, revela a sua elevada danosidade social, a reclamar, portanto, a manutenção do regime eleito, servindo, de resto, ao lado do *quantum* punitivo, como obstáculo à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, máxime porque estas não se mostram suficientes e socialmente recomendáveis (art. 44, III, CP).

Por fim, apenas para que não fique sem registro, não se conhece do pleito referente ao direito de progredir de pena, pois o regime instituído na sentença foi o inicial fechado, o que lhe possibilitará, perfeitamente, após o preenchimento dos requisitos legais, a progressão tão almejada.

Acesso ao Sumário

5 - RHC 113681/MG - Relator(a): Min. Luiz Fux - Julgamento: 25/06/2013 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação Processo Eletrônico DJe-158 Divulg 13-08-2013 Public 14-08-2013.

6 - STF - HC 115516/SP - Relator(a): Min. Luiz Fux - Julgamento: 18/06/2013 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação Processo Eletrônico DJe-161 Divulg 16-08-2013 Public 19-08-2013.

Recomenda-se a correção do nome da apelante na distribuição e demais assentos cartorários, porquanto ela se chama Aline Meneghel, e não como constou.

3. Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso tão-somente para reduzir as penas de Aline Meneghel para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com a recomendação supra. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0001312-54.2013.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante GERALDO SABINO DA 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: "Rejeitaram as preliminares e deram parcial provimento ao recurso para afastar a reincidência do acusado Geraldo Sabino da Silva, reduzindo suas penas a 5 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 600 dias-multa, mínimo valor unitário. V.U." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.038)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Lei de Tóxicos (nº 11.343/06). Tráfico. Preliminares inconsistentes. Desnecessidade do exame de dependência toxicológica, diante de sua irrelevância para a caracterização do delito. Sentença que aborda todas as teses invocadas pela defesa. Ausência de nulidade da decisão. Mérito. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versão exculpatória inverossímil. Desclassificação para

Acesso ao Sumário

porte de entorpecentes para consumo próprio. Impossibilidade. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento. Necessidade de correção. Reincidência não comprovada nos autos. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Apelo parcialmente provido, rejeitadas as preliminares.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Geraldo Sabino da Silva** saiu **condenado** às penas de ***6 anos e 6 meses de reclusão (regime inicial fechado), mais pagamento de 700 dias-multa, mínimo valor unitário***, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 (*tráfico ilícito de entorpecentes*).

O apelo do acusado - *f. 130/150* - combate a r. sentença, com matéria preliminar e meritória.

Preliminarmente, pretexta ocorrência de nulidades processuais, alegando que ***(i)*** o indeferimento da realização do exame de dependência toxicológica pela origem ocasionou cerceamento à sua defesa; e ***(ii)*** a sentença condenatória deixou de apreciar teses defensivas.

No mérito, pretende, essencialmente, a modificação do julgado, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, pleiteia ***(i)*** desclassificação da conduta para o delito de porte de entorpecentes para consumo próprio (*art. 28, da Lei nº 11.343/2006*); ***(ii)*** aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; ***(iii)*** regime prisional mais brando; e ***(iv)*** concessão de penas alternativas.

Acesso ao Sumário

Anotam-se contrarrazões - *f. 152/159* - que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 171*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo parcial provimento do inconformismo recursal, com afastamento da reincidência e consequente redução das penas (*f. 172/182*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***11.nov.2013*** - *f. 183*.

É o relatório.

Preliminares absolutamente inconsistentes.

A defesa pugna que o **indeferimento** pela origem do pedido de instauração do incidente de dependência toxicológica do acusado deu causa à nulidade processual (*f. 112*).

Sem qualquer mínima razão, no entanto.

Isto porque, inexiste adminículo qualquer que mostre que o réu estivesse eventualmente desprovido da capacidade de entendimento e autodeterminação, ao momento dos fatos.

Tanto que se apresentou em perfeito juízo de discernimento, em absolutamente ***todas*** as oportunidades em que ouvido nos autos.

Demais, toda a prova, desde o nascedouro, evidencia ***tráfico*** ilícito de entorpecente, restando superada a questão da dependência química, ou não, do acusado.

O que importa ao resultado é o tráfico e seu direcionamento para esta modalidade criminosa.

Ser ou não dependente não é o que se questiona, notadamente aqui, reprise-se, onde inexiste qualquer indício de dependência química ou insanidade mental.

E sabe-se que a condição de dependente químico **não afasta**, em absoluto, a possibilidade da prática do comércio ilícito de entorpecentes, hipótese comum em que o agente assume a condição de usuário e de traficante.

O que torna absolutamente irrelevante e impertinente a diligência requerida.

> *"CERCEAMENTO DE DEFESA - Prova criminal - Perícia - Crime contra a saúde pública - Tráfico de entorpecente - Exame de dependência toxicológica não realizado - Irrelevância - Preliminar de nulidade do processo repelida - Inteligência e aplicação dos arts.12, 19 e 29 da Lei nº 6.368/76." (RT 614/275).*

Enfim, impossível o reconhecimento de nulidade, por cerceamento de defesa.

Pretende o acusado, ainda, seja decretada **'nulidade'** da condenatória, tendo em vista que a origem teria ***deixado de apreciar*** a possibilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, assim como eventual substituição da corporal por penas alternativas.

Sem qualquer razão, outra vez mais.

Afinal, não se entrevê ***onde***, ***como*** ou ***porque*** da acenada nulidade por ofensa à legislação de regência, ou, muito menos, a tema constitucional.

O decisório - fruto de trabalho completo e bem desenvolvido - aprecia absolutamente **todos os temas** colocados em discussão.

Direta ou indiretamente, seja lá como se queira, verdade única é que todos

Acesso ao Sumário

os pontos combatidos foram bem e devidamente avaliados.

Se o apelante entende que sob fundamentos diversos deveriam ser examinadas outras ponderações, isso não se entretém em temática de nulidade eventual.

Basta o exame das situações, como foram feitas. O que se combate, isto sim, é o resultado.

Querer-se-ia, com certeza, solução diferente - ***concessão das referidas benesses ao acusado*** - e não a que foi dada.

Daí a achar que houve omissão do julgado vai distância imensa.

Inconformismo de resultado não significa ausência de fundamento.

Fundamento não entendido ou não querido pela parte, de igual e obviamente, também não significa vício ou assemelhado.

Assente-se bem: a parte não gostou foi do resultado e dos fundamentos usados.

Dizer-se, daí, que eles são falhos, é coisa inaceitável.

"O Juiz, em suma, não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão (Lopes da Costa, in RF, 126/127), pois não há nem pode haver modelo para a fundamentação da sentença".

"Basta que diga o suficiente para eliminar da decisão as marcas e aparências do arbítrio, desvelando ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar (Orozimbo Nonato, in RF, 133/417)".

Digno de ser trazido a colação o ensinamento do ***Desembargador Benini Cabral***, nos embargos de declaração nº 131.289-1:

"Os julgados devem dar os fundamentos que levaram o julgador a se convencer em favor de uma das partes. Não podem os fundamentos ser ao gosto do vencido, que o faça resignar-se, pois a parte tachada de renitente, pode continuar a sê-lo, e sempre, infindavelmente, sobrariam questões e perguntas sobre o direito, que é campo vasto. Ora, já pontuou o Excelso Pretório que não pode a parte fazer questionários ou lavrar perguntas, à guisa de satisfazer-se, ou construir, paralelamente, caminho para recurso eventual e futuro, que poderia remanescer".

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura negativa de vigência aos

Acesso ao Sumário

artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o art. 282, do mesmo Código." (REsp. nº 40.897-0-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 19.6.95, pág. 18.640).

Em suma, nenhum esforço lógico é preciso para concluir nesses termos relações tais que o menor esteja contido no maior e o médio na totalidade do maior, até encontrar os extremos do silogismo completo e o formalismo lógico que a lei repete.

Rejeitando-se, então, as teses defensórias, seja por fundamentos estes, seja por fundamentos aqueles, está-se apreciando, com todas as letras, as colocações defensórias.

Repelem-se as preliminares, pois.

Ao fundo.

Tráfico ilícito de entorpecentes (*art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06*).

Policiais Militares, realizando patrulhamento de rotina, resolvem proceder à abordagem do acusado.

Em revista, os milicianos localizam ***72 invólucros de cocaína - totalizando 11,3 gramas - e 1 "tablete" de maconha - totalizando 139,1 gramas*** -, no interior de uma caixa de sapatos que o acusado trazia amarrada em sua bicicleta.

O réu é detido em flagrante.

Estes ***os fatos***, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Esta caracterizada pelo ***(i)*** auto de exibição e apreensão (*f. 18*); ***(ii)*** laudo de constatação (*f. 38*); e ***(iii)*** exame químico-toxicológico (*f. 60/61*), a bem caracterizar as substâncias entorpecentes.

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, em plena via pública, tamanha quantidade de drogas - ***72 porções de cocaína, prontas para a entrega e consumo, além de um "tablete" de maconha pesando quase 140 gramas(!!)*** -, 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

Acesso ao Sumário

mais, e forte, também haver contra o acusado.

Assim as narrativas dos diligentes e competentes ***Policiais Militares (i) Fabrício*** e ***(ii) Gilson*** (*f. 4, 6 e mídia de f. 120*).

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Na ocasião, realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o acusado - *já conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com entorpecentes* - conduzindo uma bicicleta na via pública.

Os milicianos, então, procederam à sua abordagem e, em revista, localizaram as drogas escondidas em uma caixa de sapatos que estava em poder do réu.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

O que só pode levar à certeza do quadro.

No vazio, portanto, a versão exculpatória oferecida por ***Geraldo*** - *negando o tráfico e alegando que havia 'encontrado' a caixa de sapatos contendo as drogas abandonada, mídia de f. 120* -, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

"Data venia".

Aceitar-se a versão do acusado seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Dar-se crédito àquele que é surpreendido em poder de ***dezenas de porções de cocaína, bem como de um "tablete" de 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 é surpreendido em plena ação delituosa.

E o caso é de ***tráfico*** mesmo, **jamais** porte de entorpecentes para uso próprio, como alega a defesa.

A descrição daquele pelos Policiais - *cujas palavras, se viu, assumem capital importância* - mostra minuciosamente, a quantidade e o acondicionamento das drogas, a caracterizar o tráfico.

Quem é apanhado, como aqui, com as drogas na condição em que estavam, não tem como justificar a situação.

Traficância evidente.

Não há explicação razoável ou verossímil para tal guarda e porte de entorpecente, senão aquela que a entenda destinada ao comércio.

Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso.

Essa certeza visual, evidente e cristalina dos acontecimentos, então, consubstanciada nas situações descritas, e na perfeita e bem realizada operação da Polícia Militar, é marco indelével de autoria.

De sorte que não há se falar em uso, mas verdadeiramente em crime de tráfico ilícito de entorpecentes, quando as circunstâncias, exatamente como aqui, revelam o intuito de comércio.

Não há, enfim e 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 merece reparo.

Base fixada com adequado ***acréscimo***, tendo em vista os **maus antecedentes** ostentados pelo acusado (*certidão de f. 111*), bem como à **considerável quantidade** de drogas apreendidas em seu poder, como bem justificou a origem (*f. 113*).

Tudo em plena consonância com o disposto no *art.42, da Lei nº*

Acesso ao Sumário

11.343/2006.

No entanto, em que pese ter sido considerado **reincidente**, tal fato não restou devidamente caracterizado.

Isto porque, **como bem observou o d. Procurador de Justiça** oficiante neste feito (*f. 181*), a ***certidão de f. 105*** refere-se a processo criminal em que o acusado saiu condenado - *também pela prática de tráfico de drogas* -, às penas de ***5 anos e 4 meses de reclusão***, cujo trânsito em julgado ocorreu em **11.abr.2002.**

Assim, decorrido período de tempo **superior a 5 anos** entre o cumprimento da pena anterior e os fatos apurados neste autos (***25.abr.2013***), inviável o reconhecimento da agravante (*art. 64, I, do Código Penal*).

Logo, **afastado** o aumento proveniente da reincidência, resultam as penas do réu definitivas em ***5 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 600 dias-multa, mínimo valor unitário.***

E - contrariamente ao alegado pela defesa - não há como se aplicar aqui a causa de diminuição prevista no ***art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.***

A uma porque, como já se disse, o acusado possui ***maus antecedentes***, condição que, só por si, constitui **óbice legal** à pretendida redução.

A duas porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), **não é o caso** de aqui aplicá-la.

Isto porque meramente **facultativa** a situação ("...as penas ***poderão*** ser reduzidas..." g.do a.).

Demais disso, e isso é o que importa à vertente concreta, ***o acusado foi surpreendido pelos Policiais Militares na posse de considerável quantidade de drogas***, levando a crer que aquele 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, por qualquer ângulo que se analise a questão, impossível a aplicação do redutor.

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 n° 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Acesso ao Sumário

Exatamente como na espécie.

Afinal, o acusado foi surpreendido, aqui, a dispor à comercialização, além de **maconha**, de ***entorpecente de natureza nefasta: cocaína*** - *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.

Acesso ao Sumário

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.

Compatível, ademais, com o ***péssimo passado*** ostentado pelo acusado (*art. 33, § 3º, do Código Penal*).

Impossibilitada, por isso mesmo, a ***substituição da corporal*** por penas alternativas, como quer a defesa.

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.

Daí, enfim, que aquele que é surpreendido, como aqui, em poder de tamanha ***quantidade de drogas***, não pode ser apenado de forma branda.

Deve receber reprovação compatível à sua conduta.

Não se pode perder de vista que o **passado maculado** do acusado, por si só, afasta qualquer possibilidade de concessão da benesse (art. 44, III, do Código Penal).

POSTO, ***rejeitadas*** as preliminares, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso para afastar a reincidência do acusado **Geraldo Sabino da Silva**, reduzindo suas penas a ***5 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 600 dias-multa, mínimo valor unitário.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015582-71.2009.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante MAURO BATISTA DE JESUS, 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 ao recurso a fim de reduzir a reprimenda imposta para um (01) ano e quatro (04) meses de reclusão e pagamento de seis (06) 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 5100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.
IVO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Crime contra o patrimônio - Furto qualificado – Condenação - Materialidade e autoria bem demonstradas. Pretensão absolutória. Impossibilidade - Tese alternativa voltada para a aplicação do princípio da insignificância - Impossibilidade - Recurso a que se dá parcial provimento para aplicar o privilégio, reduzindo a pena, nos termos propostos pelo voto.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 107/111vº, cujo relatório adota-se, MAURO BATISTA DE JESUS, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de dois (02) anos de reclusão, no regime prisional inicial aberto, e a cumprir dez (10) dias-multa, no piso, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal. Presentes os requisitos legais, a privativa da liberdade restou substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo vigente à época do pagamento a ser destinada a uma entidade privada com destinação social.

Inconformado, recorre o réu a esta Egrégia Corte, pugnando pela expedição de um desate absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso III ou VII. Alternativamente, busca a aplicação do princípio da insignificância (fls. 141/144).

Regularmente processado o recurso, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 156/159).

É o relatório.

A acusação acolhida pela r. sentença é no sentido de que no dia 29 de agosto de 2009, na cidade e Comarca de Americana, o réu, após adentrar em um imóvel em construção, mediante o arrombamento de um tapume que vedava o acesso à obra, subtraiu, para si, um rádio portátil e setenta e cinco metros de fio elétrico, bens esses de propriedade de Durval Orlando Páfaro. Perpetrada a subtração, deixou o local dos fatos. No entanto, sua ação foi observada por populares que acionaram guardas municipais que, de posse de suas características físicas, o individualizaram, flagrando-o com o produto do furto dentro de saco plástico.

O recurso manifestado não merece provimento.

Com efeito.

Acesso ao Sumário

A materialidade do delito está devidamente comprovada pela prova haurida.

De seu turno, a autoria é incontroversa.

Pois bem. Pese o silêncio manifestado pelo réu na fase inquisitorial (fls. 06), deixando de comparecer em juízo, oportunidade em que foi declarado revel (fls. 74), os elementos de prova coletados, mormente na fase judicial, em nada o favorecem.

Nesse norte foram as declarações da vítima do delito, Durval Orlando Páfaro (fls. 75/76) e de um dos agentes públicos que o prendeu, de posse da "res", logo após a prática do ilícito (Fernando Faria - fls. 77/78).

A alegação de que a hipótese é de apossamento de coisa abandonada não merece crédito. A "res" foi subtraída do interior do imóvel pertencente à vítima. Possuía valor econômico considerável, consoante o auto de avaliação de fls. 13/14 - R$ 140,00. Demais disso, ainda que o rádio suprimido estivesse em precárias condições de uso - a vítima esclareceu ser esse bem pertencia ao servente de pedreiro e não estava funcionando - o réu não estava autorizado a ali penetrar e dispor dos bens guardados.

Diante de tais circunstâncias, a condenação era mesmo imperiosa.

A qualificadora do rompimento de obstáculo foi bem reconhecida, consoante os laudos periciais de fls. 85/89 - 90/91.

E nem se cogite da tese da atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância. Consoante auto de avaliação, a quantia de R$ 140,00 (Cento e quarenta reais) não pode ser classificada como ínfima (ninharia) e somente o furto de bem de valor ínfimo implica na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). Nesse norte já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça (cf. Recurso Especial n° 909.357-DF, Rel. Min. Félix Fischer).

E mais. Não há se falar em crime de bagatela. Isso porque o nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime.

As penas, fixadas no piso legal, não merecem qualquer retoque.

Porém, na hipótese ora em apuração, presentes os requisitos legais, de rigor a aplicação do privilégio do delito.

Aliás, sobre o tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a possibilidade da conjugação do privilégio com o furto qualificado: "*Em hipóteses excepcionais, considerando-se o valor da res furtiva e a primariedade, faz-se inafastável a concessão do benefício inserto no art. 155, § 2º, do CP*" (HC 96140/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJ 02/02/2009).

Logo, tendo em mira a primariedade e bons antecedentes do réu, a pena,

fixada na sentença no mínimo legal, é, nesta sede, reduzida de um terço (1/3), estabilizando-a, definitivamente, em um (01) ano e quatro (04) meses de reclusão e pagamento de seis (06) dias-multa, no piso.

A pena alternativa imposta deve ficar mantida, anotado, inclusive, ter sido o réu beneficiado com apenas uma restritiva de direitos quando, na verdade, o artigo 44, § 2º, do CP estabelece que na condenação superior a um ano de reclusão por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

O regime prisional, o mais brando possível, merece também restar mantido.

Ante todo o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ao recurso a fim de reduzir a reprimenda imposta para um (01) ano e quatro (04) meses de reclusão e pagamento de seis (06) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença ora hostilizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001670-80.2011.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANTONIO CARLOS PERRONI PINHEIRO.

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 23.149)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SÉRGIO RIBAS E JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Corrupção passiva. Sentença absolutória. Exigência, pelo Diretor de Planejamento do Município, de área de loteamento como condição para sua regularização perante a Prefeitura. Hipótese em que a área exigida estava dentro dos limites da lei. Alegação de que a exigência foi feita após a remessa do projeto de regularização do loteamento à Secretaria de Estado da Habitação e ao Ministério das

Acesso ao Sumário

Cidades, no âmbito federal, nos quais constava área pública menor, a indicar que a Prefeitura já tinha estabelecido a área a ser exigida. Prova, no entanto, de que o projeto de regularização não foi aprovado em nenhuma das esferas. Gravações indicativas de que a exigência seria criminosa, contrastadas pela prova oral. Dúvida séria, a justificar a proclamação do "non liquet". Apelo ministerial improvido.

VOTO

Apelação Criminal contra sentença que absolveu **ANTONIO CARLOS PERRONI PINHEIRO** da imputação de haver infringido o artigo 317, "caput", do C. Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do C. P. Penal.

Sustenta o Ministério Público que a prova colhida é segura e autorizava o reconhecimento da autoria e materialidade do delito. Argumenta que o crime de corrupção passiva é formal, consumando-se com a simples solicitação da vantagem indevida. Afirma que a solicitação feita pelo réu aos loteadores e responsáveis pelo loteamento "Pôr do Sol" era indevida e não se lastreava no direito. Aduz que a Prefeitura de Mococa, em época anterior à assunção do cargo de Diretor de Planejamento pelo acusado, encaminhou, à Secretaria de Habitação do Estado de São Paulo, o projeto apresentado pelos responsáveis pelo referido loteamento para fins de inclusão no Programa Cidade Legal. Alega que, ao encaminhar o projeto de loteamento para um programa público oficial, do Governo Estadual, que tem por objetivo a regularização de loteamentos já implantados e em situação de irregularidade, a Prefeitura de Mococa aquiesceu com o percentual de áreas destinadas a espaços públicos que dele constava, o que foi ratificado pela Secretaria Estadual de Habitação por intermédio do Programa Cidade Legal (folhas 346/349). Afirma que o quadro de áreas elaborado pelo Governo do Estado destinou 48.885,9 m² à realização do sistema viário do loteamento, ao sistema de lazer e à área institucional, em observância ao artigo 33, da Lei Municipal nº 1.479/83 (folhas 304), sendo certo que ANTONIO, em dezembro de 2010, solicitou (folhas 16) aos responsáveis pelo loteamento 69.278,36 m² de áreas públicas e 38.034,34 m² de área para o sistema viário, no total de 107.312,7 m², área infinitamente superior àquela constante do projeto encaminhado à Secretaria de Habitação e sem indicação de qual área seria a área verde. Assevera que, no mapa apresentado pelo réu, as áreas destinadas ao sistema viário não estão compreendidas dentro da área pública, em desacordo com os artigos 33 e 34, ambos da Lei Municipal n.º 1.479/83. Afirma que a exigência de 107.312,7 m² é absurda, em razão da desproporção entre a área inicialmente ajustada e a exigida pelo réu, destacando que a norma abstrata já havia se concretizado no momento de aquiescência ao projeto original. Sustenta

Acesso ao Sumário

que a área mínima de 35%, prevista abstratamente na Lei Municipal n.º 1.479/83, foi observada e a área exigida foi estabelecida, de modo que a exigência de área maior constitui ato arbitrário e indevido. Salienta que o acusado não observou as formalidades legais e sequer assinou o mapa por ele apresentado, como lhe era dado fazer na qualidade de funcionário público, destacando que a informalidade indica que sua intenção era obter partes do loteamento em benefício próprio e de terceiros, valendo-se do cargo e do status perante a Prefeitura para transmitir a ideia de que nada seria aprovado se não fossem atendidas suas solicitações. Destaca que ANTONIO tenta se valer da irregularidade do loteamento para legitimar sua conduta. Sustenta que os fatos restaram comprovados pelos documentos juntados e pela prova oral, salientando que há nos autos transcrição de gravação feita por José Eduardo, em diálogo travado com Rodolfo Pontes, no qual este diz que ANTONIO "vai jogar sujo", que o réu pode "dispensar a verba", que o então Prefeito "dá toda autonomia para ele, então ele vai lá e dispensa" e, em tom de sarcasmo, declara que "eles estão pagando pedágio" (folhas 204/205). Busca a condenação (folhas 656/668).

Processado o recurso, com resposta, subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo (folhas 715/721).

É o relatório.

O réu foi denunciado por corrupção passiva. Isso porque, em ocasiões diversas durante o mês de dezembro de 2010, nas dependências da sede da Prefeitura de Mococa, localizada naquele Município, ANTONIO, ocupante do cargo de Diretor de Planejamento, agindo na qualidade de funcionário público municipal ocupante de cargo em comissão, solicitou, para si e para a Prefeitura de Mococa, vantagem indevida correspondente a vários lotes e áreas de terrenos que compõem o empreendimento imobiliário "Loteamento Por do Sol".

Relata a peça acusatória que por volta do ano de 2001 foi implantado em Mococa o referido empreendimento imobiliário, sob a responsabilidade dos senhores José Salles Júnior (proprietário das terras), Edgard Cirielli (sócio de José Salles Júnior no empreendimento) e José Eduardo Cirielli (irmão de Edgard e colaborador na implantação e venda de lotes). Referido loteamento teve início sem a necessária e devida aprovação por parte dos órgãos públicos competentes e responsáveis, destacando-se, dentre eles, a Prefeitura de Mococa e a Secretaria Estadual de Habitação, sem implantação das obras de infraestrutura necessárias a empreendimentos desta natureza (redes de água e esgoto, energia elétrica, pavimentação asfáltica e demais melhoramentos urbanos de que trata a Lei Federal n.º 6.766/79), bem como sem o necessário registro no Cartório de Registro de Imóveis local. Não obstante tais irregularidades, inúmeros lotes de terreno foram compromissados à venda com terceiros interessados, os quais, em seguida, já edificaram residências e lá estão habitando desde então.

Acesso ao Sumário

Diz a exordial que tais fatos chegaram ao conhecimento do Ministério Público no ano de 2002, motivo pelo qual foi instaurado o Inquérito Civil n.º 15/2002, a fim de apurar completamente os fatos relacionados à implantação do loteamento, bem como a adoção das medidas cabíveis e necessárias para promover sua regularização. Depois de inúmeras tentativas de solução amigável, todas infrutíferas, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública em face dos responsáveis pelo loteamento visando a compeli-los às obrigações de fazer correspondentes à completa estruturação e regularização do empreendimento. Tal ação foi proposta em julho de 2009 e distribuída perante a 1ª Vara Cível de Mococa (processo n.º 988/2009), por onde tramita. Nesta ação há pedidos de natureza antecipatória e cautelar almejando obter meios de se promover e realizar, com urgência, as obras de infraestrutura necessárias à permanência e à preservação da saúde e da integridade física dos moradores daquele local.

Prossegue a denúncia narrando que, antes mesmo da propositura da Ação Civil Pública e principalmente durante seu curso, notadamente em razão das decisões e determinações judiciais nela expedidas em atendimento aos pedidos do Ministério Público, os responsáveis pelo loteamento passaram a adotar medidas e providências tendentes à regularização do mesmo. Uma das providências foi tomada em conjunto com a Prefeitura de Mococa e diz respeito à inclusão do loteamento no rol daqueles que seriam albergados pelo denominado "Programa Estadual de Regularização de Núcleos Habitacionais - Cidade Legal", da Secretaria Estadual de Habitação de São Paulo, programa criado pelo Governo do Estado e que tem por objetivo a colaboração e a conjunção de esforços entre Municípios e Estado visando à regularização de parcelamentos do solo e de núcleos habitacionais, públicos ou privados, para fins residenciais, localizados em área urbana ou de expansão urbana. Para a efetiva inclusão de loteamentos no mencionado programa, há necessidade, no entanto, do atendimento de uma série de requisitos e exigências, as quais são avaliadas pela Secretaria Estadual de Habitação.

Conta a inicial, ainda, que no ano de 2010 a Prefeitura de Mococa apresentou à Secretaria Nacional de Transporte e Mobilidade Urbana, órgão do Ministério das Cidades - Governo Federal, pleito de destinação de recursos públicos visando à execução de obras de pavimentação e qualificação de vias urbanas no referido loteamento, pedido este que passou a ser analisado e avaliado pela União. As obras do loteamento exigiriam ainda, se os recursos públicos federais fossem concedidos, complementação financeira da Prefeitura mediante contrapartida de recursos públicos municipais para o mesmo fim. Foi na pendência da análise da inclusão ou não do loteamento no Programa Cidade Legal do Governo do Estado, e principalmente durante a análise do pedido de recursos públicos feito ao Ministério das Cidades, que ANTONIO praticou a conduta típica descrita acima. O acusado, engenheiro e ocupante

Acesso ao Sumário

do cargo em comissão de Diretor de Planejamento do Município de Mococa, exercia, em razão do referido cargo, funções de confiança e direção, possuindo autoridade determinante sobre questões de planejamento urbano, dentre as quais a aprovação de empreendimentos imobiliários em geral e o direcionamento de verbas públicas para as obras correspondentes a tais empreendimentos. Tendo o réu plena ciência de que o Ministério das Cidades estava analisando o pleito de verbas apresentado pela Prefeitura de Mococa, bem como de que os responsáveis pelo loteamento estavam sendo compelidos pela Justiça a adotar providências práticas para a regularização do loteamento, mas demonstravam não possuir recursos financeiros suficientes para a completa realização das obras, ele passou a solicitar a tais pessoas vantagens indevidas relacionadas ao loteamento. Assim, ANTONIO solicitou aos responsáveis pelo loteamento que fossem transferidos ao Município de Mococa inúmeros lotes daquele empreendimento, passando-os para o domínio da Prefeitura, tudo como condição para que a Prefeitura empregasse recursos e serviços públicos na regularização do loteamento. Tal solicitação foi verbalizada pelo recorrido em diversas ocasiões em que se reuniu e discutiu com os empreendedores do loteamento as questões alusivas à sua regularização. Em um dos encontros entre ANTONIO e o senhor José Salles Júnior, ocorrido no prédio da Prefeitura de Mococa, o acusado solicitou que a Prefeitura recebesse aproximadamente 69.278,36 m² do total da gleba correspondente ao loteamento, apresentando ao senhor José um mapa elaborado por ele próprio ou por ordem sua, denominado "demonstrativo de áreas", no qual as áreas de terras pretendidas por ele em favor da Prefeitura de Mococa estão em destaque, pintadas de cor verde. Tais áreas, segundo pretensões do próprio recorrido, seriam posteriormente negociadas com empresas privadas para a implantação de um novo Distrito Industrial na cidade. Trata-se, portanto, de áreas particulares, sobre as quais já havia projeto de loteamento em análise na Secretaria Estadual de Habitação, que ANTONIO pretendia fossem transferidas para a Prefeitura de Mococa para que esta, em breve, pudesse negociá-las com terceiros interessados, negociações estas das quais ele inegavelmente participaria como Diretor de Planejamento Municipal, auferindo, em decorrência de valores que seriam oportunamente acertados, lucros ilícitos em dinheiro.

Ainda de acordo com a denúncia, em algumas das ocasiões, ao solicitar a cessão de lotes de terrenos, ANTONIO sugeriu que estas áreas fossem transferidas a terceiros para, posteriormente, serem por ele negociadas com os interessados. Em outras palavras, o acusado sugeriu a transferência de alguns lotes para "laranjas" e não para a Prefeitura, a fim de que, futuramente, ele próprio pudesse negociar os lotes com empresários ou empresas interessadas, auferindo os lucros daí decorrentes. Para dissimular as transferências de áreas para a Prefeitura de Mococa, ANTONIO sugeriu a José Salles Júnior que tais áreas constassem do projeto de loteamento como "áreas públicas" ou "áreas

Acesso ao Sumário

verdes", o que, se aceito fosse, faria com que entrassem inevitavelmente no domínio público municipal. Tanto é que, no mapa apresentado ao proprietário da gleba, o réu fez constar aquelas áreas em destaque na cor verde como "áreas públicas", comprovando, assim, sua pretensão de havê-las, neste caso, em favor da Prefeitura de Mococa.

Finaliza a peça acusatória que as solicitações de vantagem patrimonial feitas pelo recorrido, em favor dele próprio e também da Prefeitura de Mococa, são absolutamente indevidas, pois as áreas por ele pretendidas não correspondem a áreas verdes ou institucionais do projeto do loteamento, nos termos exigidos pela Lei Federal n.º 6.766/79 ou pela legislação municipal em vigor que regula o assunto, tratando-se, de fato e na verdade, de áreas já loteadas, algumas já compromissadas à venda com terceiros interessados, inclusive edificadas e habitadas, nos termos do que demonstra o mapa do loteamento, devidamente assinado pelo proprietário da gleba e pelo responsável técnico por sua elaboração. A solicitação de vantagem indevida feita pelo réu foi dirigida pessoalmente ao proprietário, José Salles Júnior, em uma ocasião, e também aos irmãos Edgard e José Eduardo Cirielli, corresponsáveis pelo loteamento. As solicitações, no entanto, não foram aceitas por vários motivos, mas principalmente por se tratar de solicitações totalmente infundadas e descabidas.

O réu, ouvido em juízo, negou a acusação e disse que foi procurado por José Salles em 2010, em razão de amizade, para que tentasse resolver o problema do loteamento Por do Sol, que se transformou em problema social. A Prefeitura sabia do problema, mas não tinha capacidade para intervir. O local foi adensado por pessoas muito pobres, que estavam sem água, esgoto e iluminação. Disse a ele que a Prefeitura nada podia fazer, mas o loteamento Por do Sol, junto com outros quatro loteamentos, foi incluído no programa Cidade Legal. Disse também que a Prefeitura não abriria mão das áreas públicas, que são as áreas institucionais, verdes, de lazer e de equipamentos públicos, até para ser justo com os novos loteadores. O programa cidade Legal deixa isso a critério da Prefeitura. Queriam apenas o que a lei exige: 5% de área verde, 15% de área de recreio etc. Explicou que em 2010 a Prefeitura foi informada pelo Ministério das Cidades de que havia uma sobra de recursos, e que poderiam cadastrar alguma obra ligada a mobilidade urbana. Fizeram duas propostas: uma incluindo o Por do Sol e outra um mini anel viário na cidade. O projeto Por do Sol foi aceito para ser debatido. O pessoal preparou o projeto e a Prefeitura tinha interesse na área, por ser vizinha do distrito industrial. Destacou que a área exigida foi de 69 mil m², no total, que perfazem pouco menos de 40%. Foi a Brasília para defender o projeto, mas a exigência era a legalização fundiária, que o loteamento não tinha. Apresentou o mapa elaborado e disse que as áreas escolhidas foram aquelas em que não havia residências. Posteriormente pediu para Francisco Guerra chamar "Zezito" (José Salles Júnior). Essa foi a segunda reunião que teve com ele, e disse

Acesso ao Sumário

a ele que precisava da legalidade, e para isso era necessária a doação daquela área, pois do contrário a Prefeitura não obteria o recurso. Ele não entendeu, e achou a área muito grande, ao que lhe disse que a exigência era legal. Explicou a ele que o projeto já estava no Ministério, e que não poderiam alterá-lo, aduzindo que fez o projeto levando em conta áreas que não tinham casas, até somar a área legal. "Zezito" não lhe deu resposta, e o projeto não foi aprovado para obtenção das verbas. Sobre a acusação de ter solicitado área para si, disse ainda que José Eduardo conversou com "Tinito", que fez o primeiro projeto de loteamento, dizendo que o depoente estava vinculando a verba à doação da área. "Tinito" falava que não precisava da área. José Eduardo começou a achar que pediu a área para si e fez a denúncia ao Promotor, e começou a dizer que a verba já estava em Mococa e que o depoente tinha o poder de liberá-la ou recusá-la, o que não era verdade. Não disse a ele que tinha poder sobre o dinheiro. O Promotor não o ouviu e o processou com base na denúncia. Asseverou, inclusive, que em uma reunião para resolver o problema da contaminação da água no loteamento, que contou com a presença do Vice-Prefeito Daniel, do advogado Marcelo Torres Freitas e de Isaac, diretor financeiro, o Promotor chegou a dizer que se resolvessem essa questão estaria disposto a retirar este processo. Teve uma reunião com Edgard e José Eduardo, propondo a venda dos terrenos à Prefeitura, dizendo que com o dinheiro poderiam fazer a água e esgoto. Disse-lhes que até havia interesse na área em função do distrito industrial, mas não poderia comprar algo irregular. "Tinito" é Rodolfo Pontes (mídia digital - folhas 584).

Edgard Cirielli, sócio do empreendimento, disse que foram alertados pelos engenheiros da Prefeitura, Menegatti e Rodolfo, para andarem logo, pois sairia um dinheiro do Governo Federal, que depois não saiu. Os engenheiros os alertaram de que queriam pegar uma área grande do loteamento, que já tinha sido vendida para populares. Fizeram isso para que tomassem providências. Eles iriam regularizar a área se dessem a eles 68 mil metros de terreno. Eles lhe apresentaram uma planta com a demarcação da área que queriam. Seu irmão, José Eduardo Cirielli, também sabia da solicitação, inclusive fizeram gravações. A cessão não ocorreu porque antes levaram os fatos ao Ministério Público. Aduziu que o loteamento foi aprovado no programa Cidade Legal, pelo Governo do Estado, como rural, e não urbano. Ao passar para urbano, não conseguiram regularizá-lo. O loteamento possui áreas verdes, são sabendo o montante. Sabe da exigência de áreas verdes e institucionais (mídia digital folhas - 533).

José Eduardo Cirielli, sócio do loteamento, confirmou que os engenheiros Rodolfo, vulgo "Tinito", e Luiz Menegatti disseram que havia uma verba do Ministério das Cidades. Só a assessoria da Prefeitura poderia liberar a verba para o loteamento. Foi dito que, para aprovar a verba, precisariam de 68% da área, mas já tinham vendido os lotes. Informou-se e, de acordo com a lei municipal, seriam apenas 5%. O loteamento teve o arruamento e o sistema de áreas verdes

Acesso ao Sumário

e de coleta de esgotos aprovados pela Prefeitura. Na época era rural, depois passou a ser urbano. Há ação civil pública para regularizar a área, que entrou no programa Cidade Legal do Governo do Estado. José Salles teve uma conversa com o réu, que já estava com o mapa pronto da área que precisava, os 68%. José Salles disse que o réu afirmou que era área de interesse, sem dizer de quem. Luiz Menegatti lhe disse que a área lhes seria tomada e alertou para que passassem para o nome de "laranjas"; eles iriam desapropriar a área para poder liberar o dinheiro. Nesse dia o réu não estava presente. Posteriormente outro engenheiro, Rodolfo, vulgo "Tinito", lhe disse que deram murro na mesa, pois queriam negociar a área. Não sabiam a destinação dos lotes que deveriam ser doados. A maioria da área exigida era habitada (mídia digital - folhas 533).

Rodolfo Pontes disse que tudo que conhece dos fatos soube através dos irmãos Ciriello, especialmente José Eduardo. Eles lhe disseram que havia uma verba para fazer toda a infraestrutura do loteamento, e que o réu estava pedindo 68 mil m² para liberação da verba. Eles lhe perguntavam se era de direito essa exigência, e explicava que de direito era a exigência de 35%. Foi José Eduardo que lhe perguntou isso. Não lhe ficou claro se a exigência era para o réu, em nome de "laranjas", ou para a Prefeitura. Pelo que sabe, a verba não foi liberada. Nunca conversou com ANTONIO sobre isso. José Eduardo lhe disse que conversou várias vezes com o réu, mas nunca presenciou tais conversas. Afirmou que quem autoriza a liberação da verba é o Diretor de Obras, destacando que o réu, da área de planejamento, até poderia intervir em alguns assuntos, mas quem aprova é o Diretor de Obras, responsável também pela aprovação do empreendimento. Desconhece envolvimento do Diretor de Obras no assunto. Conversaram com o réu porque ele os chamou, como Diretor de Planejamento, que intervém no arruamento, na área verde. Afirmou que o loteamento Por do Sol não foi aprovado pela Prefeitura. Foi feito o arruamento, mas os proprietários não deram sequência. Viu na Prefeitura um documento comprovando a existência da verba de R$ 2.100.000,00, mas não sabe se o valor estava ou não nos cofres do Município. O dinheiro seria usado para infraestrutura. José Eduardo lhe pediu cópia desse documento, mas disse que não poderia fornecer (mídia digital - folhas 584).

Acesso ao Sumário

José Salles Júnior, dono do loteamento, disse que conversou com o réu, seu amigo de infância, e ele lhe apresentou uma planta, dizendo que a prefeitura tinha interesse na área, que era industrial. Disse que já havia gente morando lá. A prefeitura queria a área, dentro da legalidade. Nada era para o réu. O interesse era porque o loteamento estava ao lado do parque industrial da cidade. Ele disse que havia possibilidade de a prefeitura fazer a infraestrutura, mediante essa contraprestação. Disse que chegou a propor uma troca de áreas, mas nada foi exigido fora da legalidade. Inicialmente foram vendidos lotes de 1000 m², rural, mas depois os adquirentes começaram a vender metade, e

então resolveram fazer lotes de 500 m². O loteamento tem 240 mil m². O pedido abrangia área que estava junto à área industrial de Mococa, cerca de 60 mil m². Na primeira conversa falaram sobre a possibilidade de uma verba do Ministério das Cidades; na segunda vez que esteve com ele soube que não havia dado certo. Chegou a tentar vender a área para a Prefeitura, mas disseram que não era possível e que não podiam ajudá-lo. Ficava em Ribeirão Preto, e eram seus sócios Edgard e José Eduardo que cuidavam do loteamento na cidade e iam à Prefeitura. Afirmou que a parte do loteador foi feita no programa Cidade Legal, faltando pouco para a aprovação. Há cerca de 600 lotes, dos quais cerca de 60% foram comercializados. Desde 2003 foi feito o arruamento e energia elétrica, faltando os laudos de meio ambiente. Foi-lhe dito que o programa Cidade Legal prestaria auxílio jurídico. Esclareceu que o réu lhe disse na primeira reunião que havia uma possibilidade no Ministério das Cidades, e tiveram que fazer uma remodelação, com novas plantas, para tentar aprovar a verba. Isso não foi condicionado à doação de lotes (mídia digital - folhas 584).

Foram ouvidas, então, as testemunhas arroladas pela defesa.

Antonio Naufel disse ter certeza de que o réu exigiu dos loteadores apenas o que a lei exige. O réu é seu concunhado, e era o responsável por exigir que os loteamentos fossem regularizados. Esclareceu que era Prefeito na época, e que o loteamento foi inserido no programa Cidade Legal. A Secretaria de Estado lhes mandou um documento com as exigências do loteador. Acredita que os donos não fizeram a infraestrutura necessária. O dinheiro não chegou para a Prefeitura. Acredita que os loteadores não cumpriram suas obrigações, porque a Prefeitura fez tudo para que desse certo (mídia digital - folhas 584).

Francisco José Vieira Guerra disse que José Salles Júnior, proprietário da terra, é casado com sua prima e é seu amigo, do réu e do prefeito. José Salles soube do programa Cidade Legal e lhe procurou para saber se poderia fazer alguma coisa. Disse a ele que o Prefeito e o réu eram seus amigos, e marcou uma reunião com eles. Ele estava desesperado para regularizar a área. Presenciou a reunião. José Salles acreditava que o programa iria resolver o problema, mas era apenas um facilitador. A Prefeitura se dispôs a ajudá-lo. Não presenciou os fatos narrados na inicial. José Salles lhe procurou posteriormente reclamando que as exigências do programa Cidade Legal eram difíceis de implementar, mas não disse ter sido achacado. José Salles ficou abismado ao saber do processo. Já foi Prefeito e o réu foi seu Diretor de Planejamento. É pessoa de sua confiança (mídia digital folhas - 584).

Naider Tadeu Porcel disse nada saber sobre os fatos. Trabalhava como coordenador de engenharia da Prefeitura, na Secretaria de Obras. Nunca teve contato com os loteadores. Disse que uma de suas funções é verificar os programas de convênio do Governo Estadual e Federal. Mococa tinha direito de cadastrar duas obras de infraestrutura, e uma delas foi o loteamento Por do

Acesso ao Sumário

Sol, por determinação da Diretoria de Planejamento. O empreendimento foi pré-aprovado no Ministério das Cidades, que solicitou que se fizesse um projeto mais detalhado. Coordenou a elaboração desse projeto. Um dos requisitos era a regularização fundiária, que já estava no programa Cidade Legal, do Estado. Não sabe o motivo, mas o projeto não foi aprovado no Ministério das Cidades. Teve contato com o réu durante a elaboração do projeto, relativamente à regularização das áreas institucionais e áreas verdes. Fizeram uma adequação da quantidade das áreas, de acordo com a lei. A regularização do loteamento era condição para a liberação da verba. Lembra-se que a área institucional era de 5% (mídia digital - folhas 584).

Luiz Eduardo Menegatti disse que era gestor do programa Cidade Legal e havia uma pressão por solução para o problema de infraestrutura do loteamento, especialmente água e esgoto. O loteamento Por do Sol foi um dos primeiros a ser inserido no programa Cidade Legal. Sua participação foi meramente na condução desse programa, que foi emperrado por irregularidade na certificação da matrícula, a qual sofreu processo de retificação. Quando saiu da Prefeitura, a única pendência era a retificação e regularização da área junto ao programa Cidade Legal. Esse programa não manda verba para o loteador; faz apenas os trabalhos jurídicos e técnicos buscando a regularização. Sobre a verba, soube que, como havia grande pressão pública, a Prefeitura buscou junto ao Ministério das Cidades verba a fundo perdido para a infraestrutura, mas não conseguiu. Teve vários contatos com os loteadores, que nada lhe disseram sobre exigência de parte do loteamento. A Prefeitura exigiu deles os 5% de área institucional, prevista em lei federal, nada mais. Era Diretor de Obras da Prefeitura e gestor do programa Cidade Legal. A responsabilidade de aprovação de loteamentos era da Diretoria de Obras. A Diretoria de Planejamento interferia de acordo com o plano diretor da cidade, dizendo se era viável ou não para a cidade. Na época o loteamento era irregular (mídia digital - folhas 584).

Ainda que haja indícios de eventual solicitação tendente a possibilitar a obtenção de vantagem indevida, especialmente em razão do interesse na área - confessado nos autos - em função de sua proximidade com o distrito industrial da cidade e a especulação imobiliária daí decorrente, o fato objetivo é que a prova trazida aos autos não permite afirmar a prática do ilícito por parte do réu.

A tese da acusação está lastreada, em síntese, no fato de que a solicitação de área do loteamento por parte do réu teria ocorrido após a Prefeitura enviar o projeto de regularização do loteamento a órgãos do Governo Estadual e Federal, ocasião em que teria anuído com a área anteriormente estabelecida, disso decorrendo a irregularidade da exigência posterior de área superior àquela já constante dos projetos, a tipificar a conduta do acusado.

Todavia, considerada a prova colhida, essa conduta não pode ser tomada como ilícita, para fins de reconhecimento do crime de corrupção passiva.

Acesso ao Sumário

Primeiro, porque o próprio Ministério Público, embora sustentando a arbitrariedade da exigência em razão da anuência da prefeitura com a área menor, estabelecida anteriormente, reconhece que tal solicitação - de 107.312,7 m² - não era ilegal, de acordo com a Lei Municipal (folhas 598 e 661). Com efeito, a Lei Municipal n.º 1.479/83, em seus artigos 33 e 34, estabelece que a área mínima destinada a espaço aberto de uso público, compreendidas as vias de comunicação e áreas de recreação, é de 35% da área total a ser loteada (folhas 268), de modo que, em princípio, era possível à municipalidade exigir a área apontada na denúncia.

A questão que se coloca, então, é a de saber se a remessa do projeto pela Prefeitura ao programa Cidade Legal, do Governo Estadual, e ao Ministério das Cidades, no âmbito federal, estabeleceria, de forma inarredável, a quantidade de área passível de ser transferida para o Município.

E, nesse ponto, tenho para mim que não, pelo motivo óbvio de que o projeto não foi aprovado em qualquer daqueles programas, em face da irregularidade do loteamento. Houvesse aprovação em qualquer deles, não há dúvida de que a solicitação posterior de área maior tipificaria a conduta, comprovado que estaria o dolo de exigir vantagem indevida dos proprietários do loteamento, agora regular.

Mas, como dito, não foi isso que ocorreu. O loteamento Por do Sol, irregular desde sua origem (folhas 56/59), efetivamente não foi aprovado no programa Cidade Legal, cujo relatório aponta as irregularidades presentes e indica medidas saneadoras com vistas à sua regularização (folhas 350/351). Dentre essas medidas, está a regularização do projeto na Prefeitura (itens 1 e 5).

O loteamento Por do Sol igualmente não foi aprovado no Ministério das Cidades, no âmbito federal, conforme dão conta as informações prestadas à Promotoria de Justiça da Comarca (folhas 153), de modo que não foi liberada qualquer verba ao Município, informação, aliás, confirmada pela prova oral. Em face disso, restou contrariada a notícia trazida aos autos de que a verba de cerca de R$ 2.125.000,00 tivesse sido liberada para a Prefeitura de Mococa (folhas 8).

A prova oral, de outro lado, contrasta com o teor das conversas gravadas (folhas 187/215), na medida em que um dos interlocutores (o engenheiro Rodolfo Pontes, vulgo "Tinito") foi ouvido em juízo e apresentou versão dissonante, colocando em dúvida o conteúdo material das conversas, especialmente, como já dito, a existência da tal verba que teria sido liberada pelo Governo Federal para obras de infraestrutura.

Demais disso, o relato judicial de José Salles Júnior, proprietário da área, está em consonância com a versão apresentada pelo réu, que é respaldada, ainda, pelo relato das testemunhas arroladas pela defesa.

Não há, portanto, prova segura para condená-lo.

Acesso ao Sumário

Nunca é demais lembrar que os indícios podem e devem ser utilizados no juízo penal e ostentam manifesta importância probatória. Aliás, a propósito, nem sempre é possível a colheita de provas diretas e sua exigência, em todos os casos, pode impedir a aplicação adequada da lei penal. Mas no caso presente, queira-se ou não, os elementos colhidos a esse título não autorizam a condenação do agente.

Daí porque, diante da séria dúvida posta nos autos, a melhor solução era mesmo a proclamação do "non liquet".

Observo, finalmente, que embora a prova não autorize o reconhecimento da prática ilícita tal como posta na denúncia, há ação civil pública em trâmite na Comarca com vistas à regularização do loteamento em questão, de modo que os desdobramentos do processo de regularização estão sendo acompanhados de perto pelos atentos representantes do Ministério Público, a quem caberá zelar pela legalidade do procedimento na Prefeitura.

Pelo meu voto, pois, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0156796-68.2013.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é paciente JOSÉ GONÇALVES NETO, Impetrantes MARIA CLÁUDIA DE SEIXAS, NAIARA DE SEIXAS CARNEIRO e THARIK DIOGO.

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, denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS - Ataque ao recebimento da denúncia - Alegação de constrangimento

ilegal por ausência do documento que formaliza o ato administrativo que determinou a correição extraordinária através da qual foram apurados os fatos criminosos narrados na denúncia, a tolher direito de defesa - Recebimento da denúncia fundamentado, com afastamento das preliminares - Denúncia que atende o art. 41, CPP - Inquérito policial - Procedimento informativo destinado a fornecer à acusação elementos para o ajuizamento da ação penal - Fase inquisitiva desprovida do contraditório e ampla defesa - Exegese do art. 5º, LV, CF - Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de José Gonçalves Neto, alegando os impetrantes, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que recebeu denúncia oferecida contra o paciente.

Defendem ilegalidade no ato do Juízo pelo qual afastou assertiva apresentada em resposta à acusação consistente na ausência do documento que formaliza o ato administrativo que determinou a correição extraordinária através da qual foram apurados os fatos criminosos, supostamente praticados pelo paciente, conforme descrito na denúncia.

Alegam que a ausência de referido documento tolhe a defesa da possibilidade de analisar a observância dos princípios da administração pública, notadamente o da legalidade, motivação, impessoalidade e finalidade, impedida assim a defesa de argumentar sobre a motivação, a justificativa e se foram observados e garantidos os direitos fundamentais do paciente como cidadão e funcionário público.

Sustentam que sem o referido documento nos autos toda a prova que dá embasamento à denúncia é ilícita, pois produzida em desacordo com o ordenamento jurídico, culminando por pedirem a concessão da ordem para que seja anulada a ação penal *ab initio* em razão da ilicitude da prova utilizada para subsidiar a denúncia.

A liminar foi indeferida (fls. 29/30). As informações foram prestadas (fls. 37).

A douta Procuradoria Geral da Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 39/43).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O paciente foi denunciado como incurso no artigo 319, por 120 vezes

Acesso ao Sumário

c.c. art. 69, *caput*, ambos do CP, porque entre os meses de março de 2008 e maio de 2011, no exercício do cargo de Delegado de Polícia, praticou ato de ofício contra disposição expressa de lei para satisfazer sentimento pessoal, privando dessa forma o Ministério Público de exercer a titularidade da ação penal e as autoridades judiciárias de obterem informações aptas à instrução e julgamento de processo, contrariando assim o disposto no art. 4º e seguintes do CPP, nos artigos 13 e 17 também do CPP e nas determinações constantes dos atos regulamentares descritos nas Portarias DGP 29/83 e DGP 18/98.

Acusa a denúncia, em síntese, que contrariando disposição expressa do CPP o paciente determinava por escrito aos Delegados de Polícia adjuntos lotados na Delegacia de Investigações Gerais, em despachos manuscritos lançados nos Boletins de Ocorrência, que instaurassem um procedimento pelo paciente denominado "*autuação provisória*", que tinha por finalidade a colheita de provas preliminares que determinariam, ou não, a instauração futura de Inquérito Policial, dependendo para tanto da avaliação que o próprio paciente fazia das provas.

Aponta a inicial que tais procedimentos tramitavam por meses e até anos na Delegacia de Polícia sem que qualquer providência legal fosse tomada pelo paciente, muito embora em sua grande maioria apurassem crimes de extrema gravidade, com autorias já esclarecidas.

Assim agindo, obstava a fiscalização das investigações porque somente a instauração e regular distribuição permitia o Ministério Público de se manifestar em eventuais solicitações de dilação de prazo ou solicitações de diligências.

Narra a denúncia que "*o interesse pessoal de não se ver fiscalizado restou indiscutivelmente comprovado quando, tendo recebido o Boletim de Ocorrência n.º 5158/2010, elaborado no 1º Plantão Policial de Ribeirão Preto no dia 27.07.2010, do qual consta a apreensão (na residência de Celso Luiz da Silva Junior, portador do R.G. n.º 30.279.436-SSP-SP contra o qual já foram instaurados 44 Inquéritos Policiais e vários processos crimes por prática de furtos qualificados e roubos qualificados em diversas cidades deste Estado) da importância aproximada de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) em moeda corrente (reais, dólares e euros), simplesmente não recolheu esse valor em Juízo, e muito menos instaurou Inquérito Policial (através do qual a Promotoria de Justiça poderia aferir, dentre outras coisas, o depósito ou não do dinheiro em Juízo).*

Ao contrário, e visando a satisfação pessoal de seus interesses, determinou a instauração de uma Autuação Provisória, somente recolhendo o dinheiro aos cofres públicos, e instaurando o devido Inquérito Policial, no dia 06 de maio de 2011 (9 meses e 10 dias após a data do recebimento do Boletim de Ocorrência lavrado no Plantão Policial), após provocação ministerial junto ao Delegado

Acesso ao Sumário

Seccional de Polícia de Ribeirão Preto."

O fato foi comunicado à Corregedoria de Polícia Civil. Em correição foram apurados os procedimentos denominados "*autuação provisória*", revelando a prática de diversos crimes de prevaricação, relacionados na denúncia os autos encontrados referentes a "*autuação provisória*".

Do detido estudo dos autos, em especial das razões da impetração, não prospera a alegação de ilegalidade no ato do Juízo pelo qual recebeu a denúncia.

Antes de enfrentar o mérito da impetração, cumpre esclarecer que anteriormente foram impetrados outros três *habeas corpus* em favor do paciente, todos combatendo ato da autoridade apontada como coatora nesta ação constitucional.

Nos autos do *habeas corpus* distribuído a esta C. 16ª Câmara de Direito Criminal sob o n.º 0242813-44.2012 sustentaram os impetrantes ilegalidade em precedente ato de recebimento da denúncia alegando, em apertada síntese, a ausência de descrição na denúncia acerca do elemento subjetivo do delito. Por julgamento realizado em 12/03/2013, foi a ordem denegada, v.u.

Posteriormente pelos mesmos impetrantes foi ajuizado outro *habeas corpus* em favor do ora paciente. Foi atribuída a competência desta C. 16ª Câmara de Direito Criminal por prevenção, sob o n.º 0273675-95.2012.8.26.0000 (doc. 08, apenso). Aduziam os impetrantes naquele *writ*, em suma, ilegalidade no recebimento da denúncia por falta do ato administrativo formalizado em documento para constatação da não observância pelo paciente dos princípios da administração pública, matéria semelhante à sustentada nesta impetração.

Em 19/04/2013 foi julgada prejudicada a ação diante do julgamento, em 09/04/2013, do *habeas corpus* n.º 0025079-30.2013.8.26.0000, também ajuizado pelos impetrantes, no qual foi concedida a ordem para anular a decisão que acolheu a denúncia, determinando a observância do procedimento previsto nos artigos 514 e seguintes do CPP, v.u.

Tem-se, assim, que esta C. 16ª Câmara de Direito Criminal anteriormente concedeu a ordem nos autos do *habeas corpus* n.º 0025079-30.2013.8.26.0000, j. 09/04/2013, para anular decisão que recebeu a denúncia em 1º.10.2012 (doc. 6, apenso), pela inobservância do procedimento previsto nos artigos 514 e ss, do CPP.

Portanto este E. Tribunal de Justiça, a despeito do quanto noticiado pelo Juízo (fls. 37, oitava linha), não enfrentou a alegação de ilegalidade no recebimento da denúncia pela ausência do ato administrativo que deu origem à Correição Extraordinária realizada na DIG.

Sucedeu-se, na origem, com a apresentação da defesa preliminar (doc. 9, apenso) e seguinte ato do Juízo pelo qual foi recebida a denúncia em 20/05/2013 (doc. 10, apenso), ato este combatido através desta ação constitucional.

Acesso ao Sumário

Aqui alegam os combativos impetrantes, pontualmente, ser ilegal o recebimento da denúncia porque não veio a inicial instruída com ato administrativo, formalizado em documento, que determinou a correição extraordinária, expediente que culminou com a apuração dos fatos delituosos narrados na denúncia.

A questão já havia sido erigida em sede de resposta à acusação (doc. 4, apenso, especificamente às fls. 751 a 763 dos autos originais). Renovada a assertiva na resposta à acusação oferecida nos termos do procedimento dos artigos 514 e ss, do CPP, conforme doc. 9, do apenso.

A matéria foi refutada pelo d. Juízo pela decisão com cópia no doc. 10, do apenso, sob os seguintes fundamentos:

"*A alegação de nulidade processual pelo fato de não ter sido juntado aos autos o ato administrativo que comunicou à Corregedoria da Polícia Civil o que estava ocorrendo na DIG e motivou a realização da correição extraordinária ocorrida em maio de 2011 também não merece acolhimento e não contamina o devido processo legal, conforme alega a defesa. Com efeito, importa observar que a determinação de realização de correição extraordinária é um ato administrativo discricionário, pois é atribuição do corregedor a fiscalização dos atos praticados pelos fiscalizados, consequentemente, não precisa motivar, fundamentar, materializar ou registrar os motivos que o levaram a fazer a correição. No entanto, no caso dos autos, o Ministério Público anotou, tanto na denúncia, quanto na manifestação de fls. 673/693: 'que no início do mês de maio de 2011, foi procurado no GAECO por um cidadão, confessadamente com passado - e talvez presente - criminoso, que se dizia extorquido por integrantes da DIG, e que se referia ao Delegado Titular, ora acusado, sempre de forma genérica, embora comprometedora. Alertado de que, dessa forma, seria impossível investigar a sobredita autoridade, resolveu alertar o Ministério Público sobre a apreensão de uma soma em dinheiro (R$ 250.000,00) em ocorrência atendida na avenida presidente Kennedy em meados de 2010 pela Polícia Militar, cujo numerário, pelo que lhe tinha sido informado ao que deu a entender por integrantes da própria DIG preocupados com a situação, simplesmente teria desaparecido na delegacia, ao invés de ser recolhido imediatamente a juízo. Em seguida, localizou o boletim de ocorrência e verificou que não havia inquérito policial instaurado, por isso, comunicou o Diretor do Deinter e a Corregedoria Geral da Polícia Civil. Com a correição extraordinária, verificou-se que o dinheiro foi depositado e o inquérito policial foi instaurado em 06 de maio de 2011 (9 meses e 10 dias depois da apreensão e lavratura do boletim de ocorrência), sendo que a correição extraordinária foi realizada em 25 de maio de 2011'. Com isso, entendo que o motivo que determinou a correição extraordinária foi explicitado nos autos pelo próprio Ministério Público. Anoto ainda que o*

Ministério Público arrolou como testemunhas o Corregedor Geral da Polícia Civil, Dr. Delio Marcos Montesor e o Delegado Seccional de Polícia, Dr. Adolfo Domingos da Silva Júnior (fls. 56), o que permitirá à defesa explorar e perquiri-los a respeito dos motivos que determinaram a correição extraordinária na DIG. Assim, não há que se falar em reconhecimento de nulidade, em provas ilícitas ou violação do devido processo legal."

Arremata, frisando que "*por tais motivos, entendo que era desnecessária a formalização do ato administrativo que motivou a correição extraordinária, pois bastava a notícia verbal da prática de atos ilegais, para que fosse desencadeada a realização da correição extraordinária*".

Deste quadro não se verifica a apontada ilegalidade no ato do Juízo pelo qual foi a denúncia recebida.

Cuidou a autoridade apontada como coatora, após minucioso relato das alegações suscitadas em defesa escrita (inclusive das assertivas trazidas nesta impetração), de enfrentar as questões preliminares e, de modo fundamentado, receber a denúncia.

Pacífico que referida decisão dispensa exauriente fundamentação*: "HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação. Precedentes. 2. Ordem denegada."* (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, HC 101971/SP, j. 21.06.2011).

Porém cumpre anotar, neste prisma, que o Juízo, de modo fundamentado, preciso e adequado, refutou as matérias preliminares e concluiu pela presença de justa causa (indícios de autoria e materialidade do delito), bem como pela viabilidade do exercício da ampla defesa em sede de instrução processual pela descrição dos fatos criminosos, com todas as suas circunstancias, presentes assim, na petição inicial, os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal.

Concluídas as investigações, submetidas à apreciação do Ministério Público, verificou a Promotoria de Justiça, em constitucional exercício do *pinio delictis*[1], a presença de justa causa, individualizando as condutas do paciente que se amoldam, em tese, à norma penal incriminadora.

Acesso ao Sumário

1 CF88: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

Além disso, a despeito das alegações dos impetrantes, não há se falar em nulidade em sede de inquérito policial.

Prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, que: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

O contraditório e a ampla defesa são direitos assegurados pela Constituição Federal, conforme se lê claramente do dispositivo, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo.

O inquérito policial não é processo judicial ou administrativo. Na lição de Mirabete[2], "*não é o inquérito 'processo[3]', mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o 'inquérito policial' (arts. 4º a 23) da 'instrução criminal' (arts. 394 a 405). Por essa razão, não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais já mencionados (...), nem mesmo o do contraditório*".

Os suspeitos ou indiciados nos autos policiais não são litigantes. São objetos de um procedimento administrativo, conforme se afere da já citada doutrina de Mirabete, quando define o inquérito policial: "*Constitui-se em um dos poucos poderes de autodefesa que são reservados ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que* ***o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, direito de permanecer calado etc).***" (destaquei).

E na doutrina de Guilherme de Souza Nucci, "*Trata-se de procedimento administrativo, destinado, primordialmente, a formar a opinião do Ministério Público, a fim de saber se haverá ou não acusação contra alguém. Logo, não há razão alguma para proclamar-se a nulidade de ato produzido durante a investigação. Se algum elemento de prova for produzido em desacordo com o preceituado em lei, cabe ao magistrado, durante a instrução - e mesmo antes, se for preciso-, determinar que seja refeito (...)*".

Conclui o doutrinador, com propriedade, que "*não existe nulidade a ser proclamada oficialmente pelo Judiciário em atos produzidos na fase do inquérito policial*"[4].

Deste modo, pela natureza do procedimento, em plena consonância com a Constituição Federal, não há que se proclamar nulidade na fase policial.

Acesso ao Sumário

2 MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal, 17ª ed. São Paulo, Atlas, 2005, pg. 82.

3 STF: RTJ 64/363, 76/741; TJSP: RT 543/349.

4 NUCCI, Guilherme de Souza, Código Processo Penal Comentado, RT, 10ª Ed., p.956-957.

Ainda, pela sistemática processual, a ser observada no curso do processo, recebida que foi a denúncia, é certo que não pode eventual condenação ser proferida exclusivamente com base em elementos colhidos na fase policial (art. 155, CPP[5]), inquisitiva e desprovida do contraditório e ampla defesa, possível porém a condenação com base em elementos colhidos na fase inquisitiva, se encontrarem apoio em prova amealhada durante a instrução criminal, incumbido à acusação (art. 156, do CPP), a comprovação, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, dos fatos descritos na inicial e da autoria.

Não há, por este raciocínio e com base nas garantias constitucionais e na sistemática processual penal vigente, a possibilidade de condenação calcada em prova que não teve acesso a defesa, porque tem a defesa, durante a instrução processual, regida sob o contraditório, acesso às provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em condenação com base em prova colhida e/ou documentada que não esteja nos autos.

A determinação da realização da Correição Extraordinária, que culminou na apuração dos fatos descritos na inicial acusatória, foi motivada pela exposição do Ministério Público, tanto na denúncia como na manifestação de fls. 673/693 dos autos originais, de que um indivíduo procurou o Ministério Público e relatou que fora supostamente extorquido por integrantes do DIG, noticiando apreensão de duzentos e cinquenta mil reais em ocorrência policial, valor que não foi recolhido em juízo.

Localizado boletim de ocorrência, apurou-se que não havia inquérito policial instaurado, razão pela qual foi comunicado o Diretor do Deinter e a Corregedoria Geral da Polícia Civil, apurada através da correição que o dinheiro foi depositado e o inquérito instaurado mais de nove meses depois da apreensão e lavratura do boletim de ocorrência, fato apurado com a correição extraordinária. Explicitado, portanto, pelo próprio Ministério Público, o motivo que ensejou a correição.

Além disso, como fundamentou o Juízo, *"Ministério Público arrolou como testemunhas o Corregedor Geral da Polícia Civil, Dr. Delio Marcos Montesor e o Delegado Seccional de Polícia, Dr. Adolfo Domingos da Silva Júnior (fls. 56), o que permitirá à defesa explorar e perquiri-los a respeito dos motivos que determinaram a correição extraordinária na DIG."*

Anota-se, em arremate, que como bem apontou a d. Procuradoria Geral de Justiça, por judicioso parecer de lavra do Dr. Osvaldo de Oliveira Coelho, *"Lição básica que não se deve olvidar é a do princípio da independência das instâncias, quais sejam: criminal, cível e administrativa.*

Com base nisso, tem-se que eventual ilegalidade no âmbito administrativo

Acesso ao Sumário

5 "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

(ausência de ato inicial administrativo - comunicação do Ministério Público que deu origem à Correição Extraordinária) *deve ser discutida em suposto processo administrativo e não aqui na seara criminal.*

Na esfera criminal em nada repercute, especificamente, porque uma das características do inquérito policial é a ***dispensabilidade****, ou seja, caso o titular da ação penal (no caso o Ministério Público) disponha de elementos de informação a partir de uma fonte autônoma, poderá dispensar inclusive a realização do inquérito policial (vide artigos 12, 39, § 5º e 46, § 1º do Código de Processo Penal).”*

Finalmente, pelos fatos trazidos, documentos juntados e informações prestadas, verifica-se, à toda evidência, inexistir ato que imponha ao paciente ou a outrem violência ou coação ilegal, atual ou iminente, na liberdade de ir e vir, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e o art. 647 do Código de Processo Penal.

Deste modo, ainda que não se considerasse o fato pacificado de não ser a fase inquisitiva regida sob o contraditório e ampla defesa, não se verifica ilegalidade alguma no ato do Juízo que, de modo fundamentado, recebeu a denúncia afastando a assertiva de que a ausência de ato administrativo documentado que determinou a correição extraordinária tolhe o direito de defesa do paciente.

Ante todo o exposto, e pelo meu voto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0153096-84.2013.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é paciente JHONATAS CESAR DE SOUZA e Impetrante ROGÊ FERNANDO SOUZA CURSINO DOS SANTOS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Prejudicada a ordem nos termos em que impetrada, concederam de ofício, ao paciente JHONATAS CESAR DE SOUZA o direito de recorrer em liberdade. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Habeas Corpus - Liberdade provisória - Ausência dos requisitos autorizadores - Feito sentenciado - Pedido prejudicado.

Ausência de fundamentação na negativa de apelo em liberdade - Concessão de ofício para permitir ao paciente recorrer solto da sentença.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo i. advogado ROGE FERNANDO SOUZA CURSINO DOS SANTOS em favor de **JHONATAS CESAR DE SOUZA** que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do M.M. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté, nos autos da ação penal nº 1201/2013, a que responde pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Pretende o ilustre impetrante a concessão da ordem para que seja deferida ao paciente a liberdade provisória, sob o argumento de que ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Após a vinda urgente de informações (fls.33/34), medida liminar foi indeferida (fls. 53/55).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 57/60, é pela denegação da ordem.

É o relatório do essencial.

JHONATAS CESAR DE SOUZA foi preso em flagrante, porque em 17 de junho de 2013, agindo em concurso com o adolescente Diego, trazia consigo para fins de tráfico 14 pinos de cocaína, 03 pedras de crack e 02 porções de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal, mais a quantia de R$ 58,00 em dinheiro.

Ao que se extrai da peça acusatória (fls. 37/39), policiais receberam denúncia anônima dando conta da prática do comércio ilícito. No local indicado, observaram o paciente e o adolescente em atitude suspeita, indicativa de atos de comércio. Realizada a abordagem, foram encontradas as substâncias e o dinheiro acima referidos. Em conversa informal, o adolescente teria, ainda, revelado manter em sua residência outras porções de maconha.

Em contato telefônico mantido com o Juízo *a quo*, esta Relatoria foi informada que em 21 de novembro de 2013 foi proferida sentença condenatória, cuja cópia faz-se agora juntar.

Naquela oportunidade, o paciente foi condenado à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado, mais o pagamento de 194 dias-

Acesso ao Sumário

multa, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

Dessa forma, a questão posta na impetração no tocante aos requisitos da manutenção da prisão cautelar e até mesmo eventual excesso de prazo se apresentam superadas **devendo o *writ* ser julgado prejudicado.**

No entanto, é entendimento deste Relator que, tendo sido reconhecida na r. sentença a presença dos requisitos subjetivos favoráveis ao réu, inclusive com a aplicação do redutor máximo previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, **a ordem pode vir a ser concedida de ofício para reconhecer o direito de apelar solto.**

Com efeito, ao realizar a dosimetria da pena, o Juízo *a quo*, consignou a primariedade do réu e a ausência de circunstâncias pessoais negativas, tanto que, fixou a pena-base no mínimo legal e, em seguida, aplicou a redutora mencionada acima.

No mais, em desfavor do réu, pesou somente o fato de o delito ter sido cometido nas imediações de estabelecimento de ensino.

Na sequência, sentenciou o magistrado: ***"não se concede o direito de recorrer em liberdade diante da necessidade de manutenção da ordem pública, uma vez que o réu, posto em liberdade, certamente voltará a delinquir, tendo em vista, ainda, a possibilidade de fuga que impedirá a aplicação da lei penal"***.

Verifica-se, da leitura do decisório, que não restou adequadamente fundamentada a negativa do direito de recorrer em liberdade ao ora paciente, pois ponderada de forma genérica, não tendo o N. Magistrado apontado qualquer razão relacionada à condição pessoal do réu ou às circunstâncias do fato que pudesse impedir a concessão do benefício, o que é indispensável.

Já é pacífico na jurisprudência o entendimento de que se faz necessário apontar quais os elementos concretos que impedem a concessão da benesse, não sendo cabível a negativa com base unicamente no fato de ter o paciente respondido ao processo sob custódia, a mera referência à gravidade do delito, ou como no caso dos autos, na presunção de que voltaria o réu a delinquir.

Ressalta-se que, com a edição da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008, o artigo 594 do Código de Processo Penal, que determinava que o réu se recolhesse à prisão para apelar, foi revogado. Incluiu-se, por sua vez, o parágrafo único ao artigo 387, que dispõe que ***"o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta".***

A respeito da citada inovação legislativa, ensinam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto que, ***"quis o legislador demonstrar, com isso, que a regra geral consiste na possibilidade de se recorrer em liberdade. Caso mantida (ou determinada) a prisão, cumpre ao juiz esclarecer, de maneira fundamentada,***

os motivos que justificam a medida de exceção. Pode-se afirmar, assim, que a prisão deixa de ser um efeito natural da sentença condenatória (art. 393, inc. I do CPP), passando a exigir fundamentação idônea que a justifique" (*in*: Processo Penal, doutrina e prática. Salvador: JusPodivm. 2008, p. 131).

Na linha oposta do afirmado acima, observa-se que a decisão que manteve a custódia do réu não se valeu de fundamentação concreta, o que autoriza a concessão da ordem para que seja reconhecido ao paciente o direito de aguardar o julgamento de seu recurso em liberdade.

Aliás, sem pretender aqui fazer-se qualquer análise de mérito recursal, é inevitável observar-se que, eventual apelo interposto pode vir a ter sucesso, pelo menos parcial, uma vez que o E. Supremo Tribunal Federal tem entendido em caso como o dos autos ser possível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Neste sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.02.10. Ordem concedida." (HC 102678-MG - Rel. I. Ministro EROS GRAU - DJe 23/04/10).

Assim, esse e outros benefícios podem vir a ser concedidos na ocasião do julgamento de apelo, que possui viabilidade, ao menos em tese.

Nesse contexto, não seria lógico manter-se o acusado no regime fechado durante a tramitação do recurso, para, depois, deferir-lhe a substituição, regime menos severo ou qualquer outro benefício.

Por fim, ressalta-se, que em recente decisão o Supremo Tribunal Federal considerou que o disposto no artigo 44, da Lei de Tóxicos, que veda a concessão da liberdade provisória é inconstitucional, eis que retira do magistrado singular a oportunidade de analisar o caso *in concreto* e a real necessidade da prisão cautelar (STF HC 104.339 - Rel. Min. GILMAR MENDES - j. 10.05.2012).

Dessa forma, levando-se em conta as condições pessoais do paciente e da falta de fundamentação válida a respeito da negativa do direito de recorrer em liberdade, impõe-se reconhecer que se caracterizou constrangimento ilegal, sanável por meio do *habeas corpus*.

Assim, restando **prejudicada a ordem nos termos em que impetrada, concede-se de ofício, ao paciente JHONATAS CESAR DE SOUZA o direito**

Acesso ao Sumário

de recorrer em liberdade.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0015993- 35.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DO GUARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DO GUARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 27.929)**

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, CAETANO LAGRASTA, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIAN , 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.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal n.º 3.973/ 12, de Guarujá, que 'acrescenta dispositivos a Lei Complementar 038 de 24 de Dezembro de 1998, instituindo desconto no Imposto Territorial Urbano aos imóveis situados em logradouros onde são realizadas feiras livres'. Inocorrência de vicio de inconstitucionalidade. Inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Entendimento jurisprudencial consagrado pelo C. Supremo Tribunal Federal. Isenção tributária parcial. Assunto não abarcado no âmbito material reservado à lei complementar. Efetiva possibilidade de

Acesso ao Sumário

regulamentação por lei ordinária. Vicio de iniciativa também inexistente. Direito tributário. Competência concorrente para deflagrar o processo legislativo, segundo jurisprudência do e. STF. Ausência de criação de despesas ao erário público. Precedentes diversos deste C. Órgão Especial. Ação julgada improcedente, para declarar constitucional a norma municipal impugnada, cassada a liminar.

VOTO

Visto.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Prefeita do Município de Guarujá em face da Presidência da Câmara Municipal de Guarujá, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3.973, de 12 de novembro de 2012, que *"acrescenta dispositivos a Lei Complementar 038 de 24 de dezembro de 199, instituindo desconto no Imposto Territorial Urbano aos imóveis situados em logradouros onde são realizadas feiras livres"*.

Alega-se, essencialmente, que o ato normativo combatido está eivado de ***(i)*** inconstitucionalidade formal, por ***(i.a.)*** violação do devido processo legislativo, tendo em vista o emprego de lei ordinária para alteração de lei complementar, e ***(i.b.)*** vicio de iniciativa, e, também, ***(ii)*** inconstitucionalidade material, face à criação de despesas sem a correspondente indicação dos recursos disponíveis para atendê-las.

Deferida a liminar (f. 60/ 61), a Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (f. 73/ 76).

A Câmara Municipal de Guarujá prestou informações no prazo legal (f. 78/ 82).

Neste grau de jurisdição, registra-se parecer ministerial ilustre da douta Procuradoria Geral de Justiça, que concluiu pela procedência da ação direta - f 85/ 92.

Autos conclusos em **24.mai.2013** - f 93.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade **deve ser julgada improcedente**, para declarar **constitucional** a Lei n.º 3.973, de 12 de novembro de 2012, do Município de Guarujá.

Dispõe o ato normativo combatido sobre a concessão de desconto no Imposto Predial Territorial Urbano aos imóveis situados em Logradouros onde realizadas feiras livres, acrescentando, para tanto, os incisos I e II ao artigo 209

Acesso ao Sumário

do Código Tributário Municipal - *Lei Complementar Municipal nº 38, de 24 de dezembro de 1998*.

Pois bem.

Pretexta-se, por primeiro, a ***inconstitucionalidade formal*** do dispositivo.

De início, por alegada **inobservância do devido processo legislativo**, sustentando-se a impossibilidade de alteração de lei complementar mediante edição de lei ordinária posterior.

Mas sem razão, respeitosamente.

"Data venia", também, do entendimento defendido pela douta Procuradoria de Justiça.

Trata-se, com efeito, de ***lei ordinária alteradora de lei complementar municipal***, precisamente como se depreende da exordial, das informações prestadas pela Câmara de Vereadores e da documentação acostada aos autos - *especialmente os extratos de f. 25 e 36*.

Entretanto, à luz do ordenamento constitucional, a modificação promovida **não se revela inviável**.

Isto porque, segundo jurisprudência consagrada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal *(RE 419.629/ DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.05.2006, DJ 30.06.2002)*, **não há diferença hierárquica entre lei complementar e lei ordinária**.

Trata-se, em verdade, de duas espécies normativas distintas, cada qual destinada e aplicada, especificamente, a determinado âmbito material.

Nesses termos, de um lado, reserva-se à legislação complementar um rol exaustivo de matérias, definidas mediante expressa determinação constitucional.

À lei ordinária, por sua vez, cabe versar sobre as matérias excluídas desse rol, residualmente.

Assim, eventual vício de inconstitucionalidade somente surgirá caso a lei ordinária seja editada para disciplinar **matéria reservada à legislação complementar**.

E não é isto o que se verifica aqui.

"In casu", a lei impugnada criou nova hipótese de desconto no IPTU - situação de isenção tributária parcial -, tema cuja regulamentação **não exige** a observância de procedimento qualificado.

Por esta razão, inexiste óbice qualquer à instituição daquele desconto por lei ordinária, exatamente como aqui.

Irrelevante que a lei impugnada tenha inserido tal hipótese de isenção tributária no texto de lei complementar - *Código Tributário Municipal de Guarujá* -, situação plenamente justificada por sua **pertinência temática** em relação àquela, sem maiores consequências no que diz às ***formalidades*** do

Acesso ao Sumário

procedimento legislativo observado.

Inocorrente, pois, o vicio alegado.

Além disso, a parte autora aponta também inconstitucionalidade decorrente de **violação da iniciativa legislativa**.

Mais uma vez, porém , não possui razão.

"Data vênia".

Bem analisada a norma impugnada, entende-se que não há que se cogitar de incompetência da Câmara Municipal para deflagração do processo legislativo, na medida em que aquele texto - *versando sobre* ***matéria tributária*** -, não se insere na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo.

Ora.

Na valiosa lição de **Hely Lopes Meirelles**:

> *"O processo legislativo, ou seja, a sucessão ordenada de atos para a formação das normas enumeradas na Constituição da República (artigo 59) possui contornos uniformes para todas as entidades estatais - União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal (artigos 60 e 69) - cabendo às Constituições dos Estados e às dos Municípios estabelecer, dentre as espécies normativas previstas, quais as adotadas pela entidade estatal. (...) Leis de iniciativa exclusiva do Prefeito são aquelas que só a ele cabe o envio de projeto à Cântara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da ad ministração 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, créditos suplementares e especiais"* **(Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 7ª edição, 1994, pág. 544)**.

E nenhuma **absolutamente nenhuma**, das hipóteses constitucionais de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo está tratada na norma aqui impugnada, que - *frise-se* - versa sobre **matéria tributária**.

Acesso ao Sumário

Trata-se, em verdade, de **competência legislativa concorrente**, conforme já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento, realizado em 09.out.2009 do *Recurso Extraordinário* 328.896/ SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa segue parcial men te transcrita:

> *"Sob a égide da Constituição republicana de 1 988, também o membro do Poder Legislativo dispõe de legitimidade ativa para iniciar o processo de formação das leis, quando se tratar de matéria de índole tributária, não mais subsistindo, em consequê1lCla, a restrição que prevaleceu ao longo da Carta Federal de 1969. Precedentes".*

Esta conclusão em absolutamente nada se altera, ademais, por tratar-se de ***lei tributária benéfica***, afastando-se o argumento empregado pelo autor, sustentando a equiparação daquela às leis orçamentárias, até porque a iniciativa reservada, textualmente definida, **não pode ser objeto de presunção**.

Nesse sentido tem entendido este mesmo Colendo Órgão Especial, em recentíssimos julgados, "*in verbis*":

> *"Lei Municipal, de iniciativa parlamentar, que concede isenção de IPTU aos portadores de doenças graves (que especifica) e seus responsáveis legais - Inconstitucionalidade pleiteada pelo Prefeito por entender que a matéria é de competência exclusiva do Poder Executivo - Posição do colendo STF no sentido de admitir a competência concorrente do Legislativo - Diretriz que se segue – Ação improcedente."* **(TJSP, Órgão Especial, ADin n.º 0270090- 35.2012.8.26.0000, r. Des. Ênio Zuliani, j. 26.jun.2013, v.u.)**
>
> *"Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei complementar municipal nº 180, que alterou a redação do inciso V, artigo 41 do Código Tributário do Município de Socorro, isentando do IPTU os contribuintes aposentados que atendam aos requisitos estabelecidos - Vício de iniciativa - Invasão à esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo - Inocorrência – Competência legislativa concorrente em matéria tributária - Inexistência de ofensa a Constituição Bandeirante - Precedentes do Colendo Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal - Ação julgada improcedente."* **(TJSP, Órgão Especial, ADln n.º 0204846-62.2012.8.26.0000, r. Des. Castilho Barbosa, j. 08.05.2013, v.u.)**

Em outra ocasião, aliás, em situação versando sobre lei municipal de iniciativa parlamentar criadora de hipótese de desconto no IPTU de proprietários de imóveis situados em vias onde realizadas feiras livres, precisamente como aqui, este e. Órgão Especial decidiu em **idêntico sentido**:

"Ação direta de inco1istitucionalidade de lei Lei Complementar Municipal nº 205/ 2011, do Município de Suzano - Vicio de iniciativa - Inocorrência - Matéria tributária, artigos 61 da Constituição Federal e 24 da Constituição Bandeirante - Precedentes do STF - Ação improcedente." **(TJSP, órgão Especial, ADin n.º 0003307-45.2012.8.26.0000, r. Des. Ademir Benedito, j. 1°.08.2012, v.u.)**

Impossível, portanto, sob qualquer ângulo que se veja a questão, o reconhecimento de ***vício de inconstitucionalidade formal*** da lei impugnada.

Demais disso, e conforme também assentado nos precedentes supracitados, a lei impugnada **não prevê** a criação de novas despesas ao erário público, não havendo como reconhecer o apontado ***vício de inconstitucionalidade material*** por violação ao teor dos artigos 25 e 176, I, ambos da Constituição Bandeirante.

Acesso ao Sumário

Em suma.

O tema t ratado na lei questionada nada tem de inconstitucional, seja no aspecto formal, seja no aspecto material.

Donde não ser possível, respeitosamente, dar procedência a esta ação direta.

POSTO, cassada a liminar, julga-se improcedente a presente ação direta, para declarar a constitucionalidade da Lei n.º 3.973, de 12 de novembro de 2012, do Município de Guarujá.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0082191- 54.2013.8.26.0 000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURA DOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BERTIOGA e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BERTIOGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Just iça 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. **(Voto nº 17.316)**

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, VILENILSON, ANTONIO FERREIRA CARLOS MALHEIROS, ANTONIO 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, MÂRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 960, de 31 de março de 2011 , do Município de Bertioga, que dispõe sobre a aposição de adesivos com mensagens à população nos ônibus e micro-ônibus que prestam o serviço de transporte público local de passageiros

Acesso ao Sumário

- Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, §2°, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta - Previsão legal, na verdade, que se volta apenas à proteção do meio ambiente e combate à poluição, mediante a formulação de campanha educativa dirigida à população, nos exatos limites da competência atribuída ao ente público municipal pelo art. 23 da CF - Legislação, ademais, que não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários - Ato normativo que, além disso, vigora há mais de dois anos e provavelmente já foi observado pelas empresas de transporte coletivo às quais se dirige, não trazendo repercussão material expressiva no custo da atividade - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Municipal nº 960, de 31 de março de 2011, de iniciativa parlamentar, que exige a aposição de adesivos educativos com o texto "NÃO JOGUE LIXO PELA JANELA: VAMOS MANTER A CIDADE LIMPA" nos veículos do sistema de transporte coletivo do Município de Bertioga.

Alega o autor, em essência, que: a legislação questionada é incompatível com os preceitos dos arts. 5º, 24, § 2º, 2, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, 117, 119, 120 e 159, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força da regra contida no art. 144 da mesma Carta; a iniciativa legislativa para "a criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX", o que compreende a fixação ou alteração das atribuições de órgãos e entidades da Administração direta ou indireta, é reservada ao Chefe do Poder Executivo; a lei local, além de violar o princípio da separação dos Poderes, por deflagrar o respectivo processo legislativo com desprezo à reserva de iniciativa, ao instituir e disciplinar campanha no serviço

Acesso ao Sumário

público executado direta ou indiretamente pelo Poder Executivo, também ofendeu a reserva da Administração; outrossim, a inconstitucionalidade da lei local fica evidenciada pela imposição de ônus a particulares delegados de serviço público que têm repercussão material no custo da atividade, sem previsão de fonte de custeio, o que demandará aumento tarifário, suprimindo juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, tal como previsto nos arts. 120 e 159, parágrafo único, da Constituição Estadual.

Indeferida a medida liminar postulada (v. tis. 17/18), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 29), afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 31/33).

A Presidência da Câmara Municipal de Bertioga prestou as informações requisitadas, defendendo a constitucionalidade da legislação impugnada (v. fls. 35/40).

O Chefe do Poder Executivo local igualmente prestou as informações requisitadas, postulando o acolhimento da ação e a reunião, por litispendência, com a Adin nº 0088300-83.2013.8.26.0000, por ele proposta em face da mesma Lei (v. fls. 44145).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, reiterando os termos da exordial (v. fls. 55/57).

É o relatório.

Cumpre, de início, assentar que não mais subsiste a litispendência aduzida pelo Prefeito do Município de Bertioga, ante a superveniência de decisão extintiva da AD!n nº 0088300-83.2013.8.26.0000, em razão da preexistência do feito sob exame.

E a presente ação não merece acolhida.

Com efeito, a Lei nº 960, de 31 de março de 2011, do Município de Bertioga, objeto da demanda em causa, dispõe, *in verbis*:

> "Art. 1º. Fica determinada a instalação obrigatória de adesivos educativos com o texto 'NÃO JOGUE LIXO PELA JANELA: VAMOS MANTER A CIDADE LIMPA', em local de alta visibilidade, no espaço interno de todos os veículos do sistema de transporte coletivo de Bertioga.
>
> § 1°. Os adesivos educativos de que trata a presente lei serão colocados na seguinte proporção: no mínimo 4 (quatro) adesivos em cada ônibus e no mínimo 3 (três) adesivos em cada micro-ônibus.
>
> § 2°. O texto educativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser de fácil visualização com letras de no mínimo 10 (dez) centímetros de altura em cor que destaque a mensagem sem que confunda o leitor no que diz respeito à cor e forma.
>
> Art. 2°. Os prestadores do serviço público de transporte coletivo de

Acesso ao Sumário

passageiros por delegação do Poder Público, sob regime de concessão, permissão ou qualquer outra forma de contratação, terão prazo de 60 (sessenta) dias, contado do inicio da vigência desta lei, para colocar nos veículos empregados nessa atividade o adesivo de que ela trata.

Art. 3°. Fica delegado ao órgão de trânsito competente toda fiscalização quanto à execução da presente lei.

Art. 4°. As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5°. Esta lei será regulamentada no prazo máximo de 30 dias, contado de sua publicação.

Art. 6°. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário".

Como se vê, em nenhum momento, a legislação aqui impugnada versou acerca de matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em suposta violação aos artigos 5º, 24, § 2º, "2", 47, caput e incisos II, XIV e XIX, "a", 119 e 144, todos da Constituição Estadual.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

> "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" (v. ''Direito Municipal Brasileiro'', 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

Bem de ver que a iniciativa do processo legislativo reservada ao Chefe do Poder Executivo está perfeitamente delimitada na Constituição Estadual em seus artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, aplicáveis ao ente local por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta Bandeirante, mas em nenhuma das hipóteses ali previstas, porém, insere-se a matéria versada na legislação municipal ora impugnada.

A Lei Municipal nº 960/2011 versou apenas tema de interesse geral da população, com vistas a zelar pela guarda da Constituição, das leis e conservar o patrimônio público, bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, nos exatos limites da competência atribuída ao ente público municipal pelo art. 23 da Carta Magna[1]; à evidência, não se trata

Acesso ao Sumário

1 "Art. 23. É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

de qualquer tentativa de incursão em atos de gestão ordinária dos negócios públicos, mediante a "fixação ou alteração das atribuições de órgãos e entidades da Administração direta ou indireta"; trata-se, na verdade, de campanha educativa dirigida exclusivamente à população, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, em especial relativa aos prestadores de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, cuja iniciativa seria afeta privativamente ao Prefeito Municipal; poderia então decorrer realmente de proposta parlamentar, haja vista cuidar-se de questão de competência comum dos poderes Legislativo e Executivo.

Repise-se, a obrigação decorrente do ato normativo objurgado nos autos, conquanto exija providência dos prestadores do serviço público de transporte coletivo de passageiros do Município de Bertioga, não tem qualquer relação com o próprio serviço delegado (sob o regime de concessão ou permissão), voltando-se exclusivamente à educação da população quanto ao modo de descarte do lixo em ônibus; logo, o objeto da Lei Municipal nº 960/2011 não diz respeito a matéria atinente a atos de gestão e organização da Administração, integrante da denominada reserva de Administração, prevista no art. 47, incisos II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual, afastando eventual usurpação de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

Não colhe, daí, o argumento de inconstitucionalidade da legislação impugnada por vício de iniciativa, arredando, por conseguinte, a alardeada violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Aliás, este mesmo Colendo Órgão Especial, em caso análogo ao dos autos, relativo ao mesmo Município de Bertioga, já decidiu que a imposição de determinadas obrigações aos prestadores de serviços de transporte coletivo não constituiu invasão de matéria privativa do Chefe do Poder Executivo:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei municipal nº 733, de 14 de setembro de 2006, de Bertioga - Ingresso de gestantes em veículos de transporte coletivo, sem passar pela catraca - Vicio de iniciativa não caracterizado - Facilitação de acesso ao transporte coletivo a determinada qualidade de passageiros, de conteúdo genérico, dentro do âmbito concorrente de atuação da Câmara dos Vereadores, no intuito de atender aos interesses das gestantes - Relevante questão social - Desequilíbrio contratual - Inocorrência - Ausência de isenção ou redução de tarifa - Impacto orçamentário inocorrente - Improcedência, cassada a liminar" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9035596-82.2006.8.26.0000, relator Desembargador MARCUS ANDRADE, j. 24/10/2007).

Acesso ao Sumário

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas".

Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante.

A perene fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração Municipal, que dela não pode furtar-se; todos os veículos prestadores do serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município de Bertioga passam por constante fiscalização e inspeção pelos órgãos municipais responsáveis, aos quais incumbe verificar o pleno atendimento da legislação que lhes é aplicável; assim, não há que se falar que a imposição das obrigações previstas na Lei nº 960/2011 resulta em acréscimo de despesas ao erário do ente público local, máxime porque, como afirmado linhas atrás, elas foram dirigidas apenas aos particulares e não ao Poder Executivo local.

A propósito, já decidiu esta Corte Paulista, em caso análogo ao dos autos, que *"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"* (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26. 0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).

E não se pode admitir que o simples dever de aposição de 3 (três) ou 4 (quatro) adesivos em cada um dos ônibus ou micro-ônibus que realizam o transporte coletivo no Município de Bertioga possa realmente acarretar repercussão material expressiva no custo da atividade, de tal sorte a alterar o equilíbrio econômico financeiro dos respectivos atos ou contratos de delegação e demandar revisão tarifária; ademais, dado o tempo de vigência da legislação aqui objurgada, a providência já deve ter sido levada a efeito pelas empresas obrigadas, não mais sendo possível retomar ao *status quo ante*, mostrando-se perfeitamente possível às delegadas a absorção desse ínfimo valor, diante do enorme custo que suportam para a realização de sua atividade; de qualquer modo, a afirmação de que a obrigação legal contestada nos autos implicará em aumento de despesa sem previsão de receita é mera conjectura, porquanto dependeria de investigação fática, mediante a análise de planilhas de custos e receitas, o que se mostra incabível em sede da ação direta de inconstitucionalidade.

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado a partir de processo legislativo deflagrado perante a Câmara de Vereadores, inexistindo inconstitucionalidade a ser pronunciada em relação à Lei nº 960, de 31 de março de 2011, do Município de Bertioga.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0108969- 61.2013. 8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS.

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 (a) Relator (a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 15.639)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, 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.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

Ementa: ***Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 1.854/2012 que "proíbe no Município de Penápolis a pintura de propaganda eleitoral em muros residenciais e comerciais e dá outras providências" - Competência deste Tribunal de Justiça para apreciação - Lei que, disciplinando a propaganda eleitoral no município, está a legislar sobre direito eleitoral, matéria de competência privativa da União (art. 21, I, da CF) que, sobre o tema, emitiu a Lei nº 9.504/1997 - Inexistência de preponderante interesse local ou de possibilidade de vingar a lei municipal em questão a titulo de suplementação de lei federal - Usurpação de competência - Violação da repartição de competências e, pois, do princípio federativo - Afronta aos artigos***

Acesso ao Sumário

5º e 144 da Constituição do Estado - Ação julgada procedente .

VOTO

Cuido de ação direta de inconstitucionalidade aforada pelo Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto a Lei nº 1.854/2012, do Município de Penápolis, de iniciativa parlamentar que "proíbe no Município de Penápolis a pintura de propaganda eleitoral em muros residenciais e comerciais e dá outras providências", a teor de violar o referido diploma legislativo o princípio federativo da repartição constitucional de competências, aduzindo que compete à União disciplinar matéria referente à propagando eleitoral, que não se qualifica como assunto de interesse local. Afirma contrariados, por conseguinte, os artigos lº e 144 da Constituição Paulista.

Processada a ação sem liminar - que não foi requerida -, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado, visto que os dispositivos atacados tratam de matéria exclusivamente local, prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Penápolis, havendo a Procuradoria-Geral de Justiça proposto a procedência da ação.

Este o relatório.

A lei em apreço estabelece proibições generalizadas de veiculação de propaganda eleitoral no município, com algumas exceções, fixando penalidades aos agentes solicitantes, autorizadores e executores.

Ante o conteúdo da lei objurgada, inevitavelmente vem à mente uma indagação: será de competência deste Tribunal de Justiça apreciar tema afeto a propaganda eleitoral? Não seria o exame da questão de alçada do Tribunal Regional Eleitoral?

A Lei Municipal nº 1.854/2012 trata mesmo de matéria eleitoral. Mas precisamente por essa razão impende, aprioristicamente, verificar sua constitucionalidade. E se uma lei municipal contraria ou não a Constituição do Estado, o controle de sua constitucionalidade é tema inserto na competência deste Tribunal de Justiça.

A Lei Federal nº 9.504/1 997, que estabelece normas para as eleições, abre capítulo para regular a "propaganda eleitoral em geral", cabendo destacar o artigo 37, assim redigido:

"*Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados* (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006).

Acesso ao Sumário

§ 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no caput deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a R$ 8.000,00 (oito mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006).

§ 2º Em bens particulares, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não excedam a 4m² (quatro metros quadrados) e que não contrariem a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas no § 1º. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

§ 5º Nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, não é permitida a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, mesmo que não lhes cause dano. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).".

De seu turno, o §3° do artigo 37 de mencionada lei dispõe que:

"§ 3º O funcionamento de alto-falantes ou amplificadores de som, ressalvada a hipótese contemplada no parágrafo seguinte, somente é permitido entre as oito e as vinte e duas horas, sendo vedados a instalação e o uso daqueles equipamentos em distância inferior a duzentos metros:

I - das sedes dos Poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das sedes dos Tribunais Judiciais, e dos quartéis e outros estabelecimentos militares;

II - dos hospitais e casas de saúde;

III - das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros,

quando em funcionamento."

Cumpre referir também o artigo 41 da Lei nº 9504/97, que reza:

"*A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40*" (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

O Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, usando das atribuições que lhe conferem o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral, e o artigo 105 da Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997, expediu, por exemplo, como faz,

Acesso ao Sumário

costumeiramente, nos anos de pleitos eleitorais, a Resolução 23.370/11, dispondo sobre a propaganda eleitoral e as condutas ilícitas em campanha de 2012.

Não custa lembrar que "Esse poder regulamentar exteriorizado pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral é uma marcante característica da legislação eleitoral vigente. O poder regulamentar está disciplinado nos artigos 23, inciso IX, que trata da expedição de instruções convenientes à execução do Código Eleitoral, bem como da legislação eleitoral *lato sensu*, artigo 1º, parágrafo único, ambos do Código Eleitoral" (Marcos Ramayana, *in* Direito Eleitoral, 2008).

Mencionada Resolução, que é minuciosa ao disciplinar a propaganda eleitoral, no artigo 9º, estipula:

"É assegurado aos partidos políticos e às coligações o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição (Código Eleitoral, art. 244, I e II, e Lei nº 9.504/97, art. 39, § 3º e § 5º):

III - instalar e fazer funcionar, no período compreendido entre o início da propaganda eleitoral e a véspera da eleição, das 8 às 22 horas, alto-falantes ou amplificadores de som, nos locais referidos, assim como em veículos seus ou à sua disposição, em território nacional, com a observância da legislação comum e dos § 1º e § 2º inclusive dos limites do volume sonoro;

§ 1º São vedados a instalação e o uso de alto-falantes ou amplificadores de som em distância inferior a 200 metros, respondendo o infrator, conforme o caso, pelo emprego de processo de propaganda vedada e pelo abuso de poder (Lei nº 9.504/97, art. 39, § 3º, I a III, Código Eleitoral, arts. 222 e 237, e lei Complementar nº 64/90, art. 22):

I - das sedes dos Poderes Executivo e legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das sedes dos órgãos judiciais, dos quartéis e de outros estabelecimentos militares;

II -dos hospitais e casas de saúde;

III - das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros, quando em funcionamento.

§ 2º Pode ser utilizada a aparelhagem de sonorização fixa e trio elétrico durante a realização de comícios no horário compreendido entre as 8 e as 24 horas (lei nº 9.504/97, art. 39, § 4° e § 10)." .

Na mesma Resolução está disposto:

"*Art. 10. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de*

Acesso ao Sumário

propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados (Lei nº 9.504/97, art. 37, caput).

§ 1º Quem veicular propaganda em desacordo com o disposto no caput será notificado para, no prazo de 48 horas, removê-la e restaurar o bem, sob pena de multa no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a R$ 8.000,00 (oito mil reais), ou defender-se (lei nº 9.504/97, art. 37, § 1°).

§ 2º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pelo Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada (lei nº 9.504/97, art. 37, § 4º).

§ 3º Nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, ainda que localizados em área particular, não é permitida a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza. mesmo que não lhes cause dano (lei nº 9.504197, art. 37, § 5º).

E no artigo 11:

"Em bens particulares, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não excedam a 4m² e não contrariem a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas no § 1º do artigo anterior (Lei nº 9.504/97, art. 37, § 2º).

A Lei 9.504/97 e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, tratando de matéria atinente a propaganda eleitoral, revestem eminente cunho eleitoral e, por óbvio, se inserem no âmbito do direito eleitoral.

Ora, legislar sobre direito eleitoral, de acordo com o disposto no artigo 22, I, da Constituição da República, é de competência privativa da União Federal, sendo essa legislação, de caráter nacional, aplicável às eleições que ocorrem nos três níveis: o municipal, o estadual e o federal.

A lei atacada, ainda que seu intuito primordial não fosse o de regrar a propaganda eleitoral no município, mas, possivelmente, o de coibir atos de poluição visual e sonora, a verdade é que acabou por tratar em cheio de dita propaganda.

Se legislar sobre direito eleitoral é de expressa competência privativa da União, não há dizer ser de possível assunto de interesse local (preponderantemente local, como assentam doutrina e jurisprudência, à luz do artigo 30, I, da Constituição Federal), a permitir legislação exclusiva do Município. Se a lei municipal em foco disciplina, sob a forma de proibições, a propaganda eleitoral em Penápolis, não há falar de eventual suplementação da federal (artigo 30, II, da Constituição da República). Lícito a respeito é reproduzir a observação do douto Procurador de Justiça:

Acesso ao Sumário

"A competência suplementar do município aplica-se, nos assuntos que são de competência legislativa da União ou dos Estados, àquilo que seja secundário ou subsidiário relativamente à temática essencial tratada na norma superior .

Já se decidiu que não pode o legislador municipal, contudo, a pretexto de legislar sobre assuntos de interesse local ou suplementar a legislação federal ou estadual de ordem geral, invadir a competência legislativa destes entes federativos superiores (RE 313.060, Rel.ª Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).".

Ao usurpar a competência do legislador federal, o legislador do Município de Penápolis, extrapolando os limites da autonomia municipal, violou a repartição de competências e, pois, o princípio federativo, cláusula pétrea da Constituição Federal.

Contraria a Lei nº 1.854/2012, do Município de Penápolis, em consequência, os artigos 5° e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, razão por que julgo procedente a ação para declará-la inconstitucional.

Anoto que essa decisão já tem o condão de suspender a execução da mencionada lei, não havendo necessidade de que seja comunicada à Câmara Municipal para que o faça, ressalvado o objetivo de apenas dar-se dela ciência, pois o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar inconstitucional o parágrafo terceiro do artigo 90, da Constituição do Estado de São Paulo. Adotou a Corte Suprema jurisprudência dela própria, no sentido de reconhecer a competência do Tribunal de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, parágrafo 2°), ainda que esses dispositivos consistam em reprodução de preceitos da Constituição Federal. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, outrossim, que, por se tratar de representação de inconstitucionalidade, uma vez que, concluindo o Tribunal pelo conflito de normas, não mais se poderia cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal (RE 199293/SP, rei. Min. Marco Aurélio, 19.5.2004).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0081825-15.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE UNIDAS, é réu TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo , proferir a seguinte decisão : "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM

RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ELLIOT AKEL.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 24.912)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, 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.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SÚMULAS 102, 103 e 105, TODAS ORIUNDAS DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – A súmula não apresenta característica de ato normativo, de modo que não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada - Precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal - AÇÃO NÃO CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ajuizada pela UNIÃO NACIONAL DAS INSTITU IÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE – UNIDAS – tendo por objeto os Enunciados registrados sob os números 102, 103 e 105 das Súmulas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovadas em sessão do Colendo Órgão Especial em 20 de fevereiro, bem como publicadas no Diário de Justiça Eletrônico em 26 de fevereiro de 2013.

Informações foram prestadas pelo i. Presidente do Tribunal de Justiça (Fls. 212/213).

Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pela inadmissibilidade da ação (Fls. 232/236).

É o relatório.

O pedido prefacial é juridicamente impossível.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que

Acesso ao Sumário

as súmulas de jurisprudências dos Tribunais não configuram atos normativos, porque, ao revés das leis em sentido formal, não estão dotadas de abstração, generalidade, impessoalidade e obrigatoriedade. Portanto, os entendimentos sumulados não podem ser objetos de ação direta de inconstitucionalidade.

O Tribunal que formula um entendimento sumular não age como um legislador, tampouco atua como uma fonte originária de produção de normas. Nas palavras do saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, em voto proferido e publicado na RTJ 45/73***: "A Súmula não é norma autêntica, não é lei, é uma síntese de jurisprudência"***.

Com efeito, a Súmula não é um ato estatal dotado de normatividade, já que não é uma norma jurídica, mas um cristalização de jurisprudência, vale dizer, um resultado paradigmático para futuras decisões do Judiciário do qual emanou .

A Excelsa Corte já teve manifestar sobre uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o enunciado 310, do Tribunal Superior do Trabalho, cujo pedido fora negado provimento, pelos fundamentos ora esposados.

Confira-se, a esse propósito:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DESCABIMENTO, POR NÃO SE TRATAR DE ATO NORMATIVO (ART. 102, I, a DA C.F). 1. Seguimento (da A.D.I.) negado pelo Relator, por falta de possibilidade jurídica do pedido. 2. Precedentes: ADI (s) nºs. 899, 594 e 1.493. 3. Agravo improvido. Decisão unânime." (STF - ADI - AgR 923 DF - Tribunal Pleno - Rei. Min. Sydney Sanches, j. em 21.08.2002)

E, pontofinalizando, como bem ressaltou o d. Subprocurador Geral de Justiça: ***"(...) nos termos do art. 102, I, da Constituição Federal, a ação direta é cabível em face de lei ou ato normativo"*** (...) ***"o enunciado da jurisprudência predominante de um tribunal não tem caráter normativo"***.

Isto posto, julga-se extinto o processo, sem a resolução do mérito, "ex vi" do disposto no- artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil , uma vez que estão ausentes as condições da ação, notadamente a possibilidade jurídica do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0117846-87.2013.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS , JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. GRAVA BRAZIL. 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. **(Voto nº OE 0258)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JUNIOR, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, ARANTES THEODORO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI , julgando a ação improcedente; e, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração) , ANTONIO LUIZ PIRES NETO, CAUDURO PADIN, VANDERCI ÁLVARES e ENIO ZULIANI, julgando a ação procedente.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

GRAVA BRAZIL, Relator Designado

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei n. 5.403, de 23/04/2013, do Município de Catanduva - Vicio de iniciativa não configurado - Diploma normativo que não invade a esfera de gestão municipal - Norma que atende ao interesse local da população com relação ao serviço público de água e esgoto - Inconstitucionalidade não caracterizada - Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Trata-se de ação, movida pelo Prefeito do Município de Catanduva, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 5.403, de 23/04/2013, do Município de Catanduva, que "Dispõe sobre a obrigatoriedade do Poder Executivo Municipal a inserir no verso das contas de água e esgoto a tabela progressiva de preços de água e esgoto e dá outras providências".

O culto Relator Sorteado, Des. Walter de Almeida Guilherme, julga a ação procedente, "para declarar, com efeito ex tunc, a Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.403, de 23 de abril de 2013, do Município de Catanduva, por

violação dos artigos 5º, 25 e 144 da Constituição Estadual", divergindo a Douta Maioria nos termos deste voto.

É o relatório do necessário.)

II - Respeitado o entendimento do culto Relator Sorteado, entendo que a legislação impugnada não versou acerca de matéria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em suposta violação aos artigos 5°, 24, §2°, "2", 47, caput e incisos II, XIV e XIX, "a" e 144, todos da Constituição Estadual.

A Lei Municipal, ao impor a inclusão da tabela progressiva de preços de água e esgoto no verso das contas, sequer tangencia a esfera de gerenciamento, propriamente dito, do serviço público prestado, tampouco cria obrigações e ônus concretas ao Poder Executivo, que pudessem implicar em ofensa à separação de poderes.

Na verdade, o diploma legislativo municipal tratou de tema de interesse da população local, com relação ao serviço público de água e esgoto[1] sem extrapolar a competência atribuída ao ente público municipal pelo art. 23 da Carta Magna.

Extrai-se da leitura do texto normativo que não se delineia qualquer tentativa de invasão em atos de gestão ordinária dos serviços públicos, pois a obrigação decorrente da norma, a despeito de exigir certa providência do prestador do serviço público, não guarda relação direta com o serviço prestado, voltando-se exclusivamente à informação da população quanto ao modo de cobrança pelos serviços prestados.

Aliás, não é demais lembrar que os serviços públicos se submetem à legislação consumerista, conforme preconizam os arts. 3° e 22, do CDC[2]. sendo de todo recomendável a inserção da tabela progressiva de preços para o atendimento ao direito da população local à informação adequada.

Nesse particular, nada obstante pudesse se argumentar que o interesse à informação sobre a prestação do serviço público não se limita à população de apenas um Município, mas pertence aos munícipes em geral, é certo que tal fato não obsta que o assunto seja tratado por lei municipal, em vista do peculiar

1 Art. 30. Compete aos Municípios: I – Legislar sobre assuntos de interesse local; ... V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

2 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que dese11volvem atividade de produção, montagem, criação, construção, tra11sformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Acesso ao Sumário

interesse que possa existir no fornecimento dos dados para a coletividade local.

Destaque-se, no mais, que este C. Órgão Especial já externou entendimento de que não há vício formal na hipótese de leis de iniciativa parlamentar que busquem materializar o direito á informação da população e outros direitos relacionados ao exercício pleno da cidadania, fazendo prevalecer interpretação restritiva acerca das hipóteses de iniciativa reservada ao Poder Executivo. Confira-se:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N° 7.945/2012 DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. COLOCAÇÃO DE PLACAS INFORMATIVAS EM OBRAS PÚBLICAS. INICIATIVA LEGISLATIVA DE VEREADOR. NÃO CONFIGURADA VIOLAÇÃO À INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO EXECUTIVO. HIPÓTESES TAXATIVAS. SUPLEMENTAÇAO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL CONSTITUCIONALMENTE AUTORIZADA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO NA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. DISPOSITIVO ESPECÍFICO PREVÊ SANÇÃO ADMINISTRATIVA A SERVIDOR PÚBLICO QUE DESCUMPRE A NORMA. MATÉRIA RELATIVA AO REGIME JURIDICO DE SERVIDOR PÚBLICO. INICIATIVA LEGISLATIVA, ESSA SIM, EXCLUSIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. PRECEDENTE DO STF. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE." (ADI n. 0081889-25.2013 8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 11/09/2013)

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 960, de 31 de março de 2011, do Município de Bertioga, que dispõe sobre a aposição de adesivos com mensagens à população nos ônibus e micro-ônibus que prestam o serviço de transporte público local de passageiros - Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, §2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta - Previsão legal, na verdade, que se volta apenas à proteção do meio ambiente e combate à poluição, mediante a formulação de campanha educativa dirigida à população, nos exatos limites da competência atribuída ao ente publico municipal pelo art. 23 da CF - Legislação, ademais, que não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários - Ato normativo que, além disso, vigora há mais de dois anos e provavelmente já foi observado pelas empresas de transporte coletivo às quais se dirige, não trazendo repercussão material expressiva no custo da atividade - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (ADI n. 0082191-54.2013.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 21/08/2013)

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.503, de 19 de março de 2012, de iniciativa parlamentar, que estabelece a disponibilização, pelo Poder Executivo, na página do Município na internet, do "Portal da Transparência Pública de Ubatuba" - Vício de iniciativa não identificado - Lei em comento que apenas versou tema de interesse geral da população, concernente a informações relativas à atuação da Administração Pública Municipal, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, que seria afeta apenas ao Poder Executivo - Acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo que, ademais, se insere dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na CF (art. 5o, XXXIII), tendo seu exercício regulado na Lei Federal nº 12.527/2011 - Município de Ubatuba que, outrossim, já possui página própria na rede mundial de computadores, a qual requer permanente atualização e manutenção, serviços para os quais certamente funcionários já foram designados - Determinação de inscrição de novos dados, na forma definida na legislação ora impugnada, que, destarte, não representa qualquer incremento na despesa do ente público local e nem tampouco intromissão nas atribuições funcionais dos servidores envolvidos, uma vez que atinentes às mesmas obrigações que já lhes haviam sido destinadas - Inocorrência, nessa linha, de violação ao princípio da separação dos poderes - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente." (ADI n. 0270082-58.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 26/06/2013)

Por fim, não há vulneração ao disposto no art. 25, da Constituição Bandeirante[3] pois não se vislumbra, na hipótese, a geração de despesa significativa, já que o gasto, na verdade, decorre da própria impressão das contas de água e esgoto e não da inserção de novos dados em seu teor.

Assim, na hipótese dos autos, a previsão de que "As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria, consignadas no orçamento vigente, suplementadas se necessário for" atende aos ditames constitucionais.

Em conclusão, não há vício a inquinar a higidez do diploma legislativo municipal, razão pela qual o pedido de declaração de inconstitucionalidade merece ser rejeitado.

III - Ante o exposto, por meu voto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

3 Artigo 25 - Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto n° 15.755)

I - Meu voto julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade a teor de vício de iniciativa, de acordo com a seguinte ementa:

> **Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei, de iniciativa da Câmara de Vereadores, que cria para o Executivo a obrigação de inserir no verso das contas de água e esgoto a tabela progressiva de preços de água e esgoto - Inconstitucionalidade - Matéria administrativa a reclamar lei que se origine do chefe do Poder Executivo - Usurpação das atribuições do Prefeito - Violação do princípio da separação dos poderes - Ofensa aos artigos 5º, 25 e 144 da Constituição do Estado -Ação julgada procedente.**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Prefeito de Catanduva em face da Câmara Municipal, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 5.403, de 23 de abril 2013, que determina que o Poder Executivo Municipal insira no verso das contas de água e esgoto a tabela progressiva de preços de água e esgoto. Aponta o autor vício de iniciativa, argumentando que o aludido diploma trata de serviço público, cuja regulamentação legal é de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo. Diz violados os arts. 5° e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta, ademais, afronta ao art. 163, 1, da Constituição Federal, nos termos da regulamentação contida na Lei Complementar nº 101/2000, e art. 25, da Constituição do Estado, diante da não indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

A liminar foi deferida, para efeito de suspender, *ex nunc*, a vigência e eficácia da Lei Municipal n. 5.403/13, até o julgamento da ação (fls. 21/24).

Citado, o Procurador Geral do Estado entendeu falecer interesse na defesa do diploma impugnado, por tratar de matéria exclusivamente local (fls. 54/55).

A Câmara Municipal de Catanduva, representada por seu presidente, prestou as necessárias informações. Esclareceu que a Lei nº 5403/13, cujo projeto veio a lume por iniciativa de vereador daquela Casa, obedeceu aos trâmites regimentais e legais. Concluiu pela inexistência de violação a quaisquer prerrogativas do Poder Executivo (fls. 131/33).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é no sentido da procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.

Acesso ao Sumário

5.403/13, do município de Catanduva.

É o relatório.

O diploma legal acoimado de inconstitucional decorreu de projeto de iniciativa de vereador, com aprovação da Câmara.

Dispõe o artigo l º, da Lei nº 5.403, de 23 de abril de 2013, do Município de Catanduva:

"*Fica o Poder Executivo Municipal obrigado a inserir no verso das contas de água e esgoto, a tabela progressiva de preços para a cobrança de água e esgoto no Município de Catanduva.*"

E o artigo 2°, do mesmo diploma:

"*As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria, consignadas no orçamento vigente, suplementadas se necessário for.*"

Bem se vê que, no caso dos autos, a Câmara Municipal de Catanduva usurpou do Executivo local atribuições pertinentes a suas atividades de planejamento, regulamentação e, notadamente, gerenciamento da prestação de serviços públicos municipais. Isso porque, por meio da lei impugnada, impôs ao Executivo a obrigação de inserir no verso das contas de água e esgoto, a tabela progressiva de preços para a cobrança de água e esgoto. E, ao fazê-lo, estabeleceu um modo de proceder voltado para a prestação de serviços de natureza permanente, serviços que, sabidamente, inserem-se na esfera de atribuição do Executivo.

Ao ser deferido o pedido de liminar, já se prefigurava a declaração de inconstitucionalidade da lei objurgada, visto tratar-se de projeto de lei de iniciativa parlamentar em matéria típica de administração da cidade, tarefa que fica a cargo do Poder Executivo, abarcando as atividades de planejamento, organização e direção dos serviços públicos. Ao exercer ditas atividades, não pode a Administração sofrer a ingerência do Poder Legislativo, isto é, lei que delas cuide há de ser de iniciativa reservada ao chefe do Executivo.

Impende reconhecer na lei ora em debate, portanto, vício de iniciativa decorrente da ofensa aos princípios da independência e harmonia dos poderes, insculpidos no artigo 5°, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo, porque houve, de fato, invasão na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo. Com efeito, sob premissas basilares repartem-se as funções do Estado. Uma é a função de administrar. Outra é a de legislar. Dessa dicotomia, por força do princípio da separação de poderes - verdadeira cláusula pétrea entre nós - criaram-se o Poder Executivo e o Poder Legislativo, nas quatro esferas federativas da República do Brasil, sendo ao primeiro, incumbida a função típica de administrar e ao segundo, em par com a função típica de fiscalizar os atos do poder público, a de legislar. No âmbito do Estado federado de São Paulo,

Acesso ao Sumário

essa separação de funções está formalizada no artigo 5° de sua Constituição.

Assim, quando para administrar se faz necessária lei precedente, por vezes o legislador constituinte originário retira o diploma legislativo correspondente do arco da iniciativa geral e o restringe à iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, disposição essa encontradiça na Constituição da República e na Constituição do Estado, como já anotado e na forma de se entender que cabe ao Executivo a prestação dos serviços públicos.

A matéria é atinente ao processo legislativo e convergem doutrina e jurisprudência, esta do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na afirmação de que as regras referentes ao procedimento de elaboração de leis, fixadas na Carta Magna, são de observância obrigatória para todos os entes federativos.

Ora, na medida em que a lei aqui combatida interfere na atribuição de caráter administrativo de alçada do Poder Executivo, vedada é a iniciativa legislativa do Poder Legislativo Municipal por um seu parlamentar.

Bem se percebe, pois, que a Câmara Municipal de Catanduva, ao editar a lei ora atacada, usurpou do executivo local atribuições que lhe são pertinentes, não respeitando a independência e separação de poderes.

Como esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA: "*A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica denominadas 'leis'. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal. Por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue da função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público" (in "Comentário Contextual à Constituição*", *Malheiros Editores, São Paulo, 5ª ed., pág. 43).*

Nesse sentido observa ELIVAL DA SILVA RAMOS: "*Sob a vigência de Constituições que agasalham o princípio da separação dos Poderes, no entanto, não é lícito ao Parlamento editar, a seu bel prazer, leis de conteúdo concreto e individualizante. A regra é a de que as leis devem corresponder ao exercício da função legislativa. A edição de leis meramente formais, ou seja, 'aquelas que, embora fluindo de fontes legiferante normais, não apresentam os caracteres de generalidade e abstração, fixando, ao revés, uma regra dirigida deforma direta, a uma ou várias pessoas ou a determinada circunstância', apresenta caráter excepcional. Destarte, deve vir expressamente autorizada no Texto Constitucional, sob pena de inconstitucionalidade substancial*" (cf "A inconstitucionalidade das leis - vício e sanção", Saraiva, São Paulo: 1994, pág.

194).

Por fim, trago a cotejo parte de recente decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida em recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público contra acórdão prolatado por este Órgão Especial (RE 668807/SP, Ministro LUIZ FUX, julgado em 10.04.2012), do qual se recolhe que "*Lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública é formalmente inconstitucional, porquanto compete privativamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa de tais leis. (Precedentes: ADI n. 2.857, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 30.11.07; ADI n. 2. 730, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28.5.10; ADI n. 2.329, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 25.6.10; ADI n. 2.417, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 05.12.03; ADI n.1.275, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 08.06.10; RE n. 393.400, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 17.12.09; RE n. 573.526, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 07.12.11; RE n. 627.255, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 23.08.10, entre outros). (..)*

De resto, cuida registrar, do Parecer:

"*Lembre-se, por fim, que a lei gera aumento de despesa sem indicação da fonte e, destarte, colide com o disposto no art. 25, da Constituição Bandeirante* ...", ao que se segue a menção ao decidido na ADin nº 142.519-0/5-00, Relator Desembargador Mohamed Amaro, j. 15.8.2007.

Pelo exposto, **julgo procedente a ação para declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.403, de 23 de abril de 2013**, do Município de Catanduva, por violação dos artigos 5º, 25 e 144 da Constituição Estadual.

Anoto que essa decisão já tem o condão de suspender a execução da mencionada lei, não havendo necessidade de que seja comunicada à Câmara Municipal para que o faça, ressalvado o objetivo de apenas dar-se dela ciência, pois o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar inconstitucional o parágrafo terceiro do artigo 90, da Constituição do Estado de São Paulo. Adotou a Corte Suprema jurisprudência dela própria, no sentido de reconhecer a competência do Tribunal de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, parágrafo 2º), ainda que esses dispositivos consistam em reprodução de preceitos da Constituição Federal. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, outrossim, que, por se tratar de representação de inconstitucionalidade, uma vez que, concluindo o Tribunal pelo conflito de normas, não mais se poderia cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal (RE 199293/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2004).

II - O Desembargador Grava Brazil pediu vista e traz voto divergente por

Acesso ao Sumário

não detectar a mácula na lei que meu voto afirma presente.

Meu voto seguiu a ortodoxia, expondo argumentação vigorante neste Órgão Especial.

Bem sei que o Órgão tem repensando de sorte a perfilhar entendimento menos rigoroso a respeito do tema, no afã de valorizar as competências do Poder Legislativo dos municípios, posição essa que conta com minha plena adesão.

No caso, todavia, independentemente de ser benfazejo ou não o provimento legislativo em questão, pelas razões expostas não há compadecer com a usurpação de competência que o mesmo enseja.

Confirmo, dest'arte, o voto pela procedência da ação.

WALTER DE ALM I HERME, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n º 0159667-71.2013.8.26.0000 , da Comarca de São Paulo , em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIQUETE, PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIQUETE, é réu.

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(a) Relator (a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 28.967)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 27 de novembro de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal n.º 1.969/2013, de Piquete, de iniciativa legislativa, que fixa regras para a ornamentação de túmulos, mausoléus, carneiras e covas rasas

Acesso ao Sumário

do cemitério municipal local. Organização e funcionamento de serviços ela Administração Pública. Criação de obrigações e regras para a Administração Municipal, incluso fiscalizat6rias. Ingerência indevida. Proposta que deveria partir do Executivo local. Vicio de iniciativa configurado. Ofensa direta ao princípio da Separação dos Poderes, bem como aos artigos 5° e 47, II e XIV, ambos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente.

VOTO

Visto.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Piquete em face do Presidente da Câmara Municipal de Piquete, tendo por objeto a Lei Municipal nº 1.969, de 25 de março de 2013 - *que fixa regras para a ornamentação de túmulos, mausoléus, carneiras e covas rasas do cemitério municipal d e Piquete*.

Alega-se, essencialmente, que o ato normativo combatido está eivado de inconstitucionalidade formal e material, por vício de iniciativa e ofensa direta ao princípio da separação dos poderes, além de criar despesas sem prévia dotação orçamentária.

Indeferida a liminar (f. 24), a Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (f. 40/ 42).

Após. vieram informes da Câmara Municipal de Piquete, a sustentar a improcedência desta ação direta (f. 46/51).

Neste grau de jurisdição, registra-se parecer ministerial ilustre da douta Procuradoria Geral de Justiça, que conclui pela procedência da ação direta – f. 54/56.

Autos conclusos em ***23.out.2013*** *– f. 60*.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade **deve ser julgada procedente**, para declarar **inconstitucional** a Lei Municipal n.º 1.969, de 25 de março de 2013, do Município de Piquete.

Assim dispõe o ato normativo, *litteris*:

*"**Art. 1º** Os mausoléus, túmulos, carneiras e covas rasas do cemitério da cidade de Piquete somente poderão ser ornamentados com flores naturais e artificiais sem a utilização de vasos para sua colocação.*

***Art. 2º** Fica proibido o uso ou a construção de qualquer recipiente sobre*

Acesso ao Sumário

os mausoléus, túmulos, carneiras e covas rasas do cemitério da cidade de Piquete que possa armazenar água.

***Art. 3°** Ao infrator da presente Lei será aplicada multa pecuniária, cujo valor poderá aplicado em dobro.*

***Art. 4º** Esta Lei deverá ser regulamentada no prazo de 30 (trinta) dias.*

***Art. 5º** Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.".*

Pois bem.

Pretexta-se, por primeiro, a inconstitucionalidade do dispositivo, **por vício de iniciativa**, já que a matéria tratada naquele ato normativo **basicamente, gestão e organização administrativa -**, seria de **competência exclusiva do chefe do Poder Executivo Municipal**.

Com plena razão, respeitosamente.

A lei municipal de Piquete, em verdade, está a contrariar os artigos 5º e 47, II e XIV, ambos da Constituição Estadual[1].

Isso porque foi ela criada a partir de **iniciativa parlamentar**, quando, em verdade, **competiria ao Prefeito Municipal**, chefe do Executivo local, editar lei que viesse a tratar a questão, com total autonomia e independência.

Usurpa-se invariavelmente, então, a competência do Executivo Municipal, ao legislar sobre matéria que deveria tocar, por força constitucional estadual, a esfera de Poder diverso.

Daí a ofensa ao Principio da separação dos poderes, a gerar, por aqui, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Vale dizer.

Criam-se obrigações - *sem a necessária indicação do órgão fiscalizatório, no entanto* - e estabelecem se diversas regras de organização e funcionamento do serviço público funerário, de **cunho eminentemente administrativo**, a serem cumpridas pela Administração Pública local.

Trata-se, logo se vê, de indevida ingerência parlamentar na gestão administrativa, a causar, por isso mesmo, situação danosa às relações institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais.

Donde ser imperiosa a procedência do pedido desta ação direta de

Acesso ao Sumário

1 Art. 5º, da Constituição Estadual - "São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Art. 47, da Constituição Estadual – "Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta constituição:

...

II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

...

XIV - praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo".

inconstitucionalidade.

Respeitosamente ..

POSTO, julga-se procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.969, de 25 de março de 2013, do Município de Piquete.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade 0175275-46. 2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor APAS ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Just iça de São Paulo , proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. ELLIOT AKEL . FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS . SRS. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI E CRISTINA ZUCCH I .", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 33.384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARORI (Presidente), GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração) , LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, TRISTÃO RIBEIRO e MÁRCIO BÁRTOLI, julgando a ação improcedente; e GONZAGA FRANCESCHINI, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, SAMUEL JUNIOR, VANDERCI ÁLVARES , ARANTES THEODORO e CR IST I NA Z UCCHI (com declaração), julgando a ação procedente.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

ELLIOT AKEL, Relator Designado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 9.770 de 24/10/2011, do Município de Sorocaba - Vício de iniciativa inexistente - Invasão de competência normativa da União inocorrente - Previsão de criação de estrutura enxuta de assistência sanitária de urgência aos frequentadores desses

Acesso ao Sumário

centros de compras enquanto ali se encontrarem - Ação improcedente.

VOTO

RELATÓRIO

A APAS - Associação Paulista de Supermercados ajuizou esta ação direta objetivando a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 9.770, de 24.10.2011, do Município de Sorocaba, que impôs a obrigatoriedade de instalação de serviço ambulatorial destinado ao primeiro atendimento de clientes e funcionários, nos shoppings e hipermercados de Sorocaba, durante o horário de suas atividades.

A autora afirma, em resumo, que o ato normativo atacado afronta o princípio da separação dos poderes, havendo vício de iniciativa de matéria reservada ao Poder Executivo, na medida em que através dele interfere-se diretamente na administração municipal, impondo à Administração a necessidade de fiscalização, e portanto criando despesa sem indicação de dotação orçamentaria. Ademais, segundo alega, que há previsão de aplicação de sanção genérica, sem especificação dos meios coercitivos e do conceito de hipermercados, sem indicação do agente fiscalizador legitimado. Assevera, mais, que a norma agride os princípios da isonomia e da livre iniciativa, obrigando estabelecimentos privados à prestação de serviços de saúde que é dever do Estado.

A liminar foi concedida (fl. 66), para suspensão da eficácia da lei municipal em questão até o julgamento da presente ação. Contra tal decisão, a Câmara Municipal de Sorocaba interpôs agravo regimental, desprovido pelo acórdão de fls. 113/116.

A Câmara Municipal de Sorocaba prestou informações, trazendo os documentos de fls. 144/146, e a Prefeitura do Município de Sorocaba, à tis. 154/158, trazendo os documentos de tis. 159/160.

O Procurador Geral do Estado de São Paulo, citado, declinou de oficiar no feito (fls. 151/152) e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

VOTO

Não tenho dúvida alguma a respeito da legitimidade ativa da autora para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com o ato constitutivo da ABRASCE, a entidade tem por finalidade 'representar e defender os interesses dos empreendedores, investidores e gestores de *shopping centers*' (art. 1º), tomando, se necessário, medidas judiciais para preservar os interesses do setor (art. 2°, *a* e *b*). O provimento jurisdicional almejado atende objetivamente à finalidade associativa, impondo-

Acesso ao Sumário

se reconhecer, na espécie, a legitimidade da autora.

Dissenti contudo da eminente relatora sorteada, sendo nisso acompanhado pela douta maioria, quanto à questão de fundo, porque a meu ver a ação é improcedente.

Objetiva-se a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 9.770, de 24. 10.2011, do Município de Sorocaba, que torna obrigatória a instalação de serviço ambulatorial, contando com, no mínimo, um enfermeiro, destinado ao primeiro atendimento de clientes e funcionários, nos shoppings e hipermercados de Sorocaba, durante o horário de suas atividades. Transcrevo-a:

> Art. 1°. Fica obrigatória a instalação de serviço ambulatorial, destinado a primeiro atendimento, nos shoppings e hipermercados de Sorocaba.
>
> Art. 2º. O serviço ambulatorial de que trata esta Lei deverá estar disponibilizado aos clientes e funcionários do estabelecimento durante o horário em que estiver aberto ao público e deverá contar com, no mínimo, um enfermeiro.
>
> Art. 3°. Os estabelecimentos terão o prazo de 90 (noventa) dias para se adequarem às disposições da presente Lei sob pena de ser aplicada a penalidade de multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).
>
> §1° Aplicada a penalidade de multa e não sendo atendidas as exigências da Lei no prazo máximo de 30 (trinta} dias, será aplicada multa em dobro .
>
> § 2° O não atendimento ao prazo previsto no parágrafo anterior acarretará interdição do local até que seja efetuada a regularização.
>
> Art. 4° As despesas com a edição da presente Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria
>
> Art. 5° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A ação direta foi ajuizada aos fundamentos de que (1) a lei municipal teria ferido o principio da separação dos poderes, "havendo vicio de iniciativa de matéria reservada ao Poder Executivo, pois o previsto na lei interfere diretamente na administração municipal, que (2) a norma invade competência exclusiva da União, que (3) não há indicação de dotação orçamentária, já que impõe à Administração a necessidade de fiscalização, (4) que há previsão de aplicação de sanção genérica, sem especificação dos meios coercitivos e do conceito de hipermercados e sem indicação do agente fiscalizador legitimado" e que (4), além disso. "a lei agride o principio da isonomia e da livre iniciativa, obrigando estabelecimentos privados à prestação de serviço que é dever do Estado".

Acesso ao Sumário

Entendeu, o eminente relatora sorteada, não se vislumbrar que a lei em questão esteja inserida no conceito de interesse local, previsto no art. 30, I, da

Constituição Federal, ou mesmo que se trate de competência suplementar a legislação federal e estadual referida no art. 30, II, CF. Reconheceu, assim, sua inconstitucionalidade material, por invasão da esfera legislativa municipal, e não meramente formal, por vício de iniciativa.

Dando-se por barato que a ação direta de inconstitucionalidade tem causa de pedir aberta, sendo certo que não foi exatamente essa a causa petendi invocada, mesmo assim não seria caso de se reconhecer essa mácula.

O diploma não está voltado a regrar a "assistência à saúde". Dirigida a estabelecimentos e centros comerciais em que, pelas suas próprias características, há a concentração de um número elevado de consumidores, resta evidente que o tema tratado na norma impugnada remete a dispositivos constitucionais que intentam a defesa da saúde e a garantia de direitos do consumidor.

A clientela de que cuida o artigo 2º da lei municipal sorocabana é aquela que se encontra nos "shopping centers" e hipermercados enquanto consumidora, anotando-se que como a figura do consumidor, em larga medida, equipara-se à do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física, inclusive no que pertine à defesa de sua saúde.

O risco à saúde, no caso, advém dos serviços que devem estar, ainda que de forma indireta, inseridos na relação potencial que se estabelece entre os frequentadores de "shopping centers" e hipermercados e o empresário ali estabelecido.

Assim, por não se tratar de legislação atinente a seguridade social, o argumento de que somente a União poderia legislar sobre matéria data vênia não se sustenta, havendo, isto sim, competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do que dispõe o art. 24, V e XII, do texto constitucional federal, no interesse da defesa da saúde do cidadão/consumidor.

Há de se reconhecer a competência material comum entre **todos** os entes federativos, na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal. Nesse sentido, a repartição constitucional da competência legislativa em matéria de proteção à saúde permite aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, o que se infere do disposto no artigo 30, II, cuja interpretação deve ser feita à luz do disposto no artigo 24, V e XII, §§ 1°, 2º, 3° e 4°, todos da Constituição Federal de 1988, considerado, por certo, o interesse local próprio.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade anteriormente julgada (nº 0062282-60.2012.8.26.0000, rel. Grava Brasil, j. 06.02.13), atacando lei em tudo semelhante à aqui objurgada, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através de outro de seus ilustres membros, observou que "...a legislação impugnada não legislou sobre seguridade social (art. 1° e 218 da CE e 22, XXIII e 194 da CF),

Acesso ao Sumário

e muito menos sobre a prestação de serviços médicos pré-hospitalares, voltada à população como um todo.

Na verdade, a competência do Município para legislar sobre a matéria advém do art. 30, I e II, da Constituição Federal e dos arts. 217, 218, 219 e 220 da Constituição Estadual.

Observe-se que a edição da legislação nos moldes em que ocorreu se justifica em razão do grande número de pessoas que frequentam os shoppings centers e os hipermercados.

Buscou-se através da lei em questão, proteger-se a saúde e a integridade física dos consumidores, prestadores de serviços, trabalhadores de serviços, visitantes e das demais pessoas que frequentam os shoppings centers e hipermercados, que, sem dúvida alguma, são grandes centros de compras.

É oportuno ressaltar que a Lei Municipal ora analisada é anterior e não contraria as Leis Estaduais nº 9.791/97 e 11.218/2002, que regulamentam a matéria.

Desta feita, devido à omissão de legislação a esse respeito e, em sendo concorrente a competência para legislar sobre a assistência à saúde, tendo em vista o disposto no art. 23, II, da CF, o Município de Sorocaba possuía competência para legislar sobre essa matéria.

Por fim, a legislação guerreada não contraria o art. 170 da Constituição Federal.

A exigência decorre do Poder de Policia do Município devido ao risco em potencial de acidentes a que estão sujeitas as milhares de pessoas que são atraídas pelos shoppings centers e hipermercados.

O Município tem obrigação e dever de zelar pela proteção à saúde e pela integridade física dos frequentadores, consumidores, trabalhadores e prestadores de serviços dos referidos estabelecimentos.

Anoto que na hipótese em exame a lei não impôs a obrigatoriedade de criação de uma grande estrutura de assistência médicosanitária, nela se fazendo referência, ao contrário, a uma organização mínima, com apenas um enfermeiro, e durante o horário de funcionamento, o que afasta a alegação de que se estaria pretendendo transferir às empresas dever estatal de assistência à saúde da população em geral.

Na esteira de tais manifestações, e reiterando a manifestação que apresentei na ocasião, julgo improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

DECLARACÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 17.778)

Pelo meu voto, a ação deve ser julgada improcedente.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada em face da Lei Municipal nº 9.770, de 24 de outubro de2011, que dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de serviço ambulatorial em shoppings centers e hipermercados do Município de Sorocaba, para atendimento a seus clientes e funcionários, durante o horário de funcionamento.

Dispõe referido ato normativo, *in verbis*:

"Art. 1º - Fica obrigatória a instalação de serviço ambulatorial, destinado a primeiro atendimento, nos shoppings e hipermercados de Sorocaba.

Art. 2° - O serviço ambulatorial de que trata esta Lei deverá estar disponibilizado aos clientes e funcionários do estabelecimento durante o horário em que estiver aberto ao público e deverá contar com, no mínimo, um enfermeiro.

Art. 3° - Os estabelecimentos terão o prazo de 90 (noventa) dias para se adequarem às disposições da presente Lei sob pena de ser aplicada a penalidade de multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

§ 1° - Aplicada a penalidade de multa e não sendo atendidas as exigências da Lei no prazo máximo de 30 (trinta) dias, será aplicada multa em dobro.

§ 2° - O não atendimento ao prazo previsto no parágrafo anterior acarretará interdição do local até que seja efetuada a regularização.

Art. 4° - As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria.

Art. 5° - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Como se vê, em nenhum momento, a legislação aqui impugnada versou acerca de matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em suposta violação aos preceitos dos artigos 5º; 47, incisos II e XI, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

"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

Acesso ao Sumário

servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

E, no caso vertente, a lei em causa não se imiscuiu em nenhuma das questões ali definidas, versando apenas acerca de tema de interesse geral da população local, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta ao Poder Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar.

Bem de ver que a iniciativa do processo legislativo reservada ao Chefe do Poder Executivo está perfeitamente delimitada na Constituição Estadual em seus artigos 24, § 2°, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, aplicáveis ao ente local por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta Bandeirante; porém, as hipóteses previstas nestes dispositivos não abrangem a matéria versada na legislação municipal ora impugnada, tratando-se, portanto, de questão afeta à competência comum dos poderes legislativo e executivo.

De outro lado, a abordagem da questão tratada na Lei nº 9.770/2011, do Município de Sorocaba, foi feita de forma distorcida na inicial da ação.

Bem de ver que citada lei não envolve tema relativo ao Direito Comercial ou ao Direito do Trabalho, mas tão somente a defesa da saúde dos frequentadores dos estabelecimentos comerciais nela mencionados, inocorrendo a alardeada invasão de competência privativa da União.

O serviço ambulatorial, cuja existência é exigida na legislação examinada, volta-se, evidentemente, apenas ao público usuário dos estabelecimentos obrigados, destinando-se ao cuidado básico e urgente daqueles frequentadores que o necessitem, equiparado a consultório médico; na verdade, cuida-se tão somente de providência tendente a garantir um primeiro atendimento rápido, por profissionais capacitados, que permita resultados eficazes no socorro a eventuais emergências; como é de sabença comum, tal medida simples pode ser determinante para as consequências do evento, mostrando-se extremamente salutar sua disponibilização em estabelecimentos frequentados por inúmeras pessoas diariamente.

E nem se alegue que "a Lei 9.770/11 traz explícita obrigação aos supermercados em manter relação de trabalho com profissionais do ramo da enfermagem (em seu art. 3°, parte final), atuando a Administração Pública sobre a própria liberdade dos estabelecimentos em determinar suas relações comerciais" (v. fls. 05), porquanto as empresas obrigadas poderão livremente decidir quanto à forma de criação do ambulatório a que alude o ato normativo questionado, inclusive mediante a terceirização desse atendimento.

Além disso, a imposição dirige-se a todas as empresas dos segmentos

Acesso ao Sumário

de hipermercados e *shoppings centers* do Município de Sorocaba, sem causar-lhes ônus significativo que possa representar empecilho ao exercício de suas atividades, o que também arreda a alegada afronta aos princípios da isonomia e da livre concorrência, inseridos nos arts. 5°, *caput*, e 170, inciso IV, ambos da Constituição Federal; ademais, estando todos os estabelecimentos similares obrigados à prestação do serviço previsto na legislação municipal objurgada, não há que se falar que o incremento de custos daí decorrente possa acarretar uma menor competitividade.

Aliás, a providência imposta na legislação local já implicitamente integra o vínculo obrigacional existente entre os estabelecimentos e os seus clientes, razão pela qual não havia óbice a que o Município dispusesse acerca da forma pela qual esta deveria ser efetivada; destarte, não há que se falar em afronta ao princípio da livre iniciativa, inserido no artigo 170, caput, da Constituição Federal, máxime porque este mesmo dispositivo constitucional elege a defesa do consumidor como um dos princípios a serem observados no exercício da atividade econômica (inciso V).

Tem relevo na espécie o fato de que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela saúde e integridade física da população, na forma prevista no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, valendo-se exatamente dessa prerrogativa o Município de Sorocaba ao editar o ato normativo impugnado na demanda em causa.

Impende considerar, outrossim, que aludida lei municipal veio a lume exatamente para atendimento do comando contido no artigo 220, *caput* e § 1º, da Constituição Estadual, que impõe ao Poder Público em geral a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de preservação da saúde no ambiente natural, nos locais públicos e de trabalho.

Além disso, não se pode olvidar que o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal[2], atribui ao Município competência material para "legislar sobre assuntos de interesse local" e de "suplementar a legislação federal e estadual no que couber".

A propósito, destaca Alexandre de Moraes que:

> "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse (...) e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. (...) Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois como afirmado por

Acesso ao Sumário

2 "Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"

> Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (principio da predominância do interesse)" (v. "Direito Constitucional" , 27' edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, pp. 314 e 328/329).

Ora, cuidando-se de questão de manifesto interesse do ente público local, atinente à proteção da saúde da população que frequenta *shoppings centers* e hipermercados situados em seus limites territoriais, nada impedia que a matéria fosse tratada em legislação local específica; possível, então, considerar aqui que a Lei Municipal nº 9.770/2011 nada mais fez do que suplementar as normas gerais traçadas na legislação estadual pertinente (Leis Estaduais nºs 9.791, de 30 de setembro de 1997[3], e 11.218, de 24 de julho de 2002[4]), que tratam da mesma matéria e em nada são contrariadas pela disposição legal ora impugnada, nos estritos limites da competência que lhe confere o artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, afastando, portanto, definitivamente, qualquer indício de invasão de competências reservadas.

Vale lembrar que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, já decidiu que "é da competência do município legislar sobre medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários, uma vez que tratam de assuntos de interesse local" (v. RE nº 595.408/MG, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 10/08/2011, DJe 17/08/2011), entendimento que tem inteira aplicação no caso vertente.

Em caso análogo ao dos autos, na defesa do ato normativo impugnado em outra ação direta de inconstitucionalidade, bem realçou a douta Procuradoria-Geral do Estado que:

> *"A autora equivoca-se ao ver na lei nº 8.739/96 diploma voltado a regrar a 'assistência à saúde'. Dirigida a estabelecimentos e centros comerciais em que, pelas suas próprias características, há a concentração de um número elevado de consumidores, resta evidente que o tema tratado na norma impugnada remete a dispositivos constitucionais que intentam a defesa da saúde e a garantia de direitos do consumidor.*

Acesso ao Sumário

3 Lei Estadual nº 9.791, de 30 de setembro de 1997: "Institui, para os conjuntos de estabelecimentos comerciais conhecidos como "shopping centers", a obrigatoriedade de manutenção de Departamento Médico e de ambulância, para atendimento do público que especifica".

4 Lei Estadual nº 11.218, de 24 de julho de 2002: "Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação de um sistema de organização básica de segurança no interior das lojas de departamentos, "shopping centers", hiper e supermercados, casas de espetáculos e diversões em geral".

A 'população' de que cuida o artigo 1º da lei municipal campineira é aquela que se encontra nos shopping centers e hipermercados enquanto consumidora e há que se anotar que 'como a figura do consumidor, em larga medida, equipara-se à do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física', inclusive no que pertine à defesa de sua saúde.

O risco à saúde, no caso, advém dos serviços que devem estar, ainda que de forma indireta, inseridos na relação potencial que se estabelece entre os frequentadores de shopping centers e hipermercados e o (s) comerciante (s) ali estabelecido (s)...

Assim, por não se tratar de legislação atinente à seguridade social, o argumento de que somente a União poderia legislar sobre a matéria cai por terra, havendo, isto sim, competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do que dispõe o art. 24, V e XII, do texto constitucional federal, no interesse da defesa da saúde do cidadão/consumidor.

Além disso, pertinente o reconhecimento também de competência material comum entre ***todos*** *os entes federativos, na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal. Nesse sentido, a repartição constitucional da competência legislativa em matéria de proteção à saúde permite aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, o que se infere do disposto no artigo 30, II, cuja interpretação deve ser feita à luz do disposto no artigo 24, V e XII, §§ 1°, 2°, 3° e 4°, todos da Constituição Federal de 1988, considerado, por certo, o interesse local próprio.*

O Município de Campinas, no uso da competência material comum outorgada pelo constituinte federal para a proteção à saúde da população - neste caso aquela que frequenta shopping centers e hipermercados locais e é tida como consumidora - e considerando a competência suplementar atribuída pelo artigo 30, II, da Constituição Federal, promulgou a Lei nº 8. 739/96, ora impugnada.

Ressalte-se que a Lei Municipal em foco foi editada anteriormente às Leis Estaduais nº 9.791/97 e 11.218/2002. Evidencia-se, portanto, que a norma local impugnada, considerando a inexistência à época da sua promulgação de lei estadual, apenas cumpriu a norma estatuída no artigo 220 da Constituição Estadual, não infringindo o artigo 1° da Constituição Estadual, nem o artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal, porquanto ao Município é outorgada a competência para suplementar a legislação federal e estadual em caso de omissão.

Acesso ao Sumário

(..)

A Lei Municipal impugnada foi editada no vácuo da legislação estadual. Ora, o cuidado com o cidadão/consumidor no aspecto de defesa de sua saúde, de sua integridade física, é de competência material comum de todos os entes federados. Assim, ante a inexistência, à época de sua promulgação, de lei estadual regrando a matéria, era necessário ao município legislar suplementarmente para que pudesse exercer integralmente a sua competência material comum.

Do cotejo entre a Lei Municipal impugnada e as Leis estaduais posteriormente editadas evidencia-se que não há conflito de competência legislativa, porque a Lei local é cronologicamente anterior. As normas da Lei municipal que porventura sejam colidentes com a Lei estadual apenas terão sua eficácia suspensa, nos termos do artigo 24, §4°, da Constituição Federal.

Não merece amparo, portanto, o argumento da autora de infringência pela Lei local impugnada ao disposto no artigo 1° da Constituição Bandeirante e artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal, porquanto houve respeito pelo legislador à repartição de competências tanto legislativas quanto materiais" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0062282- 60.2012.8.26.0000).

Como assinalado precedentemente, a edição da legislação municipal contestada justifica-se pelo grande número de pessoas que frequentam os shoppings centers e os hipermercados, buscando-se proteger a saúde e a integridade física dos consumidores, prestadores de serviços e demais pessoas que frequentam os *shoppings centers* e hipermercados de Sorocaba; e também não se mostra desarrazoada essa disposição legal, pois há a exigência de instalação de serviço ambulatorial com uma estrutura mínima, composta de apenas um único profissional capacitado para a função (enfermeiro).

No particular, a exigência, além dessa proteção aos clientes dos estabelecimentos atingidos pela medida, deve ser entendida como manifestação do poder de polícia do ente público local, tendo em conta o elevado risco de ocorrências a que estão sujeitas os usuários de shoppings centers e hipermercados, tal qual já havia sido imposto pela legislação estadual, que apenas foi suplementada pelo Município de Sorocaba, ao editar a Lei nº 9.770/2011.

A disposição legal em causa mostra-se adequada aos fins a que se destina e, pelo seu eventual descumprimento, comina sanções razoáveis e pertinentes, dirigindo-se a todos os estabelecimentos de mesma natureza existentes no âmbito do Município de Sorocaba, razão pela qual não há que se falar em desconsideração dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou ao art. 111 da Constituição Estadual; as penas foram estabelecidas de maneira

Acesso ao Sumário

uniforme e são idênticas a todos os que infringirem a legislação, havendo plena congruência entre o descumprimento da obrigação legal e a respectiva sanção, máxime se considerado que todos os estabelecimentos atingidos pela previsão normativa apresentam considerável e similar capacidade financeira.

Por outro lado, é irrelevante a ausência de explicitação quanto ao alcance dos termos "*shopping center*" e "hipermercado" para fim de submissão ao preceito legal; há que se notar, inicialmente, que tal conceito prescindiria de regulamentação, uma vez que vem definido pelo próprio enquadramento do estabelecimento a partir da legislação municipal por ocasião da expedição da licença de instalação e funcionamento.

Ainda, a propósito, bem realçou a Câmara Municipal de Sorocaba que:

> "...o fato de a Lei em debate não determinar quais estabelecimentos se enquadram no conceito de Shopping ou Hipermercado não torna difícil sua aplicação. pois caso o Poder Executivo, responsável que é pela fiscalização, entenda que isso causará alguma dificuldade pode regulamentá-la, determinando a aplicação dos conceitos constantes na Lei Estadual nº 11.218, de 24 de julho de 2002, que cuida de matéria similar" (v. fls. 141).

De qualquer modo, nada obsta a que o estabelecimento atingido por eventual imposição de sanção, por aplicação da legislação em tela, socorra-se do Poder Judiciário com vistas à demonstração de que não estaria sujeito às obrigações ali previstas.

De resto, nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido nos arts. 25 e 176, inciso I, da Constituição Estadual.

Ora, a perene fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração Municipal, que dela não pode furtar-se; todos os estabelecimentos empresariais instalados no âmbito do Município de Sorocaba, em especial aqueles enumerados no art. 1° do ato normativo ora atacado, devem estar sob permanente vigilância dos órgãos públicos locais responsáveis, aos quais incumbe verificar o pleno atendimento da legislação que lhes é aplicável, segundo um quadro de competências estabelecido pela própria Administração; assim, não merece acolhida o argumento de que a imposição das obrigações previstas na Lei nº 9.770/2011, "estabelecendo a necessidade de prestação de um serviço público fiscalizador, ... criou despesa pública sem apontar os recursos públicos indispensáveis para a fiscalização do cumprimento da norma" (v. fls. 11), máxime porque, repise-se, **elas foram dirigidas apenas aos particulares e não ao Poder Executivo local**.

A propósito, já decidiu esta Corte Paulista, em caso análogo ao dos autos, que "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" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado, que não padece de qualquer inconstitucionalidade por vício material ou formal, mostrando-se proporcional e adequado aos fins colimados, atinentes à defesa da saúde dos frequentadores dos shoppings centers e hipermercados estabelecidos no Município de Sorocaba, que detinha plena competência para legislar acerca de matéria de inegável interesse local.

Ante o exposto, pelo meu voto, a presente ação direta de inconstitucionalidade é improcedente.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 18.163)

A APAS Associação Paulista de Supermercados propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei do Município de Sorocaba nº 9.770, de 24.10.2011, que torna obrigatória a instalação de serviço ambulatorial, contando com, no mínimo, um enfermeiro, destinado ao primeiro atendimento de clientes e funcionários, nos shoppings e hipermercados de Sorocaba, durante o horário de suas atividades.

Alega a autora, em síntese, que o ato fere o princípio da separação dos poderes, havendo vício de iniciativa de matéria reservada ao Poder Executivo, pois o previsto na lei interfere diretamente na administração municipal, que a norma atenta contra competência exclusiva da União, que não há indicação de dotação orçamentária, já que impõe à Administração a necessidade de fiscalização, que há previsão de aplicação de sru l ção genérica, sem especificação dos meios coercitivos e do conceito de hipermercados e sem indicação do agente fiscalizador legitimado, e que a lei agride o princípio da isonomia e da livre iniciativa, obrigando estabelecimentos privados à prestação de serviço que é dever do Estado. Requer seja reconhecida e inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 9.770, de 24 de outubro de 2011, de Sorocaba.

À fls. 66, concessão da liminar, suspendendo a eficácia da lei municipal em questão até o julgamento da presente ação.

À fls. 72/79, interposição de agravo regimental por parte da Câmara Municipal de Sorocaba, ao qual foi negado provimento, nos termos do acórdão de fls. 113/116.

Acesso ao Sumário

A Câmara Municipal de Americana prestou as informações solicitadas (fls. 132/142), trazendo os documentos de fls. 144/146, e a Prefeitura do Município de Sorocaba, à fls. 154/158, trazendo os documentos de fls. 159/160.

O Procurador Geral do Estado de São Paulo foi citado e declarou à fls. 151/152 não haver interesse na defesa do ato impugnado por se constituir de matéria exclusivamente local.

À fls. 162/172, parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei nº 9.770 de 24.10.2011, do Município de Sorocaba.

É o relatório.

A Lei nº 9.770, de 24 de Outubro de 2011 do Município de Sorocaba (fls. 56) "*Dispõe sobre a instalação de serviço ambulatorial nos shoppings e hipermercados e dá outras providências*", impondo-lhes a instalação de serviço de primeiro atendimento, disponível para clientes e funcionários do estabelecimento, durante o horário em que estiver aberto ao público, contando com, no mínimo, um enfermeiro.

Não se vislumbra que a lei em questão esteja inserida no conceito de interesse local, previsto no art. 30, I, da Constituição Federal, ou mesmo que se trate de competência suplementar a legislação federal e estadual referida no art. 30, II, CF.

Como *interesse local* não é de fácil conceituação, dada a sua acepção genérica, prevalece o entendimento de que se trata de interesse ligado mais diretamente às necessidades imediatas do Município, sem que isso implique em invasão da competência de outros entes da Federação. No caso concreto, não se pode olvidar que, nos termos do art. 24, XII, da Constituição Federal, "*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ...proteção e defesa da saúde*". Portanto, a Constituição Federal não outorgou aos Municípios a competência para legislar sobre a "proteção e defesa da saúde", não se podendo aceitar a edição da lei municipal em questão sob o fundamento de se tratar de "interesse local" em sua acepção genérica e em desconformidade com as demais disposições constitucionais.

Conforme muito bem indicado pelo ilustre Subprocurador-Gera1 de Justiça, Sérgio Turra Sobrane, em seu douto parecer, (fls. 167/168), "*Vai se firmando o entendimento de que o interesse local guarda estreita relação com o âmbito territorial. Ao Município é lícito regulamentar a legislação federal, conferindo-lhe maior concretude, disciplinando seus pormenores, adaptando a vida prática da municipalidade aos ditames oriundos de legislação editada pela União. Mas de forma alguma, é-lhe permitido fixar novas diretrizes, sem respaldo na legislação federal. Com efeito, seria inócuo e causaria grande incerteza jurídica caso se possibilitasse aos municípios instituir políticas locais*

sobre limitações ao livre exercício do comércio e relações de consumo, pois não evidenciam matéria que possam ter peculiaridade local diversa do Estado e do País.", concluindo que (fls. 169) "*É evidente que a exigência que shoppings e hipermercados prestem serviço ambulatorial para o pronto atendimento com pelo menos um enfermeiro não é um problema que deva ser resolvido em um ou outro município. É medida voltada ao interesse geral, cabendo somente à União legislar a respeito.*".

A matéria também não se insere no âmbito da competência suplementar do Município, disposta no art. 30, II, da Constituição Federal. Tal dispositivo autoriza os Municípios à regulamentação de legislação federal ou estadual, no que couber, de molde a ajustar a execução de tais leis às peculiaridades locais, porém, sem perder seu caráter secundário ou subsidiário em relação à legislação federal ou estadual, já que a competência é suplementar e não concorrente. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça assinalou, com razão, que (fls. 167) "*Obrigar shoppings centers e hipermercados localizados no município a instalarem serviço de ambulatório para primeiro atendimento, discriminando inclusive qualificação e número mínimo de funcionário, não se trata de aspecto secundário ou subsidiário.*". No caso dos autos, não se verifica, *data venia*, que a lei municipal em questão possa ser entendida como subsidiária às Leis Estaduais nº 9.791/1997 (fls. 144) e 11.218/2002 (fls. 146), como asseverado nas informações prestadas pela Câmara Municipal de Sorocaba, mas sim como concorrente, o que deixa de ser abrangido pelo disposto no art. 30, II, da Constituição Federal.

Desse modo, verifica-se que a iniciativa parlamentar municipal, ao elaborar o projeto que resultou na edição da Lei nº 9.770/2011 do Município de Sorocaba, extrapolou o exercício de sua competência, pois legislou sobre matéria que não se insere no âmbito do *interesse local*, tampouco na competência suplementar do Município.

Além do mais, como já mencionado na decisão de fls. 66, que deferiu liminar para suspensão da lei em discussão, bem como no acórdão de fls. 113/116, que negou provimento a agravo regimental, a ausência na lei, de especificação clara sobre o conceito de hipermercados e *shoppings*, imprime alto grau de discricionariedade ao agente público na hipótese de eventual aplicação da multa e até na possibilidade de interdição do estabeleci mento comercial, previstas na lei em questão.

A Lei nº 9.770/201 1 do Município de Sorocaba não pode ser vista como inserida no âmbito de defesa do consumidor. Não se vislumbra qualquer relação direta, sob a ótica consumerista, entre as atividades comerciais de *shopping centers* e hipermercados com a obrigação que a lei municipal em exame impõe.

Em análise sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8.739/1996 do

Acesso ao Sumário

Município de Campinas que, semelhante à lei aqui impugnada, dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de ambulatórios médicos em shopping centers e hipermercados, este C. Órgão Especial decidiu pela procedência da ação por entender ser a lei municipal incompatível com o princípio constitucional da livre iniciativa, bem como pelo fato de as atividades desenvolvidas nesses locais não gerarem risco específico que tome imperiosa, em contrapartida, a disponibilização de serviços ambulatoriais:

> **"Ação direta de inconstitucionalidade - Lei n. 8.739, de 15/01/96, do Município de Campinas - Obrigatoriedade de instalação de ambulatório médico em shopping centers e hipermercados - Inconstitucionalidade material delineada - Falta de pertinência entre a obrigação imposta aos**
>
> **r estabelecimentos comercias e as atividades por eles desenvolvidas - Termos genéricos que sequer permitem aferir os limites da obrigação que se pretende impor - Afronta aos princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade - Ação procedente."**[1]

Ante o exposto, ousando divergir da douta maioria, pelo meu voto julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.770, de 24 de Outubro de 2011, do Município de Sorocaba.

CRISTINA ZUCCHI, Desembargadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0183805-05.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE COSMÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE COSMÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº OE-00189)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JÚNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO

Acesso ao Sumário

1 Direta de Inconstitucionalidade nº 0062282-60.201 2.8.26.0000 - TJSP Órgão Especial - Rel. Des. Grava Brazil - j. em 06/02/2013.

MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI E ENIO ZULIANI.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Propositura pelo Município de Cosmópolis - Ente político não detentor de legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade - Inteligência do art. 90, da Constituição Estadual - Precedentes - Extinção da ação, sem julgamento do mérito.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo **Município de Cosmópolis**, representado pelo Prefeito Municipal, cujo objeto é a impugnação da Emenda nº 43, de 15 de abril de 2013, a qual "*[d]á nova redação ao artigo 243 da Lei Orgânica do Município de Cosmópolis, suprimindo o § 1º e dando nova redação ao § 2º, renumerando-o como parágrafo único*" bem como do art. 243, da Lei Orgânica Municipal, e das Emendas nº 25/2003 e 30/2005 . Pede a liminar.

Expõe tratar-se de iniciativa parlamentar, a invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, daí a inconstitucionalidade, pelo vício de iniciativa e por acarretar aumento de despesas, sem indicação da fonte de custeio. Aponta, ainda, violação ao princípio da separação dos poderes, tudo a infringir as disposições contidas nos arts. 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual (fls. 02/13).

A Douta Procuradoria de Justiça, em preliminar, pugnou pela extinção da ação, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade da parte, nos termos do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil (fls. 27/30).

É o relatório.

Com a devida *venia*, o caso é de extinção da ação, ante a ilegitimidade do autor.

Dispõe o art. 90, da Constituição do Estado de São Paulo:

Art. 90 - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu

Acesso ao Sumário

interesse:

I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa;

II - o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;

VI - os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.

Consoante leitura do comando, dentre os legitimados para proposição da ação direta de inconstitucionalidade não se avista o Município. Trata-se de ente político não detentor da prerrogativa de atuar em juízo para contestação da constitucionalidade de diploma legal.

Há de se reconhecer, destarte, a carência de ação, pois, "*[c]omo se percebe, a legitimação conferida por esse dispositivo é destinada ao Chefe do Executivo, e não ao Município enquanto pessoa jurídica de direito público interno, que sequer pode intervir em feitos da espécie, como, aliás, está pacificado no Supremo Tribunal Federal (ADI - AgRg 1.797-PE, DJ de 23.2.2001; ADI - AgRg 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j . 03.10.2001, Informativo 244; ADI (EMBS.) 1.105-DF, Rei. Min. Maurício Corrêa, j . 23.8.2001).*" (ADI nº 0248450-73.2012.8.26.0000, rel. **DES. ANTONIO LUIZ PIRES NETO**, j. 23.01.13)

Tampouco se cogita a possibilidade de representação do Município pelo Prefeito, pois, frise-se, apenas este último o legitimidado a agir. Inviável, portanto, representação de ente não autorizado por lei a figurar no polo ativo da ação.

No mesmo sentido, ADI nº0302195-36.2010.8.26.0000, rel. **DES. XAVIER DE AQUINO**, j. 02.02.11 e ADI nº 0112377- 94.2012.8.26.0000, j. 30.01.2013, rel. **DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**, com o seguinte excerto:

"*No Estado de São Paulo, por paralelismo com a Constituição Federal, o artigo 90, inciso II, da Constituição do Estado dispõe que o Prefeito é parte legítima para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal. E não importa se ele próprio, ou outro Prefeito, haja sancionado o projeto e promulgado a lei.* ***O Município não detém legitimidade ad causam, mas o chefe do Executivo, em nome próprio e no exercício de suas prerrogativas, sim.***" (grifos nossos)

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, extingue-se a ação proposta pelo **Município de Cosmópolis**, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil (ADI nº 0183805-05.2013.8.26.0000).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0127448-05.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE POÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE POÁ.

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 15.765)**

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, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Alegação de vício de iniciativa - Atividade típica do Poder Executivo - Edição de norma que, ao contrário de possuir generalidade e abstração, dispõe sobre a proibição de instalação de radares fotográficos fixos ou móveis para a medição de velocidade de veículos em todo o município - Ato de gestão administrativa - Regulamentação do trânsito local é matéria de preponderante interesse do Poder Executivo - Ofensa à Federação - Reconhecimento - Inconstitucionalidade declarada - Precedentes do Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

VOTO

A fim de uma melhor instrução do presente, peço vênia para transcrever a decisão que deferiu a medida liminar:

"*A Câmara Municipal de Poá, através de seu Presidente, promulgou a* ***Lei Municipal nº 3.615, de 15 de junho de 2.013****, que 'Dispõe sobre a proibição de instalação de radares eletrônicos no município de Poá'.*

O Prefeito Municipal ***propõe ação própria objetivando a declaração de inconstitucionalidade da referida lei****, com apoio no artigo 90, II, da Constituição do Estado.*

Alega, em síntese, ***vício de iniciativa****, na medida em que houve interferência direta na iniciativa do Poder Executivo, já que se trata de questão que diz respeito à gestão administrativa, havendo, assim, usurpação da iniciativa que é exclusiva do chefe do Poder Executivo.*

Extrai-se da inicial:

'Logo, o Poder Legislativo Municipal ao promulgar a Lei Municipal nº 3.615/2013 usurpou o âmbito de sua competência, fazendo com que haja latente vício de iniciativa, ferindo o princípio da separação dos poderes abarcados não só no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, como também esculpido no artigo 2º da Carta Política de 1988, provocando ingerência na Administração Pública ao impedir que o Município exercite a operação de dispositivos e equipamentos eletrônicos de controle viário, e ainda cerceou o direito pleno de fiscalizar o trânsito local, como permitido pelo Código de Trânsito Brasileiro.'.

Pede o proponente concessão de ***medida liminar*** *que suspenda a eficácia da referida lei, considerando, diante da exposição feita, que o pedido se reveste dos fumus boni iuris, e que se mostra evidente o periculum in mora da decisão final.*

É o relatório.

Para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, curial que se afirme a plausibilidade da postulação, ou seja, a presença do fumus boni juris, e a necessidade da imediata suspensão da vigência e eficácia da lei impugnada sob pena de grave prejuízo à Fazenda Pública ou de lesão de difícil reparação, vale dizer, a existência do periculum in mora.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à concessão de liminar em ações diretas de inconstitucionalidade reflete, igualmente, o pensamento da doutrina sobre o tema, como demonstrado por RONALDO POLETTI:

'Na verdade, a concessão de liminar é condicionada a requisitos muitos rígidos. A Constituição inseriu na competência do Supremo o processo de julgamento de pedido de medida cautelar das ações diretas de

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade (art. 102, I, p), mas ela somente é cabível quando a vigência imediata do texto contra o qual se representou poderá ocasionar dano irreparável ao Erário ou criar situação de difícil desfazimento. A suspensão liminar é medida de caráter excepcional que pressupõe demonstrada, além da relevância jurídica do fundamento da argüição, a ocorrência de interesse público prevalente, aferível pela iminência de dano irreparável ou de difícil reparação, que recomende o imediato retorno à situação anterior.' (*in Controle da Constitucionalidade das Leis, 2ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1.995, págs. 130 e 131*).

Sob a perspectiva da cognição sumária que demanda um pedido de liminar, em consideração primordial, assume contorno de inconstitucionalidade derivar de iniciativa de Câmara Municipal projeto de lei que cuide de questão de caráter eminentemente administrativo. Isto é, há razoabilidade do direito invocado, uma vez que a norma de iniciativa parlamentar, dispondo sobre matéria aparentemente de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, ofende o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Lembre-se que as regras de fixação para desencadear o processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes. É ele que organiza, inclusive, o inter-relacionamento do Executivo e do Legislativo das várias pessoas políticas. Como leciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: "o aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante". E o processo legislativo fixado na Constituição da República, sem azo à controvérsia, é cogente para todos os entes federativos.

Presente, igualmente, o requisito do periculum in mora, dada a evidência do perigo da demora para a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

Ademais, neste sentido já decidiu este Col. Órgão Especial, à unanimidade, por ocasião do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 990.10.057845-6: Ação direta de inconstitucionalidade - Lei nº 3.810/05, do município de Mauá - Proibição de instalação de radares de velocidade em vias públicas - Matéria afeta à administração da Municipalidade - Iniciativa legislativa exclusiva do Executivo - Ofensa ao princípio da separação e independência dos Poderes - Criação de despesas sem indicação dos recursos disponíveis ao custeio - Inconstitucionalidade reconhecida - Norma portadora de vício congênito, que sequer produziu eficácia revogatória - Declaração de inconstitucionalidade, ademais, da Lei nº 3.206/99, por idênticas razões - Ofensa de ambas as leis aos artigos 5º, 25, 47, II, e 144, da Carta Paulista - Pedido procedente.

Do exposto e, sempre ressaltando que se está diante de requerimento de concessão de providência cautelar, à qual se deve dar uma cognição sumária,

Acesso ao Sumário

concedo a liminar para suspender com efeito ex nunc a eficácia da Lei Municipal nº 3.615/13, de Poá."

A Procuradoria Geral do Estado manifestou-se no sentido de não ter interesse na defesa do ato impugnado (fls. 61/63). Foram prestados esclarecimentos pela Câmara Municipal de Poá (fls. 65/71) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela inconstitucionalidade da norma (fls. 78/86).

É o relatório.

Impende reconhecer na lei ora em debate, vício de iniciativa decorrente da ofensa aos princípios da independência e harmonia dos poderes, insculpidos no artigo 5º, *caput* da Constituição do Estado de São Paulo, porque houve, de fato, invasão na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo.

Com efeito, sob premissas basilares repartem-se as funções do Estado. Uma é a função de administrar. Outra é a de legislar. Dessa dicotomia, por força do princípio da separação de poderes - verdadeira cláusula pétrea entre nós - criaram-se o Poder Executivo e o Poder Legislativo, nas quatro esferas federativas da República do Brasil, sendo ao primeiro, incumbida a função típica de administrar e ao segundo, em par com a função típica de fiscalizar os atos do poder público, a de legislar. No âmbito do Estado federado de São Paulo, essa separação de funções está formalizada no artigo 5º de sua Constituição.

Assim, quando para administrar se faz necessária lei precedente, por vezes o legislador constituinte originário retira o diploma legislativo correspondente do arco da iniciativa geral e o restringe à iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, disposição essa encontradiça na Constituição da República, especificamente no artigo 62, parágrafo 1º, II, *e*, quando trata da criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

A matéria é atinente ao processo legislativo e convergem doutrina e jurisprudência, esta do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para a afirmação de que as regras referentes ao procedimento de elaboração de leis, fixadas na Carta Magna, são de observância obrigatória para todos os entes federativos.

Ora, na medida em que a lei aqui combatida proíbe a instalação de radares fotográficos para a medição de velocidade de veículos automotores, está a mesma interferindo nas atribuições de caráter administrativo de órgão público municipal e, por isso, vedada a iniciativa legislativa ao Poder Legislativo Municipal por um seu parlamentar.

Bem se vê que, no caso dos autos, a Câmara Municipal ao editar a lei ora atacada, usurpou do executivo local atribuições que lhe são pertinentes.

Nessa conformidade, a Câmara Municipal ao editar a lei em apreço contrariou normas constitucionais e não respeitou a independência e separação de poderes.

Já decidiu esta Corte, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 175.625-0, Relator Des. A. C. Mathias Coltro: *'EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL, DE INICIATIVA DE VEREADOR, QUE DISPÕE SOBRE A PINTURA DE FAIXA NAS VIAS PÚBLICAS, PARA INDICAR A PRESENÇA DE EQUIPAMENTO ELETRÔNICO DE FISCALIZAÇÃO DE VELOCIDADE - VÍCIO DE INICIATIVA - MATÉRIA INSERIDA NA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO - VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 47 , II E XIV, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS EX VI DO ARTIGO 144 DA MESMA CARTA - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA - AÇÃO PROCEDENTE.*'.

Incorporo ao acórdão a bem posta manifestação do preclaro Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico Sérgio Turra Sobrane:

"*Importante ainda consignar que as regras de trânsito no âmbito municipal, atendidas as regras gerais do Código de Trânsito Brasileiro, encontram-se na gestão administrativa da Cidade, privativa do Poder Executivo.*

Nos termos do art. 21, VI, do Código de Trânsito Brasileiro, compete aos órgãos e entidades executivas rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição, executar a ***fiscalização de trânsito****, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar.*

A atividade de ***fiscalização de trânsito*** *- definida no Código de Trânsito Brasileiro (Anexo 1 - Dos conceitos e definições) consiste no* 'ato de controlar o cumprimento das normas estabelecidas na legislação de trânsito, por meio do poder de polícia administrativa de trânsito, no âmbito de circunscrição dos órgãos e entidades executivos de trânsito e de acordo com as competências definidas neste Código.'.

Neste sentido dispõe o Código de Trânsito Brasileiro ao estabelecer que:

'Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

(...)

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;

(...)'

Acesso ao Sumário

Evidente que se trata de atribuição conferida a órgão do Poder Executivo, pela própria dicção do termo utilizado 'órgão executivo de trânsito', portanto, inviável sua regulamentação por iniciativa do Poder Legislativo.

Os problemas decorrentes do trânsito nas cidades exigem estudo e planejamento para a adequada solução dos transtornos que podem provocar aos munícipes, atividades relacionadas à gestão administrativa.

Por este motivo, cabe essencialmente ao Poder Executivo, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e da oportunidade do controle de velocidade através da instalação de radares fotográficos. A atuação administrativa que decorre de escolha política de gestão, na qual é vedada intromissão de qualquer outro poder.".

Pelo exposto, ***julgo procedente a presente ação para declarar, com efeito ex tunc, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.615/2013, do Município de Poá***.

Anoto que essa decisão já tem o condão de suspender a execução da mencionada lei, não havendo necessidade de que seja comunicada à Câmara Municipal para que o faça, pois o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar inconstitucional o parágrafo terceiro do artigo 90, da Constituição do Estado de São Paulo. Adotou a Corte Suprema jurisprudência dela própria, no sentido de reconhecer a competência do Tribunal de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, parágrafo 2º), ainda que esses dispositivos consistam em reprodução de preceitos da Constituição Federal. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, outrossim, que, por se tratar de representação de inconstitucionalidade, uma vez que, concluindo o Tribunal pelo conflito de normas, não mais se poderia cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal (RE 199293/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2004).

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0183840-62.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALESSANDRO JOSÉ ALVES BATISTA, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Just iça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 22.969)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Agravo regimental. Negação de liminar em mandado de segurança. Impetração contra ato que tornou insubsistente nomeação para cargo público por se constatar que o candidato apresentava condenação criminal passada em julgado, cuja presença fora omitida. Art. 47 inc. V, Lei estadual 10.261/68. Fumaça do bom direito não caracterizada. Regimental improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental tirado de despacho no qual o relator negou liminar em mandado de segurança impetrado em face de decisão do Governador do Estado que tornou insubsistente a nomeação do impetrante para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária.

O recorrente insiste no deferimento da liminar e, para tanto, afirma que estavam presentes a fumaça do bom direito e o risco de dano consequente à demora.

Assim, ele salienta que evidenciava a sua boafé, quanto à acusação de ter omitido informação sobre condenação criminal, a particularidade de ter apresentado à administração atestado de antecedentes criminais e certidão do distribuidor forense, dos quais não constava aquela ocorrência.

Ao lado disso o agravante diz caracterizado o risco de dano pela negação da liminar, já que além de ter deixado de receber salários ele foi agora chamado a restituir os valores recebidos a partir da posse.

A decisão foi mantida.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A impetração se volta contra ato que invalidou a nomeação do impetrante para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária ante a constatação de ter ele, quando do concurso de ingresso, omitido informação sobre o fato de ter sofrido condenação criminal passada em julgado.

O impetrante não negou ser aquela a realidade, mas sustentou ter agido em boa fé, o que desautorizava a invalidação, tendo sob tal fundamento postulado a concessão de liminar destinada a mantê-lo no cargo.

Ao despachar a petição inicial o relator não identificou, contudo, a presença dos requisitos para o deferimento daquele pleito, requisitos esses que sabidamente são cumulativos.

Lembre-se, a propósito, que a liminar em mandado de segurança atua como antecipação da medida que se reclama para o final julgamento.

Por isso, aqui não bastava o só fato de o impetrante temer sofrer lesão financeira caso tivesse de aguardar o desfecho da impetração, eis que se afigurava imprescindível, também, a mínima indicação da chamada fumaça do bom direito.

Pois à parte aprofundada aferição valorativa do tema, possível não era, na espécie, dizer presente aquele segundo requisito.

Afinal, o próprio impetrante admitiu ter anteriormente à nomeação sofrido definitiva condenação criminal, fato que consoante o artigo 47, inciso V, do Estatuto dos Funcionários Públicos impedia a posse no cargo.

Ao lado disso, ele confirmou ter deixado de noticiar a existência daquela condenação ao responder à indagação específica contida no questionário destinado à "*comprovação de idoneidade e conduta ilibada*" (fls. 104).

É verdade ter o impetrante enfatizado que agiu em boa fé.

Assim, segundo disse, ele só respondeu negativamente ao questionário porque supôs ter sido absolvido, não sabendo explicar o motivo pelo qual aquela condenação não apareceu no atestado de antecedentes e na certidão do distribuidor forense.

Ora, é evidente que o exame da condição subjetiva do impetrante fugia dos limites da impetração, assim como a indagação do motivo pelo qual as certidões que ele obteve não apontavam aquela condenação.

Acesso ao Sumário

Aqui importava, sim, o fato objetivo de que anteriormente à nomeação o impetrante sofrera condenação criminal definitiva e disso não dera noticia à Administração.

E segundo justificou a autoridade, ante a dicção dos artigos 47 da Lei 10.261/68 e 4° da Lei Complementar nº 959/2004 a só presença daquela condenação autorizava tornar insubsistente a nomeação.

A noticiada boa fé do impetrante não teve relevância, portanto, nem mesmo perante a própria Administração como se vê no parecer no qual se baseou a decisão atacada na impetração (fls. 302).

Sob tal quadro, portanto, não se havia mesmo de dizer revelada a fumaça do bom direito, requisito para a concessão da liminar.

Cabe anotar que foge do objeto da impetração, delimitado na petição inicial, a agora noticiada determinação para o funcionário devolver os valores recebidos, ordem que, por isso, o interessado deve com meios próprios.

Incidentes de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0111207-53.2013.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 15.462)**

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, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUOURO PADIN, RENATO NALINI, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BARTOLI, E RUY COPPOLA.

São Paulo, 4 de agosto de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 4°, da Lei Complementar nº 353, de 06 de dezembro de 2011, do Município de Dracena-SP. Exigência de tempo mínimo de formação. Violação ao princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio adequação. ARGUICÂO ACOLHIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade arguido no curso do recurso de Apelação nº 0002361-54.2012.8.26.0168, conforme v. Acórdão reproduzido às fls. 121/129, pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor Carlos Eduardo Pachi, com assento na Colenda 9ª (Nona) Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, questionando a adequação constitucional do § 1º, do art. 4º, da Lei Complementar nº 353/2011, do Município de Dracena.

Reconhecida a prejudicial ao desate do feito, tendo em vista a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97, da Constituição Federal, foi suscitado este incidente de inconstitucionalidade.

Os autos foram distribuídos a este Relator (fls. 134).

O Douto Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, às tis. 137/142, manifestou-se pelo acolhimento da presente arguição de inconstitucionalidade.

Neste caso, a presente forma de controle difuso de constitucionalidade visa discutir a adequação constitucional do § 1º, do art. 4°, da Lei Complementar nº 353/2011, do Município de Dracena, que possui a seguinte redação: "**Fica estabelecido como requisito para a lotação do cargo formação em Pedagogia ou Psicologia com Especialização em Psicopedagogia a, no mínimo, 01 (um) ano, e inscrição no respectivo conselho de classe para as profissões regulamentadas.**" (fls. 65).

Conforme entendimento apresentado no v. Acórdão copiado às fls. 220/224, de Relatoria do Nobre e Culto Desembargador Doutor Carlos Eduardo Pachi, com assento na Colenda 9ª (Nona) Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, o requisito apresentado no § 1º, do art. 4°, da Lei Complementar nº 353/2011, do Município de Dracena, não atenderia, objetivamente, a verificação de qualificação técnica, não sendo, portanto, razoável ou proporcional.

Nesse sentido, pontuou o Nobre e Culto Desembargador Doutor Carlos Eduardo Pachi: "**Deveras, conforme bem ponderado pelo Juízo a quo, o critério meramente temporal (tendo como dies a quo a conclusão de curso de especialização) desprovido de qualquer vinculação com a efetiva atuação profissional, não atende a finalidade (legítima em essência) da exigência de qualificação técnica do candidato a cargo público, cujo critério - tempo de exercício de atividade profissional - deve ser objetivo, razoável e proporcional.**" (fls. 125)

O claro e escorreito entendimento supradestacado merece prosperar, visto que a exigência contida no § 1º, do art. 4º, da Lei Complementar nº 353/2011, do Município de Dracena, é, com o devido respeito, desproporcional.

De plano, importante destacar que o princípio da proporcionalidade é

fundamento idôneo para analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, visto que se cuida de requisito material implicitamente previsto na Constituição Federal, extraível - conforme o posicionamento adotado - do próprio Estado Direito (art. l º, CRFB), do princípio do devido processo legal (art. 5°, inciso LIV, CRFB) e/ou do conteúdo dos direitos fundamentais:

> **"No Brasil, em bora a Constituição da República de 1988 não consagre expressamente a proporcionalidade, entende-se que está nela implícita. Aliás, alguns autores a derivam do Estado de Direito, outros a fundamentam do próprio conteúdo dos direitos fundamentais, e uma parte dos autores acredita deriva r do devido processo legal (os que entendem ser a proporcionalidade e a razoabilidade conceitos fungíveis).**
>
> **De fato, o seu funda mento de validade é apontado pela doutrina nacional como sendo: o Estado de Direito, o devido processo legal, o princípio da legalidade, o catálogo geral dos direitos fundamentais, a unidade da Constituição ou mesmo na conjugação desses critérios."**[1]

Nesse sentido, analisando a constitucionalidade de determinadas leis sob o viés do princípio da proporcionalidade, já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

> **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDICÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXA ÃO DE METAS CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFACÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendi mento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permita m que todos continuem a utilizar-se, moderadamente,**

Acesso ao Sumário

1 Valeschka e Silva Braga, "Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade", 2ª edição, 2008, p. 81/82.

de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4°, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5°). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADC 9, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001, DJ 23-04-2004 - destaque adicionado)

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. (ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008 - destaque adicionado)

Nesse ponto, o Ilustre Representante do Ministério Público bem destacou:

"A ofensa ao princípio da razoabilidade tem servido, em julgados desse E. Tribunal de Justiça, ao reconhecimento da inconstitucionalidade de leis que criam ônus excessivos e desnecessários para seus destinatários ou para o próprio Poder Público (Nesse sentido: ADI 152.442-0/1-00, j. 07.05.08, v.u., rel. des. Penteado Navarro; ADI 1 50.574-0/9-00, j. 07.05. 08, v.u., rel; des. Debatin Cardoso).

Em sede doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes, examinando a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Pretório Excelso, anotou 'de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)' (cf. A proporcionalidade na jurisprudência do STF, publicado em Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos Editor, 1998, p. 83)." (fls. 141 - destaque adicionado)

Acesso ao Sumário

Pois bem, para verificação de violação ou observância do princípio da proporcionalidade, é imprescindível a análise de seus subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

E, mais, exige-se a análise na ordem exposta (1° adequação; 2º necessidade e; 3° proporcionalidade em sentido estrito) e o respeito, concomitante, a todos esses subprincípios; do contrário, estar-se-á violado o princípio da proporcionalidade e, por conseguinte, constatado vício material de Inconstitucionalidade.

Por oportuno, na obra denominada "Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade", de autoria de Valeschka e Silva Braga, ao abordar a questão, enuncia a Ilustre Autora:

> **"É possível extrair da Jurisprudência Alemã elementos da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitgebot). Decisão célebre do Bundesverfassungsgericht sobre armazenagem de petróleo (Erdölbevorratung), datada de 16.03.1971, merece sempre referência: O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível ao direito fundamental.**
>
> **Os subprincípios (elementos, aspectos, dimensões ou princípios parciais) da proporcionalidade são: adequação (Geeignetheit) ou conformidade - correspondência entre meio e finalidade; exigibilidade (Erforderlichkeit) ou necessidade escolha do meio mais suave; e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit im engeneren sinne) - as vantagens da medida devem superar os sacrifícios.**
>
> **Enquanto a necessidade e a adequação são verificadas diante das possibilidades fáticas (tatsächlichen Möglichkeiten), a proporcionalidade em sentido estrito é verificada com base nas possibilidades jurídicas (rechtlichen Möglichkeiten), observando-se sempre que a efetivação de um princípio não pode gerar o aniquilamento de outro.**
>
> **Os elementos devem ser atendidos concomitantemente, pois somente através da trifásica aplicação, pode ser concretizado, eis que, insatisfeito qualquer daqueles, a medida ou ato será considerado(a) desproporcional.**
>
> **Existe, em verdade, uma ordem predefinida para a aplicação desses elementos, relacionados de forma subsidiária no sentido de que somente se passa à análise dos subprincípios seguintes se o anterior**

Acesso ao Sumário

tiver sido atendido. Assim, para a apuração da proporcionalidade de uma medida, nem sempre se percorre todo o caminho da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira verificação que o intérprete deve fazer é se há adequação na medida, ou seja, se é ela apta a atingir o fim colimado. Em seguida, avalia-se a sua necessidade, detectando se é, efetivamente, o meio menos gravoso para a consecução do desiderato. Derradeira mente, certifica-se o aplicador de que os bônus são superiores aos sacrifícios impostos para a manutenção de um dos bens em conflito."[2]

No que tange ao primeiro subprincípio, segundo o Ilustre Professor André Ramos Tavares, a adequação: "**(...) representa a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado.**"[3]

In casu, ao exigir tempo mínimo de 1 (um) ano do término da Especialização em Psicopedagogia, o § l º do art. 4°, da Lei Complementar nº 353/2011, tem como escopo, em tese, a seleção de candidato mais experiente e qualificado para cargo de público de Psicopedagogo.

No entanto, com o devido respeito, o meio é inadequado ao fim pretendido, porquanto o critério meramente temporal, sem vinculação a nenhuma exigência de efetiva atividade na profissão de Psicopedagogo, não faz presumir qualificação técnica ou experiência na área.

Ao contrário, considerando apenas o critério temporal, inevitavelmente, se alcançará o objetivo oposto, pois poderá ser considerado apto um candidato que, durante esse período de 1 (um) ano, não exerceu a profissão, enquanto será classificado como inapto outro que tenha efetivamente desempenhado o oficio por apenas 11 (onze) meses.

Aliás, não por outra razão, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou-se a exigir, para o ingresso na carreira da Magistratura e do Ministério Público, **"no mínimo, três anos de atividade jurídica"** (art. 93, inciso I, e 129, §3°, da Constituição Federal - destaque adicionado).

Nessa senda, mais uma vez, correto foi o entendimento esboçado pelo Ilustre Representante do *Parquet*:

"Depreende-se, claramente, que referida norma é inconstitucional, pois a exigência temporal, única e exclusivamente, não funciona como critério para aferir prévia experiência. Assim, há nítida ofensa à razoabilidade.

Mesmo que se reconheça que a exigência de experiência prévia não ofende o princípio da isonomia, claro está que o critério meramente temporal, isoladamente, não permite avaliar a qualificação

Acesso ao Sumário

2 Ibidem, 2008, p. 110.

3 André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva ,2 012, p. 780.

técnica de candidatos. Ademais, o ato normativo impugnado que a instituiu contraria o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e tem assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos municípios por forca do a art. 144 da mesma Carta.

(...) O ato normativo impugnado, de fato, fere o princípio da razoabilidade.

A solução encontrada pelo legislador foi inadequada, tendo em vista os objetivos que pretendia alcançar. Percebeu-o, com sensibilidade, o membro do Ministério Público oficiante em primeiro grau, ao obtemperar que "trazer previsão de tempo de formado, por si só, sem qualquer vinculação com a função a ser desempenhada, que denote maior capacidade técnica ou qualquer outro qualificativo que diferencie o postulante a vaga dos demais profissionais, não encontra respaldo nas máximas da proporcionalidade e razoabilidade", concluindo que "não há lógica para trazer como exigência tempo mínimo de 01 ano para a função de psicopedagogo, sem o necessário liame com a experiência profissional, circunstância geradora de discriminação infundada entre os candidatos" (fls. 72/75)." (fls. 140 e 142 - destaque adicionado)

Dessa forma, com o devido respeito, a exigência prevista no § 1º, do art. 4°, da Lei Complementar nº 353, de 06 de dezembro de 2011, do Município de Dracena, viola o princípio da proporcionalidade, de modo que é de rigor o reconhecimento incidental de sua inconstitucionalidade.

Ante o e posto, nos exatos termos acima lançados, acolhe-se a presente arguição de inconstitucionalidade, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § l º, do art. 4°, da Lei Complementar nº 353, de 06 de dezembro de 2011, do Município de Dracena-SP.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0137286-69.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 26886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GONZAGA

FRANCESCHINI (Presidente), GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES N ETO , ANTON IO CA R LOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN , RENATO NALINI , ROBERTO MAC CRACKEN , GRAVA BRAZIL , PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ALVARES, ARANTES THEODORO, DAMIÃO COGAN e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade de lei municipal. Flagrante violação a preceitos fundamentais, como o da livre iniciativa, direito de propriedade urbana e de direito industrial, ao se proibir a instalação, no Município, de lojas e departamentos de compra e venda de sucatas e peças recicláveis, proibindo expansão de lojas e venda para terceiros. Arguição acolhida.

VOTO

Vistos.

A ilustrada 5ª Câmara de Direito Público, em Acórdão adequadamente motivado, suscita pronunciamento do Órgão Especial sobre a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1°, da Lei Complementar 33/2007, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, cujo texto é o seguinte:

"Art. 1º. Fica proibida a instalação de novos estabelecimentos comerciais destinados ao desmanche de veículos, comércio de peças usadas, depósito de ferrovelho e congêneres, em todo o território do Município de Santa Bárbara D'Oeste.

§1º - Os estabelecimentos dedicados a esse ramo de atividade que se encontrarem totalmente regularizados na data da promulgação desta lei, poderão manter-se em funcionamento no mesmo local onde se encontrarem instalados, vedada toda e qualquer forma de alienação do estabelecimento para terceiros, bem como alterações do objeto do contrato social, mudanças de endereço, ampliações e abertura de filiais, sob pena de cancelamento da inscrição municipal e cassação do respectivo alvará de funcionamento".

O incidente surgiu em mandado de segurança impetrado por uma empresa individual (M.R. DA SILVA AUTO PEÇAS ME.), contra decisão administrativa

Acesso ao Sumário

de “encerramento de atividades do estabelecimento” e que foi emitida para aplicação da norma municipal citada. O impetrante já estava estabelecido no ramo “de comércio varejista de peças novas e usadas para veículos” e resolveu ampliar o espaço físico para alocação de sucatas e equipamentos que permitem aproveitamento de peças, alongando o depósito para terreno vizinho, que foi objeto de contrato de locação. Exatamente por defender direito legitimo de expandir seu ramo de atividade licita é que move o impetrante a denunciar que a lei local afronta textos da Constituição Federal, notadamente o art. 170, que ao dispor sobre a ordem econômica, assume que a livre iniciativa é um dos pilares do desenvolvimento sustentável e da capacidade do individuo conquistar cidadania digna.

A r. sentença proferida na 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Bárbara D’Oeste foi favorável ao impetrante (fls. 116/117), tendo o Município manejado recurso de apelação (fls. 101) baseado no fato de ter legislado em defesa do consumidor, porque peças usadas e que retornam ao comércio afetam o fator segurança dos veiculos que as empregam, anotando, ainda, que a norma protege o meio ambiente, porque reciclagem de peças prejudicam a normal funcionalidade dos motores, contribuindo para exalar fluidos tóxicos (tis. 133).

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça emitiu pronunciamento pelo conhecimento e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade, endossando, assim, a sugestão do Procurador, Dr. Ricardo Dias Leme, pelo não provimento do recurso (fls. 157) .

É o relatório.

A LC 33/2007, de Santa Bárbara D’Oeste violenta direitos assentados em valores fundamentais da liberdade de comércio e que chega ao patrimônio (direito industrial relacionado com a transferência do estabelecimento) e as prerrogativas da propriedade urbana, e não cabe prestigiá-la, ainda que, agora, se tome conhecimento de motivos que foram suscitados para justificar um controle excessivo (restritivo e proibitivo) da atividade relacionada com revenda de peças usadas e aproveitáveis das sucatas e salvados.

Cabe referir, como ponto de partida para uma breve fundamentação, que não há ilicitude ou qualquer ilegalidade com o serviço que antes era denominado de “depósito de ferro velho” e que hoje ganhou denominação contemporânea à valorização do papel da reciclagem e reposição de usados, embora paire uma névoa de suspeita pela intromissão do desmanche de mercadorias roubadas e furtadas, um negócio indigno. Contudo e ressalvada que cabe rigorosa repressão policial à interferência criminosa de inescrupulosos agentes que recepcionam mercadorias sem exame da procedência delas, é incontroverso a função contributiva da expansão desse mercado decente para que um contingente expressivo de adeptos da profissão ocupem tempo e investimento em prol do desenvolvimento de comércio regular e rentável, favorecendo, economicamente,

um setor dependente da reutilização de produtos que não comportariam, ainda, o lixo como destino final.

O ordenamento local simplesmente proibiu essa atividade e, ao manter o direito adquirido daqueles autorizados, eliminou a expansão e o direito de trespasse (transferência do estabelecimento), o que contraria radicalmente o princípio da liberdade de trabalho, excluindo iniciativas legítimas (art. 170, da CF) e do direito de propriedade industrial (art. 5º, XXIX, da CF). Contudo e em relação ao caso concreto, entra em análise a faculdade legítima de o empresário ampliar o seu local de trabalho e armazenamento da matéria prima, porque a norma veda "ampliação". Evidente que essa proibição, a exemplo do que acontece com a forma genérica da interferência em atributos essenciais dos sujeitos, afronta não somente o direito do comercial (que está autorizado a trabalhar no Município, conforme demonstram os alvarás concedidos) de ter sua atividade aperfeiçoada ou adaptada ao mercado que reclama melhoria ou ampliações, como o do proprietário do terreno que foi locado para receber o anexo, porque também arranha o direito previsto no art. 5°, XXII, da CF, porque a utilização, como terreno de abrigo de sucatas atende a uma função social.

Os motivos elencados pela Municipalidade em prol da legislação invasiva não convencem. O consumidor que procura peças de segunda ou terceira mão para preencher suas necessidades, age sempre com a consciência alerta da precariedade desse tipo de mercadoria com preço acessível, o que permite afirma que compreende perfeitamente o risco da sua escolha. O ordenamento protege o consumidor dentro do possível e a lei municipal não poderá interferir no livre arbítrio dos indivíduos, como se estivesse mirando um sujeito débil e incapaz de atuar na esfera normal de razoabilidade pelas múltiplas alternativas legais. O sistema permite a compra e venda de peças usadas e cada um deverá ter responsabilidade própria pela opção a tal comércio.

Quanto a proteção ao meio ambiente, não poderia a norma municipal proteger algo que não foi indicado como fator de poluição, não existindo a menor referência estatística ou científica de que os veículos com motores retificados com peças usadas, sofram transformações propulsaras de fluidos pestilentos da atmosfera, o que não autoriza proibir o comércio de peças com vida útil persistente. Ademais, a grande proporção da revenda não repousa em componentes de motores, mas, sim, de peças avulsas de interesse de funilaria e outros itens, como lanternas, vidros e equipamentos internos, coisas que não degradam o ambiente.

Isso posto, acolhem a arguição para reconhecer e declarar a inconstitucionalidade da LC 33/2007, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, retornando à Câmara para prosseguir no julgamento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0144361- 62.2013.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 30364)**

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 LUIZ PIRES NETO, 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, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade - Parágrafo único do art. 221 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Franco da Rocha - Previsão de pagamento, em caso de falecimento do vereador, de subsídio ao cônjuge ou a concubina, ou, na falta de uma destas, aos filhos, concernentes às sessões ordinárias, até o final do mandato que seria cumprido - Inconstitucionalidade reconhecida.

1 - Os regimentos internos são atos administrativos normativos destinados a disciplinar funcionamento de órgãos colegiados e corporações legislativas, não podendo ser aplicados aos particulares em geral.

2 - Não se pode inserir em regimento de casa legislativa conteúdo de lei ordinária estranho aos assuntos internos, principal mente quando distanciado do interesse público primário.

Arguição de inconstitucionalidade procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 221 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Franco da Rocha, suscitado pela Décima Terceira Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em recurso de Apelação autuado sob o número 0012258-50.2011.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, relatado pela Desembargadora Luciana Bresciani, no qual é apelante Ana Carolina de Palma e França e apelado o Presidente da Câmara Municipal de Franco da Rocha.

Segundo se depreende do exame destes autos, a Câmara suscitante, observando o disposto na Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu o julgamento do recurso de apelação acima e, a teor do artigo 97 da Constituição Federal, determinou a remessa dos autos a este Colendo Órgão Especial, por considerar correta a conclusão do juízo de primeiro grau no sentido de denegar a ordem postulada pela impetrante, porque regimento interno "*não pode criar, modificar ou extinguir direitos de terceiros que não fazem parle da atividade ligada à Câmara Municipal*".

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da declaração de inconstitucionalidade (cf. fls. 193/ 199).

É o relatório.

O parágrafo único do artigo 221 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Franco da Rocha, colocado em vigência por meio da Resolução nº 012/99, estabelece que:

"*Em caso de falecimento do vereador, sua esposa legitimamente casada ou a concubina (sociedade de fato), ou, na falta de uma destas, os filhos, terão direito a receber o subsidio do falecido, concernente às Sessões Ordinárias, até o final do mandato a que este cumpria*".

Com supedâneo nesta disposição, Ana Carolina de Palma e França impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Franco da Rocha consistente na negativa de reconhecimento de seu direito aos subsídios de seu falecido esposo, então vereador, referentes às sessões ordinárias, até o final do mandato que ele cumpriria.

A postulação foi denegada considerando-se que "*regimentos internos são atos administrativos normativos, que desempenham funções destinadas a disciplina o funcionamento de órgãos colegiados e de corporações legislativas. Assim, destinam-se tão-somente, àqueles que possuem atribuições funcionais, não podendo ser aplicado aos particular es em geral*", ou seja, "*a matéria de recebimento de subsídio, seja ou não a título de pensão por morte em favor da esposa de vereador falecido, não pode ser apreciada por meio de Regimento expedido pela Câmara Municipal de Franco d a Rocha, por se tratar-se de matéria que deve ser disciplinada exclusivamente por lei, e, ainda, nos termos da Constituição Federal*" (cf. fls. 151/ 154).

A Câmara suscitante, anotando que o parágrafo único do artigo 221 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Franco da Rocha, "*extrapola o âmbito que lhe foi reservado*"; uma vez que "*ao inserir no regimento da Casa Legislativa conteúdo de lei ordinária estranha aos assuntos internos a ele reservados, a vereança, privou o chefe do Poder Executivo do exercício do controle preventivo e político, com o que, reflexamente, ofendeu o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da Constituição Federal)*", concluiu tratar-se de disposição inconstitucional, com supedâneo nos ensinamentos doutrinários de Hely Lopes Meirelles[1] e de José Afonso da Silva[2], acrescentando:

"*Ademais, ao prever benefício de pensão por morte por meio de Regimento Interno da Câmara Municipal, sem a correspondente fonte de custeio, desrespeitou a lei de diretrizes orçamentárias, e, consequentemente, a Constituição Federal*". (cf. fls. 177/ 185).

Mencionado posicionamento se revela acertado.

Com efeito, apreciando legislações criadas com mesma finalidade, este Colendo órgão Especial[3] manifestou-se, no que interessa para o deslinda desta controvérsia, nos seguintes termos:

"Ora, diante do conteúdo das Leis locais acima especificado, não é necessária grande digressão sobre o tema para reconhecer o seu distanciamento do interesse público primário, na medida que concedem prerrogativa extraordinária a ex-autoridades públicas locais e seus dependentes, o que é vedado pelas normas e princípios que regem a ad ministração pública, insculpidos na Constituição Federal e reproduzidos na Constituição Bandeirante, válidos para todas as esferas de governo, e cuja inobservância ocasiona ultima ratio a vulneração ao princípio-vetor da moralidade administrativa.

Tratando do tema "moralidade administrativa" Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, esclarece que "...a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima". E a seguir complementa:

"Já disse o notável Jurista luso - Antônio José Brandão - que 'a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos

Acesso ao Sumário

1 Direito Municipal Brasileiro, 16ª edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 687/688.

2 Comentário Contextual à Constituição, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 411/412.

3 Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265581-95.2011.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, relator Desembargador José Reynaldo, j. 18 de janeiro de 2012.

romanos. A luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinando por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum'.

A moralidade administrativa está intima mente ligada ao conceito do "bom administrador", que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, 'é aquele que, usando d e sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum'. Há que conhecer, assim, as fronteiras do licito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos. E explica o mesmo autor: 'Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador'.

O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí porque o TJSP decidiu, com inegável acerto, que 'o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo' (TJSP, RDA 89/134, sendo o acórdão da lavra d o Des. Cardoso Rolim)". (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª Ed., Malheiros, 1997, p. 84/ 85).

O E. Supremo Tribunal Federal, apreciando caso análogo ao presente pronunciou-se pela inconstitucionalidade da concessão de beneficio mensal vitalício nos moldes do ora discutido, beneficio que naquele caso foi implementado, inclusive, por norma Constitucional d o Estado, como se colhe da ementa do acórdão abaixo reproduzido:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2006, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. Acréscimo do art. 29-A, Caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição sul mato-grossense. Instituição de Subsídio Mensal e vitalício aos ex-governantes daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual Chefe do Poder Executivo Estadual. Garantia de Pensão ao Cônjuge Supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo Titular. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006,

os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsidio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse beneficio seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados em 'caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'beneficio', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1°, 5°, caput, 25, § 1°, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1°, inc. I e II, e 195, § 5°, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato d as Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul" (STF, ADI 3.853-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmem Lúcia, 12.9.2007, DJ 26.10.2007, p. 29, RTJ 203/139)".

No mencionado precedente, a Ministra Carmen Lúcia consignou:

"No direito brasileiro, em termos de institutos de direito administrativo e previdenciário, não se há baralhar subsídio, beneficio, vantagem, provento e pensão, cada qual nomeando uma categoria de pagamentos devidos a agentes ou servidores perfeitamente identificados e para os quais se definem, no sistema, os regimes próprios.

Anote-se de imediato: nenhum deles significa privilégio. Esse ainda que rotulado com o nome de qualquer d aqueles, não se compatibiliza com o direito constitucional republicano em vigor.

Subsídio é a contraprestação pecuniária relativa a cargo público, instituída por lei para os agentes públicos constitucionalmente definidos (art. 37, incs. I e XI e art. 39, § 4°), pelo qual se fixa o pagamento único devido, mensalmente, pelo desempenho das funções estatuídas.

Beneficio é o direito legalmente conferido a alguém e que se expressa em pecúnia, como um acréscimo ao patrimônio jurídico do agente público ou de cidadão que faça jus ao bem (assim é que se refere a um beneficio acrescido em valor incluído na remuneração do agente público ou, por exemplo, a beneficio previdenciário).

Vantagem é o direito conferido legalmente a alguém e que se expressa em proveito que pode ser representado, ou não, em pecúnia, sendo um plus ao que percebe o agente público como vencimento. Assim, férias, licenças, acréscimos remuneratórios decorrentes de condições pessoais, como o tempo de provimento e exercício das funções inerentes a um cargo ou a superior produtividade no

Acesso ao Sumário

seu desempenho, dentre outros critérios, podem ensejar a concessão legal de vantagens às quais faz jus o servidor público, nos casos e condições previstas legal mente.

Provento é o estipêndio percebido pelo aposentado - seja d o setor público ou não - como referência pecuniária do que lhe é devido pelo sistema de seguridade social público ou privado.

Pensão é o valor pago aos dependentes após a morte do segurado, nas condições previstas em lei ou em contrato especifico".

O que sob o rótulo normativo se apelidou subsidio, subsidio não é. No direito, como se sabe, o nome não transforma a realidade sob ele se encobre.

(....).

"O que a Constituição da República dotou de conteúdo específico a ele há de se ater o constituinte derivado - o reformador ou o estadual - e o legislador infraconstitucional, a fim de que o Direito promova a compreensão, e não a confusão dos conceitos em desrespeito ao direito das pessoas de entenderem do que cuidam as normas no sistema segundo a qual vivem".

No caso, a verba pecuniária pretendida pela impetrante claramente constitui privilégio que afronta ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, desconsiderando-se a necessidade de observância, para todos os cidadãos, do regime geral da previdência.

Aliás, na lição de João Barbalho[4]:

"Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos imana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituído pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não têm que influir nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública em qualquer de seus ramos. A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos. E a desigualdade, além de injusta e injurídica, é impolítica. Em que fundamento se faria repousar uma organização política, dando mais direitos, mais garantias, mais vantagens, a uns do que a outros membros da mesma comunhão? Não seria n'um principio de direito. A ausência desse princípio cria sua situação irritante, de desgosto, de animadversão, de hostilidade contra os favorecidos, contra os privilegiados. Outrora, os povos a suportavam e era mantida pela ignorância e fraqueza dos prejudicados; mas hoje que, à luz d a civilização, os povos vão conhecendo os que valem, pela consciência d e seus direitos, o privilégio lhes é uma afronta e provocação, constituindo reação e perigo para a ordem estabelecida. Finalmente, de todas as formas de governo é a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela...

Acesso ao Sumário

4 Constituição Federal Brasileira, Comentários, Rio de Janeiro, F. Birguit e Cia., Editores, 1924, p. 407/8.

A igualdade repele o privilégio, seja pessoal, seja de família, de classe ou de corporação. Nas monarquias 'os títulos e honras, quando bem distribuídos, além de servirem de recompensas nacionais, servem também de ad amos e de solidez à grande pirâmide em cujo cimo está colocado o trono...' É do que absolutamente não precisa a República. E lhes são tais coisas essencialmente contrárias, desde que envolvem ou acarretam quaisquer regalias, vantagens e isenções; nela, conforme proclama o preâmbulo da Lei nº 277 F, d e 22 de março de 1890, 'cada cidadão deve contentar-se com a satisfação íntima de ter cumprido o seu dever e com a consideração pública que daí lhe deve provir'.

Celso Antônio Bandeira de Mello[5] também ensina, *"...a discriminação não pode ser gratuita e fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial ao guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio d a isonomia*".

(....).

"Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada".

Nesta mesma direção, de hipótese igualmente semelhante[6], se extrai:

"Promover a destinação de valores públicos a interesses que se afastam dos interesses da coletividade, contemplando pessoa determinada que não faz parte dos quadros do Estado, caracteriza afronta aos princípios da moralidade, do interesse público e da impessoalidade.

Ademais, a referida pensão não é derivada de qualquer contribuição previdenciária, violando, também, princípios gerais e especiais da seguridade social, dispostos nos arts. 149, § lº, 195 § 5° e 201, todos da Constituição Federal, os quais dispõem:

Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em beneficio destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos d a União. [...].

Art. 195.

§ 5°: nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá

5 O Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade, 3ª ed., 21ª tiragem, Malheiros, p. 39

6 Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Arguição Inconstitucionalidade nº 0205868-92.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. relator Desembargador Armando Toledo, j. 7 de novembro de 2012.

Acesso ao Sumário

ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, (...).

Daí que, ao deferir benefício previdenciário vitalício sem a correspondente fonte de custeio, a legislação municipal é inequivocamente inconstitucional, por desrespeito ao princípio do regime previdenciário contributivo.

Neste sentido o parecer do d. Procurador Geral de Justiça:

"nem seria possível considerar como fonte de custeio suficiente, pura e simplesmente, a previsão legal de que o pagamento do benefício será feito com recursos constantes de dotação orçamentária própria. Isso significaria, na prática, carrear todos os ônus ao erário municipal. Este acabaria sendo o único a financiar o pagamento dos benefícias. Deve-se levar em conta que a Constituição Federal estabelece, a propósito, a necessidade de respeito à diversidade da base de financiamento (art. 194, VI, da CF), bem como a participação, concomitante, de empregador e trabalhador no custeio da previdência (art. 195, I e II d a CF). Ademais, é impossível desconsiderar, finalmente, o caráter contributivo do sistema previdenciário (art. 201, 'caput' da CF). A exigência de fonte de custeio total deve ser entendida como fonte de custeio que satisfaça os pressupostos do sistema estabelecido na Constituição Federal: (a) diversidade de base de financiamento; (b) caráter contributivo; e (c) participação de empregador e trabalhadores. Assim, criar benefício por meio de lei, sem observar os parâmetros acima, que se resumem na necessidade de previsão de fonte de custeio total, significaria violar frontalmente dispositivos constitucionais aplicáveis ao tema, em especial o art. 195, § 5º, da CR/88, aplicável à hipótese por força dos arts. 144 e 218 da Constituição Paulista".

Ante o exposto, julga-se procedente a arguição para reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 221 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Franco da Rocha.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade 0082817-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE 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, ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, LUIS GANZERLA E MÁRCIO BÁRTOLI. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.711)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração), ELLIOT AKEL, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES e TRISTÃO RIBEIRO, acolhendo a arguição; e, GONZAGA FRANCESCHINI, CASTILHO BARBOSA, EVARISTO DOS SANTOS, RENATO NALINI, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA (com declaração), ARANTES THEODORO e MÁRCIO BÁRTOLI (com declaração), rejeitando-a.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I - Arguição de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8.389/02 dispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações, de rádio-base e mini-estações de rádio-base de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins. Violação aos arts. 21, XI e 22, IV da Constituição Federal. Ocorrência.

II - A União tem competência privativa para legislar sobre telecomunicações. Há usurpação de competência legislativa quando a lei municipal estabelece condições às empresas prestadoras de serviços para a instalação de estações de radiocomunicações.

III - Arguição procedente."

VOTO

1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.389/02, do Município de Santo André, suscitada pela colenda 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 9186770-70.2008.8.26.0000, tirada nos autos de ação civil pública contra sentença que julgou procedente a demanda. De acordo com o v. acórdão a Lei municipal nº 8.389/02 padece de vícios, pois disciplina matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, IV da Constituição Federal).

2. Na origem, cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério

Acesso ao Sumário

Público em face da Nextel Telecomunicações Ltda., objetivando a retirada de antena transmissora de telefonia (ERB) instalada em desacordo com a Lei Estadual nº 10.995/01 e a Lei Municipal nº 8.389/02. O MM. Juiz sentenciante julgou procedente a ação e condenou a ré a retirar a antena, bem como de se abster a instalar qualquer estação rádio-base em desacordo com os preceitos da Lei Estadual 10.995/01 e da Lei Municipal nº 8.389/02.

Primeiramente, o recurso foi distribuído à 5ª Câmara de Direito Público, a qual não conheceu o recurso determinando a redistribuição dos autos à Colenda Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

Em grau de recurso, a colenda 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por ocasião do julgamento da apelação, suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade, nos termos da Súmula Vinculante nº 10, do disposto no artigo 97, da Constituição Federal. O v. acórdão concluiu que a Lei nº 8.389/02 padece de vícios, pois disciplina matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, IV da Constituição Federal).

Distribuídos os autos a este Relator, foram eles remetidos à d. Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo acolhimento do incidente (fls. 874/882):

"*1) Incidente de inconstitucionalidade. Lei nº 8.389, de 15 de julho de 2002, do Município de Santo André, que 'Dispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações, de rádio-base e mini-estações de rádio-base de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins'.*

2) Alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 22, IV, da Constituição Federal que atribui competência privativa à União para legislar sobre telecomunicações.

3) Usurpação da competência legislativa privativa da União (art. 22, IV), com violação do princípio federativo (CE, art. 1º). Não é o Estado competente para a disciplina da instalação de estação rádio-base, torres e equipamentos afins de telefonia celular e de televisão (arts. 21, XI, e 22, IV, Constituição Federal)".

3. A arguição merece ser acolhida.

O fundamento básico da arguida inconstitucionalidade reside na incompatibilidade da Lei Municipal com o art. 22, IV da Constituição Federal, que determina a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

O Município de Santo André ao editar a Lei 8.389, de 15.07.2002 traçou as diretrizes para a instalação de estações de radiocomunicações de rádio-base de telefonia celular (ERB), restringe os locais de instalação, determina a elaboração de laudo radiométrico para a emissão de ondas de rádio frequência, bem como quando será permitido o funcionamento dos equipamentos, determina

Acesso ao Sumário

a permanência transitória de trabalhadores no local e impõe penalidades aos proprietários dos imóveis e locatários. Dispôs:

"*Art. 6º - A Prefeitura poderá requisitar, a qualquer momento a elaboração de Laudo Radiométrico para comprovar se a emissão de ondas de rádio-frequência obedece os parâmetros legais estabelecidos.*

Art. 7º - Fica proibido o funcionamento contínuo dos equipamentos objeto desta lei por meio de geradores movidos a combustível fóssil.

Parágrafo único - Somente será permitido o funcionamento dos geradores referidos no caput quando da interrupção de fornecimento de energia elétrica.

Art. 8º - As estações de radiocomunicação abrangidas por esta lei não se caracterizam como locais de trabalho, devendo ser transitória a permanência de trabalhadores nesses locais.

CAPÍTULO II - DA LOCALIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS

Art. 9º - Ficam vedadas as instalações deste tipo de equipamento nos seguintes locais:

I - em hospitais, públicos ou privados, e nas unidades de pronto atendimento;

II - em escolas infantis, de ensino fundamental, médio ou superior;

III - nas praças;

IV - nos parques com área inferior a 100.000,00 m2;

V - em áreas de reservas biológicas;

VI - em áreas de preservação do patrimônio cultural;

VII - nos logradouros públicos;

VIII - nas clínicas médicas.

(...)

CAPÍTULO IV - DAS RESPONSABILIDADES E DAS PENALIDADES

Art. 16 - Os proprietários - pessoas físicas ou jurídicas possuidoras do título de propriedade registrado em cartório de registro imobiliário ou possuidoras a justo título, de compromisso de compra e venda - e os locatários de imóvel - devidamente referenciados e definidos no contrato de locação - onde forem instalados quaisquer dos equipamentos objeto desta lei responderão pela veracidade da documentação apresentada e pelo funcionamento adequado dos mesmos.

Art. 17 - Os responsáveis técnicos - pessoas físicas ou jurídicas, contratados para a elaboração de projetos, laudos, atestados ou execução de obras ou serviços serão responsabilizados diretamente:

I - pelo atendimento correto das exigências técnicas contidas na legislação e normativas;

II - pelo controle de desempenho dos materiais e equipamentos utilizados.

Art. 19 - As desobediências ao disposto nesta lei estarão sujeitas às penalidades previstas no Código de Obras e na legislação ambiental vigente

Acesso ao Sumário

no Município".

E como é sabido, compete aos Municípios legislar sobre matérias de interesse local, enumerados no art. 30 da Constituição Federal. É a chamada competência exclusiva.

A Lei Municipal nº 8.389/02 trata de aspectos que estão além do uso e ocupação do solo municipal. Ao estabelecer quando determinado equipamento deve ser utilizado, os locais que não podem ser instaladas as antenas, está interferindo na competência da União para legislar sobre telecomunicações e radiofusão (art. 21, XI, CF).

Com a devida *venia* transcrevo excerto do voto do ilustre Des. Milton Gordo extraído da Apelação nº 305.255-5/5:

"*Todavia, como bem apreciou a questão o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em parecer acostado aos autos, a competência deferida, no particular, ao município não é de caráter exclusivamente subjetivo, orientada pelos princípios da conveniência.*

Consignou-se, efetivamente, no parecer que, "(...) embora a legislação municipal possa estabelecer normas preordenadas a assegurar adequada utilização dos espaços urbanos, de maneira, inclusive, a que sejam respeitados critérios até mesmo estéticos, sobretudo em áreas nobres, não poderá fazê-lo de molde a tornar proibida em determinadas zonas a instalação de equipamentos - como as ERB's, por exemplo - se nelas necessitarem se ubicar por razões de ordem técnica, sob pena de comprometimento da adequada prestação do serviço, sobretudo nos casos em que seja obrigatório, perante o Poder concedente, alcançar determinados padrões ou metas de qualidade.

Pelos mesmos fundamentos jurídicos aduzidos, também não são admissíveis disposições municipais, estabelecidas em lei ou em atos subalternos, como os provenientes do Executivo, que, mesmo não se apresentando como um impedimento direto à instalação dos sobreditos equipamentos, abiquem transversamente em resultado igualmente obstativo, por via de exigências tão onerosas que a inviabilizem economicamente ou a tornem excessivamente gravosa, alterando de modo significativo os custos que estariam implicados se não houvera tais exigências.

Ante a considerações óbvias de que as habilitações deferidas pela União em matéria de telecomunicações produzem efeitos por força própria, decorre que não ficam assujeitadas à concordância do Município em conferir-lhes condições de efetiva produção de efeitos práticos. Evidencia-se, então, igualmente que os sujeitos a quem o Poder Federal outorgue tais habilitações têm direito ao exercício das sobreditas atividades, no que está evidentemente implicado, a utilização dos meios para tanto imprescindíveis." (fls. 225/226).

E, em resposta a quesito de indagação específica sobre o âmago da controvérsia, formulado pela consulente, o ilustre mestre deixou claro que, "verbis": "O município não pode, em nome de sua competência reguladora e ordenadora do uso e ocupação do solo, proibir a instalação de ERB's em

Acesso ao Sumário

determinadas áreas, como nas estritamente residenciais. Assim também, não pode estabelecer condições que abiquem transversamente em resultado igualmente obstativo, como ocorreria se impusesse exigências que as inviabilizasse economicamente ou as tornassem excessivamente dispendiosas, alterando de modo significativo os custos que estariam implicados se não houvera tais exigências (itens 11 e 12 do parecer).” (fls. 233).

Não há como se contrariar esse entendimento, que expressamente se adota, na solução da controvérsia, pois como observado pela contestante, na sua resposta, na eleição do local da instalação da antena não lhe é reservada margem na escolha. O serviço de telefonia celular funciona através de torres instaladas em pontos elevados, que atende aos vizinhos e os que transitam pela área, transmitindo os sinais de antena a antena. Como disse a ré, o local não é escolhido de forma aleatória. “A geografia do local determina os lugares em que elas podem ser instaladas (evitando as chamadas ‘zonas de sombras’, nas quais os sinais não chegam).” (fls. 169). Por isso que, “(...) a tutela requerida obrigará a ré a violar a lei federal de concessões e o direito de todos os consumidores que serão atingidos pela inutilização de seus aparelhos naquela região. O serviço prestado pela ré, repita-se, é considerado essencial e sua interrupção desencadeará imensuráveis prejuízos junto à Telesp Celular quanto aos usuários, que deixarão de ser atendidos pelos serviços que contrataram.” (fls. 169). Fato admitido pelo autor, que reconheceu incidir nesse caso, as sanções do Código do Consumidor (fls. 189)”.

A Constituição Federal, em seu artigo 22, IV, por sua vez, prevê a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e radiofusão, prevendo, em seu artigo 30, I e VIII, respectivamente, a competência dos Municípios para “*legislar sobre assuntos de interesse local*” e “*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*”.

Logo, se o Município legislar sobre algumas das matérias acima especificadas, ou seja, de interesse privativo da União ou remanescente do Estado, estará ele produzindo norma inconstitucional.

É o caso da Lei Municipal nº 8.389, de 15 de julho de 2002. Isso porque, há legislação federal - Lei nº 9.427/97 - que delega por meio de concessões a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiofusão, estabelece, ainda, as diretrizes a serem adotadas. Segundo a lei federal cabe a Agência Reguladora expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços, administração do espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, prestação de serviços no regime privado, expedir e extinguir autorização para prestação de serviço, expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviço, reprimir infrações, etc. (art 19 e incisos).

É forçoso concluir, portanto, que a lei municipal em debate invade a competência da União ao impor condições para a instalação de estações de radiocomunicação dos serviços de telecomunicações, estações de rádio-base

Acesso ao Sumário

e mini-estações de rádiobase de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos similares, o que se revela inconstitucional.

Ademais, como bem ressaltou o ilustre Subprocurador Geral de Justiça às fls. 878: "*Nem se alegue a existência de interesse local ou autonomia municipal para simples disciplina do uso e ocupação do solo urbano. A questão, como exposta, demonstra a inocorrência da predominância - chave-mestra para delimitação da autonomia local - na medida em que não se cinge às peculiaridades de cada comuna o estabelecimento de posturas edilícias para evitar riscos ou perigos à vida, à saúde, à segurança, decorrentes de instalações de telecomunicações, posto que em qualquer espaço do território nacional prevalece, ao contrário, a identidade de causas e efeitos. Deste modo, norma que contém ou indicam padrões ou parâmetros para uso de instalações e equipamentos dos serviços de telecomunicações, inclusive relativamente a seus reflexos a terceiros, são da órbita de competência normativa federal*".

A propósito, a questão debatida já foi decidida por este Colendo Órgão Especial, por ocasião do julgamento da arguição de inconstitucionalidade 0265129-22.2010.8.26.0000, da relatoria do Des. Xavier de Aquino, na qual a Lei Estadual 10.995, de 21 de dezembro de 2001 foi declarada inconstitucional:

"*DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEIS ESTADUAL E MUNICIPAL - SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO - PRESENÇA - INCONSTITUCIONALIDADE - EXISTÊNCIA - São inconstitucionais a Lei Estadual 10.995, de 21 de dezembro de 2001, e o art. 10 da Lei Municipal de Campinas 11.024, de 9 de novembro de 2001, que estabelecem condições às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para instalação de antenas e estações de radiotransmissão em geral, por invadirem competência legislativa e material privativa da União, afrontando o disposto no art. 22, inciso IV, combinado com o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal - Leis de outros entes federativos não podem impor alterações, direta ou indiretamente, nos contratos celebrados com a União - Jurisprudência do STF - Acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade*".

Neste sentido, a ADIN 0199044-83.2012.8.26.0000, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 10.04.2013:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade - Trata-se de insurgência da Prefeitura do Município de Campinas contra lei municipal que 'dispõe sobre a instalação de sistemas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante' - Violação ao princípio federativo - Ocorrência - O artigo 144 da Constituição do Estado ordena que os Municípios, ao se*

Acesso ao Sumário

organizarem, devem atender aos princípios da Constituição Federal - Assim sendo, fica claro que se estes editam lei municipal fora dos parâmetros de sua competência legislativa, invadindo a esfera de competência legislativa da União, não estão obedecendo ao princípio federativo e, pois, afrontando estão o referido artigo - De qualquer maneira, a questão ora em debate já foi decidida por este Órgão Especial, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, no qual foi acolhida a arguição levantada - Ação procedente - Determinação à Secretaria".

5. Com base em tais fundamentos, julga-se procedente a arguição.
STIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto nº 15.757

I - Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face da Nextel Telecomunicações Ltda. almejou fosse retirada antena transmissora de telefonia (ERB), dado que em desconformidade com a Lei Estadual nº 10.995/01 e a Lei Municipal nº 8.389/02.

A ação foi julgada procedente para condenar a requerida a proceder à retirada, assim como abster-se de instalar qualquer estação rádio-base em desacordo com os preceitos das citadas leis.

Apelação oposta pela Nextel Telecomunicações Ltda. aportou na 5ª Câmara de Direito Público, que dela não conheceu, determinado redistribuição à Câmara Reservada ao Meio Ambiente. A 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, ao apreciar o recurso, suscitou o presente incidente, a teor do disposto na Súmula Vinculante nº 10 e artigo 97, da Constituição Federal, afirmando o acórdão padecer a Lei nº 8.389/02 do vício de inconstitucionalidade, pois regula matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da Constituição Federal).

II - O relator, Desembargador Guerrieri Rezende, julga **procedente** a arguição, em acórdão encimado pela seguinte ementa: "*I - Arguição de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8.389/02 dispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações, de rádio-base e mini estações de rádio-base de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins. Violação aos arts. 21, XI e 22, IV da Constituição Federal. Ocorrência. II - A União tem competência privativa para legislar sobre telecomunicações. Há usurpação de competência legislativa quando a lei municipal estabelece condições às empresas prestadoras de serviços para a instalação de estações de radiocomunicações. III - Arguição procedente.*".

Acesso ao Sumário

III - **Divergem** os Desembargadores Luis Ganzerla e Márcio Bártoli. O primeiro, em síntese, asseverando que "Da leitura da Lei do Município de Santo André nº 8.389, de 15.07.02, ora impugnada, verifica-se não proceder a argumentação de usurpação de competência legislativa em relação à União, quanto à matéria de telecomunicações e radiodifusão, pois se trata de mera postura municipal de regulamentação das edificações municipais e não de eventual explorações de atividades", constituindo exercício regular do poder de polícia inerente a toda Administração. O segundo, também em suma, porque "A lei questionada versa sobre matéria de interesse eminentemente local, tratando da ocupação do solo urbano. Assim, a competência do Município para edição de leis sobre esse tema encontra amparo no art. 30, incisos I e VIII da Constituição Federal. A Lei Municipal questionada, ademais, não conflita com leis federais, suplementando a Lei 9472/97, estando, ainda, em consonância com lei federal posteriormente editada, de nº 11.934/09, que trata do mesmo tema.".

IV - Meu voto.

1. Eis os artigos da Lei nº 8.389/02 que importam para o deslinde da questão:

"*Art. 6º - A Prefeitura poderá requisitar, a qualquer momento a elaboração de Laudo Radiométrico para comprovar se a emissão de ondas de rádio-frequência obedece os parâmetros legais estabelecidos.*

Art. 7º - Fica proibido o funcionamento contínuo dos equipamentos objeto desta lei por meio de geradores movidos a combustível fóssil.

Parágrafo único - Somente será permitido o funcionamento dos geradores referidos no ***caput*** *quando da interrupção de fornecimento de energia elétrica.*

Art. 8º - As estações de radiocomunicação abrangidas por esta lei não se caracterizam como locais de trabalho, devendo ser transitória a permanência de trabalhadores nesses locais.

CAPÍTULO II - DA LOCALIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS

Art. 9º - Ficam vedadas as instalações deste tipo de equipamento nos seguintes locais:

I - em hospitais, públicos ou privados, e nas unidades de pronto atendimento;

II - em escolas infantis, de ensino fundamental, médio ou superior;

III - nas praças;

IV - nos parques com área inferior a 100.000,00 m2;

V - em áreas de reservas biológicas;

VI - em áreas de preservação do patrimônio cultural;

VII - nos logradouros públicos;

VIII - nas clínicas médicas.

Acesso ao Sumário

(...)

CAPÍTULO IV - DAS RESPONSABILIDADES E DAS PENALIDADES

Art. 16 - Os proprietários - pessoas físicas ou jurídicas possuidoras do título de propriedade registrado em cartório de registro imobiliário ou possuidoras a justo título, de compromisso de compra e venda - e os locatários de imóvel - devidamente referenciados e definidos no contrato de locação - onde forem instalados quaisquer dos equipamentos objeto desta lei responderão pela veracidade da documentação apresentada e pelo funcionamento adequado dos mesmos.

Art. 17 - Os responsáveis técnicos - pessoas físicas ou jurídicas contratados para a elaboração de projetos, laudos, atestados ou execução de obras ou serviços serão responsabilizados diretamente:

I - pelo atendimento correto das exigências técnicas contidas na legislação e normativas;

II - pelo controle de desempenho dos materiais e equipamentos utilizados.

Art. 19 - As desobediências ao disposto nesta lei estarão sujeitas às penalidades previstas no Código de Obras e na legislação ambiental vigente no Município.".

Como se observa, a lei objurgada fixa parâmetros a instalação de estações de radiocomunicações de rádio-base de telefonia celular (ERB), indica os locais de instalação, condiciona este laudo radiométrico para a emissão de ondas de rádio frequência, bem como quando será permitido o funcionamento dos equipamentos, determina a permanência transitória de trabalhadores no local e impõe penalidades aos proprietários dos imóveis e locatários.

2. A repartição de competências é princípio constitucional e reflete um dos aspectos mais relevantes do pacto federativo.

É clássica lição de José Afonso da Silva, para quem 'O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local (...)' (*Curso de direito constitucional positivo*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 478).

Note-se, a propósito, que não se trata de invocar norma da Constituição Federal como parâmetro para o controle da constitucionalidade de lei municipal pelo E. Tribunal de Justiça. Isso, de fato, não seria possível, pois significaria usurpação da competência do E. STF. Entretanto, a repartição constitucional de competências é princípio estabelecido pela CF/88 (arts. l º e 18), pois reflete um dos aspectos mais relevantes do pacto federativo, ao definir os limites da autonomia dos entes que integram a federação brasileira. Isso decorre claramente

Acesso ao Sumário

da interpretação sistemática da Constituição Federal. Daí que, violando-se um princípio constitucional (pacto federativo - repartição constitucional de competências), o que se tem é a ofensa ao art. 144 da Constituição Paulista.

A importância capital do princípio federativo vem expressa no Título I, denominado 'Dos Princípios Fundamentais', logo no artigo 1º: 'A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Sendo a organização federativa do Estado brasileiro um princípio fundamental da República do Brasil, e constituindo elemento essencial dessa forma de estado a distribuição de competência legislativa entre os entes federados, inescapável a conclusão de ser essa discriminação de competência um princípio estabelecido na Constituição Federal. Assim, quando o referido artigo 144 ordena que os Municípios, ao se organizarem, devem atender os princípios da Constituição Federal, fica claro que se estes editam lei municipal fora dos parâmetros de sua competência legislativa, invadindo a esfera de competência legislativa da União, não estão obedecendo ao princípio federativo e, pois, afrontando estão o artigo 144 da Constituição do Estado.

O modelo de repartição de competências entre os entes federados estabelece ser da União a competência material "*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*" (artigo 21, XI), dispondo o inciso XII, "a" caber a esse ente federativo a exploração, diretamente ou mediante autorização permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. A *lei* mencionada no artigo 21, XI, é a **lei federal**, e **somente ela**, coadunando-se essa atribuição com **competir privativamente** à União legislar sobre *telecomunicações e radiodifusão*, conforme prevê do artigo 22, IV, da Constituição da República.

São abrangentes as determinações da Constituição, **alcançando as telecomunicações e as externalidades** atinentes à execução dos serviços. Como afirmado pela Procuradoria-Geral de Justiça, "O estado de probabilidade (prevenção) ou de incerteza (precaução) de riscos, perigos ou danos decorrentes dos serviços de telecomunicações é unitariamente concebível e estimável para qualquer Estado ou Município da Federação, motivo que inspira a uniformidade e a centralidade normativa (não bastasse a titularidade federal do serviço), pois, os efeitos serão os mesmos em bens e pessoas situados no território nacional.".

Observe-se que a União editou a Lei nº 9.472/97 que dispõe caber a ela, por intermédio do órgão regulador (ANATEL), "*organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, incluídos o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e do funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e*

Acesso ao Sumário

de espectro de radiofrequência" (art. 1º e parágrafo único). À ANATEL foi conferida a competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, dentre elas a expedição de normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XII).

Não se insere, dest'arte, a matéria em debate na competência municipal, a título de disciplina da **ocupação do solo urbano** (artigo 30, VIII, da Constituição Federal).

Convergem doutrina e jurisprudência para o entendimento de, ao dispor o artigo 30, I, da Constituição da República competir ao Município "legislar sobre assuntos de interesse local", esta a Carta a referir legislar sobre assuntos de *predominante* interesse local. Todo interesse municipal é, reflexamente, estadual e, ao mesmo tempo federal. Portanto, o interesse do Município dever ser o preponderantemente local.

"A competência expressa do Município é voltada para os assuntos de interesse local, devendo prevalecer sobre as competências federais e estaduais. O critério básico de distinção é do interesse predominante, ou seja, frente aos interesses da União ou dos Estados, em determinadas matérias, o interesse municipal deve ter um grau maior de validade, em situações peculiares" (Nelson Nery Costa, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides/Jorge Miranda/Walber de Moura Agra, Editora Forense, 1ª edição, 2009, p. 633).

Ora, lei que contém diretrizes para uso e instalações de equipamentos dos serviços de telecomunicações, inclusive relativamente a seus reflexos a terceiros, não é diploma legislativo que cuida simplesmente da ocupação de solo urbano, mas, sim, extrapola o tema, **invadindo competência da União para organizar a exploração dos serviços de telecomunicações**, como faz, já se viu, a Lei Federal nº 9.427/97. Em suma, a lei sob apreço não trata de assunto **preponderantemente local**.

Possível alegação de que a Lei Municipal nº 3.389/02 estaria a cuidar da defesa da saúde do munícipe e, pois, seria competente, é de ser rechaçada. Primeiro porque legislar sobre defesa da saúde é de **competência concorrente** de todos os entes federativos, exclusive o Município, segundo o artigo 24, XII, da Constituição Federal. E, segundo, que nem a título de estar suplementando a legislação estadual ou federal no que couber (artigo 30, II, da Constituição Federal) se **salva a lei**, pois a Lei Federal nº 11.934/2009, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos regulou inteiramente o assunto, **não sobrando espaço para suplementação**, pois estabeleceu:

Acesso ao Sumário

"*Art. 1º Esta Lei estabelece limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento de estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuário e de sistemas de energia elétrica nas faixas de frequências até 300 GHz (trezentos gigahertz), visando a garantir a proteção da saúde e do meio ambiente.*

Parágrafo único. Estão sujeitos às obrigações estabelecidas por esta Lei as prestadoras de serviço que se utilizarem de estações transmissoras de radiocomunicação, os fornecedores de terminais de usuário comercializados no País e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de energia elétrica.

Art. 2º Os limites estabelecidos nesta Lei referem-se à exposição:

I - da população em geral aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; e

II - de trabalhadores aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos em razão de seu trabalho.".

3. Este Órgão Especial, como mencionado pelo Relator, já apreciou o tema por duas vezes, em Arguição de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, decidindo, em ambas, pela procedência.

Como asseverado pelo relator, Desembargador Xavier de Aquino, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000: "*Aliás o Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que não há competência legislativa concorrente ou suplementar em matéria de telecomunicações, mesmo que a pretexto, por exemplo, de regular relação de consumo, porque quaisquer leis estaduais ou municipais que estipulem obrigações a serem cumpridas pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, nessa questão, importa, na verdade, na ingerência e na alteração nos contratos celebrados com a União na prestação de serviço público federal (...).*".

Colho do STF: - "*A competência para legislar sobre a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações é privativa da União, nos termos dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, todos da Constituição Federal. II - Medida cautelar deferida.*" (ADI 4907 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI julgamento: 07/02/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

4. À vista do exposto, **acompanho** o Relator.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº OE-00163)

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada, em sede de apelação, pela **C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente deste E. Tribunal**, por v. acórdão, rel. **DES. VERA ANGRISANI**, j. 28.02.13, cujo objeto é a apreciação da constitucionalidade da Lei nº 8.389/02, do Município de Santo André, a qual "*[d]ispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações dos serviços de telecomunicações, de rádio-base e mini-estações de rádio-base de telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins*".

Entende a C. Câmara suscitante haver mácula no referido diploma, pois a matéria por ele albergada é de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal (fls. 862/867).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da arguição (fls. 874/882).

É o relatório, em acréscimo ao do eminente relator.

Data venia do voto do eminente relator, **DES. GUERRIERI REZENDE** e de outros julgados deste C. Órgão Especial, a matéria requer novas reflexões.

Expressa o art. 30, V, 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."**

A Constituição Federal, em seu art. 22, inciso IV, conferiu privativamente à União a competência para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão, o que não conflita com a competência do Município para legislar sobre os assuntos de interesse local, promover o ordenamento territorial, planejar e controlar o uso e a ocupação do solo urbano, nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII, do referido Diploma Legal, fixando "... ***normas afetas aos aspectos civis das construções, às regras de engenharia pertinentes e questões estritamente urbanísticas, para todo e qualquer tipo de construção***".

A Lei Federal nº 9.472/1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação de um órgão regulador, nos seguintes termos:

> **Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo**

Acesso ao Sumário

estabelecer unidades regionais.

(...)

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.

Extrai-se pela leitura do dispositivo, a competência do órgão regulador ANATEL não interfere na competência municipal para legislar em matéria de uso e ocupação de espaço urbano quanto à estrutura, instalação e funcionamento da antena.

Da leitura da Lei do Município de Santo André n.º 8.389, de 15.07.02, ora impugnada, verifica-se não proceder a argumentação de usurpação de competência legislativa em relação à União, quanto à matéria de telecomunicações e radiodifusão, pois se trata de mera postura municipal de regulamentação das edificações municipais e não de eventual exploração das atividades.

Trata-se do poder de polícia inerente a toda Administração, cujas características são definidas por **HELY LOPES MEIRELLES** da seguinte forma:

> "A *razão* do poder de polícia é o interesse social e o seu *fundamento* está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.
>
> ...
>
> O *objeto do poder de polícia administrativa* é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, *regulamentação*, *controle* e *contenção* pelo Poder Público. Com esse propósito, a Administração pode condicionar o exercício de direitos individuais, pode delimitar a execução de atividades, como pode condicionar o uso de bens que afetem a coletividade em geral, ou contrariem a ordem jurídica estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da Nação." (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 37.ª ed., atualizada por **Eurico de Andrade Azevedo**, **Délcio Balestero Aleixo** e **José Emmanuel Burle Filho**, 01/2011, p. 137/ 138).

Com a devida permissão, a interessada, Nextel Telecomunicações Ltda., estaria em desacordo com as exigências da Lei Municipal n.º 8.389/02, pois, nos termos da inicial, teria instalado antena de telefonia celular à distância inferior à exigida pelo Diploma.

Acesso ao Sumário

Assim, ao instalar as estações de retransmissão nessas condições, a interessada tinha ciência de estar infringindo a legislação municipal e assumiu os riscos das consequências jurídicas de seu ato.

Destarte, a Lei Municipal n.º 8.389/02, de Santo André, não contém eiva.

Sobre o tema já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, *v. g.* Ação Cautelar nº 2161/SP, rel. **MIN. CESAR PELUSO**, j. 10.10.08 e RE 661497, rel. **MIN. CARMEN LÚCIA**, j. 01.12.11, este com a seguinte ementa:

> "*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1) NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL. 2) DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: SÚMULAS N. 283 E 284 DO SUPREMO TRIBUNAL. 3) SUBMISSÃO DE CONCESSIONÁRIAS DA UNIÃO ÀS POSTURAS MUNICIPAIS: CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.*"

E continua, nos seguintes excertos:

> "*Razão jurídica não assiste à Recorrente. 4. O Tribunal paulista asseverou não terem sido comprovados o impedimento técnico à atividade da Recorrente pela remoção da estação rádio-base objeto desta ação nem a impossibilidade fática da remoção, razão pela qual a Lei n. 13.756/2004 do Município de São Paulo não inviabilizaria a atividade da Recorrente. (...)*
>
> *Na vigência da Constituição de 1946 (quando competia privativamente à União legislar sobre energia elétrica e dependia de concessão federal o aproveitamento de energia hidráulica - arts. 5º, inc. XV, alínea 1, e 153, caput, da Constituição de 1946), este Supremo Tribunal assentou:* ***'CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE PRODUÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TEM QUE OBSERVAR O CÓDIGO DE POSTURAS EM CADA MUNICÍPIO A QUE SERVIR. NÃO PODE PERFURAR RUAS E PRAÇAS, COLOCAR POSTES E INSTALAR FIOS E TRANSMISSORES SEM PRÉVIO PERMISSO MUNICIPAL'*** *(RMS 9.384, Rel. Min. Cunha Mello, Plenário, DJ 18.10.1962 - grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o julgado recorrido. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).*" **(g.n.)**

Em igual sentido, recente decisão, também do E. STF, no Recurso Extraordinário nº 746.356/SP, j. 07.05.2013, rel. **MIN. GILMAR MENDES**, com o seguinte teor:

> "*Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ementado nos seguintes termos: 'NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. DEMOLIÇÃO. Antena de telefonia móvel desconforme com as posturas municipais, erigida antes da*

Acesso ao Sumário

concessão da licença correspondente. Embargos administrativos ignorados. Impossibilidade de adequá-la à distância mínima legal de residências sem a demolição. Competência federal para serviços de telecomunicações que não interfere com a competência exclusiva do Município para dispor sobre uso e ocupação do solo municipal. Normas urbanísticas por natureza indisponíveis por dizerem respeito ao interesse de toda a coletividade. Demolição necessária para o restabelecimento da ordem legal, com possibilidade de nova edificação no mesmo local, porém em consonância com as posturas municipais. Prejuízo exclusivo da empresa que teimou em promover a obra antes da licença municipal e em ignorar os embargos administrativos. Responsabilidade extensiva ao dono do terreno, que embora por contrato, permitiu a obra irregular. Provido o recurso adesivo do Município quanto a este último aspecto e não provido o recurso da requerida TIM'. (fl. 298)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta-se violação aos arts. 21, XI; 22, IV; 24, I, VI, XII e XIII, e parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; e 30, I, II e VIII, todos do texto constitucional. Alega-se que a Lei Complementar Municipal 1.246/2001, ao estabelecer critérios técnicos para a instalação de sistemas transmissores, 'representa verdadeiro impedimento a regular expansão e instalação das redes de estações transmissoras, colocando em risco a própria prestação do serviço público no Município de Ribeirão Preto'. (fl. 323) Afirma-se que a União é o único ente federado autorizado a legislar sobre telecomunicações, razão pela qual sustenta ser inconstitucional a fixação de restrição técnica por meio de norma municipal. Sustenta-se que 'sendo de competência privativa da União legislar sobre telecomunicações, conforme dispõe o art. 22, IV, da Constituição Federal, as normas por ela editadas, logicamente, serão obrigatórias em todo o país e não poderão ser dispensadas ou agravadas por disposições estaduais ou municipais' (fl. 326), de forma que 'a legislação urbanística do Município não poderá trazer consigo violação daquilo que resulta de lei federal ou estadual legitimamente válida' (fl. 326). Em síntese, aduz-se que: '(...) conquanto não haja dúvidas acerca da necessidade da instalação das estações rádio base se sujeitarem às disposições urbanísticas municipais, inexiste dúvida também quanto ao fato de que ditas normas do Município deverão atender a parâmetros de razoabilidade e jamais poderão ser fonte de impedimento à aplicação de normas regulamentares editadas nas órbitas federal ou estadual, assim como menos ainda poderão se constituir em obstáculo intransponível à produção de efeitos de atos regularmente expedidos naquelas mesmas esferas de Poder'. (fl. 328) Requer-se, assim, seja declarada inconstitucional a Lei Complementar Municipal 1.246/2001, por afronta aos arts. 21, XI; 22, IV; 24, I, VI, XII e XIII, e parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; e 30, I, II e VIII, todos do texto constitucional.

Acesso ao Sumário

Decido. A irresignação não merece prosperar. Isso porque o Município é ente competente para editar leis que imponham limitações administrativas ao direito de construir em face da existência de política de desenvolvimento urbano a ser executada em seu território. É dizer, insere-se no âmbito da competência legislativa municipal a adequação de seu ordenamento territorial, mediante o planejamento e o controle do uso e ocupação do solo urbano.

Nesse sentido, confira-se o RE 178.836, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 20.8.1999:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - RE não conhecido'.

Colhem-se dos autos, ainda, as seguintes razões de decidir do acórdão recorrido: 'De fato, em cumprimento do determinado pela Lei Municipal n. 3.66879 (sic), em 18 de março de 2002, a Ré protocolou na Prefeitura projeto de construção (fls. 64), sendo que, deveria aguardar pelo prazo máximo de sessenta dias manifestação da Municipalidade a respeito da aprovação ou não da obra pretendida. Porém, no dia seguinte ao mencionado, o órgão de fiscalização constatou a construção clandestina efetuada no local por preposto da Ré, tendo sido apontado (sic) quatro itens que já estavam sendo realizados (fls. 10/11), o que gerou o auto de infração e embargo administrativo da construção que se realizava (fls. 11/15). (...) Não bastasse isso, a perícia constatou de forma irretorquível e inatacada que a construção efetuada desrespeitava as restrições impostas pela Lei Municipal n. 1.246/2001, tanto no artigo 10 como no artigo 14 dessa referida Lei (fls. 189/205). (...) A despeito de toda a argumentação formulada no recurso, não há como compatibilizar a obra, distante 20,85 metros, com a distância mínima legal de trinta metros de residências, embora seja possível adequá-la, nos fundos, com o recuo mínimo de quatro metros em relação à área vizinha, que pertence ao locador da área para a construção efetuada pela ré, com a extensão da locação de modo a atingir o referido recuo mínimo. Desse modo, não cabendo transigir com as normas de ordenação urbana, por natureza indisponíveis porque interessam a toda a coletividade, a retirada da obra constitui a forma única de restabelecer a ordem legal, o que não afasta a possibilidade de ser novamente erigida nesse mesmo local, porém em conformidade com as posturas municipais, a prejuízo exclusivo da

Acesso ao Sumário

autora, que teimou em promover a obra antes da licença municipal e em ignorar os embargos administrativos'. (fl. 299-301)

Dessa forma, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem ajusta-se à jurisprudência desta Corte, segundo a qual a faculdade de construir, enquanto forma de manifestação do direito de propriedade, depende do prévio ajustamento a pedido de licença com observância das regras vigentes na data de sua expedição.

No caso, conforme assentou o aresto recorrido, a recorrente iniciou a construção sem obter, anteriormente, o deferimento da licença para construção, além de estar em desacordo com as disposições legais aplicáveis.

Leia-se, a propósito disto, o RE 212.780, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 25.6.1999, cuja ementa transcrevo a seguir:

'LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que se manifesta validamente diante da licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto n. 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido'.

Portanto, não viola o texto constitucional a edição de norma municipal que diga respeito a edificações e construções no âmbito de seu território.

Nesse sentido, confira-se o AI-AgR 491.420, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 24.3.2009, a seguir ementado:

'1. RECURSO. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Peça obrigatória. Procuração outorgada ao advogado da parte agravada. Ausência. Não configuração. Conhecimento do agravo. Deve ser conhecido agravo, quando lhe não falte peça à instrução, sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Competência legislativa. Município. Edificações. Bancos. Equipamentos de segurança. Portas eletrônicas. Agravo desprovido. Inteligência do art. 30, I, e 192, I, da CF. Precedentes. Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que respeite a edificações ou construções realizadas no seu território, assim

Acesso ao Sumário

como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público'.

*Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF e 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 7 de maio de 2013. Ministro GILMAR MENDES, Relator, Documento assinado digitalmente" (**g.n**.)*

Não obstante, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS nº 22885/DF, rel. MIN. FRANCISCO FALCÃO, j. 18.12.07, adotou posicionamento idêntico ao ora exposto, conforme ementa a seguir transcrita:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇAO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE - ERB'S. PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. FORMAÇÃO APÓS A LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE.

I - O Tribunal a quo concedeu segurança parcial para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permanecessem intactas, enquanto as não autorizadas fossem retiradas.

II - A retirada das estações rádio-base em desacordo com as posturas locais não invade a competência legislativa da União. O Decreto nº 22.395/2001, do Governo do Distrito Federal, ao disciplinar o artigo 8º da Lei Complementar Distrital nº 388/2001, a qual dispunha sobre ocupação de área pública mediante Concessão de Direito Real de Uso ou Concessão de Uso, dispôs expressamente sobre a implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações no Distrito Federal, estabelecendo critérios de localização e procedimentos para a mencionada implantação, sendo que tais critérios não cuidam de regras atinentes aos serviços de telecomunicações, estes sim de competência exclusiva da União, como expresso no artigo 21, XI e 22, IV, da Lex Mater.

III - A Lei Federal nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, defendeu as atribuições dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ao disciplinar no artigo 74, verbis: 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.

IV - Do acima disposto deflui a legalidade das normas locais, as quais impõem obrigações decorrentes da execução das concessões, permissões ou autorizações dos serviços de telecomunicações, vinculadas tais obrigações às garantias e valores difusos inerentes ao bem estar da população.

V - Compete ao Distrito Federal, legislar concorrentemente com a União sobre a defesa da saúde, desde que a norma não conflite com legislação

Acesso ao Sumário

federal.

VI - Em relação à necessidade de devido processo legal para a retirada das antenas, observa-se que o Tribunal a quo concedeu a ordem para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permaneçam intactas, enquanto as não autorizadas sejam retiradas. Neste contexto, a retirada das ERB's 'clandestinas' ou não autorizadas não representa atuação estatal arbitrária estando em verdade em consonância com o poder de polícia inerente à atividade da administração pública. O princípio do devido processo legal restou observado no acórdão recorrido, o qual, ao decotar as determinações contidas no ofício que determina a retirada indiscriminada das antenas, acabou por realizar uma adequação em direção ao princípio referido, haja vista que restaram incólumes as licenças concedidas de acordo com as normas vigentes na instalação das antenas.

(...)".

E os vv. arestos deste Tribunal, não discrepam deste entendimento, conforme ap. nº 0031695-86.2010.8.26.0562, Santos, j. 05.12.2011, rel. **DES. FRANCISCO VICENTE ROSSI**; ap. nº 0232559-17.2009.8.26.000, São Paulo, j. 15.02.2012, rel. **DES. OSVALDO DE OLIVEIRA**; ap. nº 9106498-89.2008.8.26.0000, Orlândia, j. 05.03.2012, rel. **DES. EDUARDO GOUVÊA**; ap. nº 0034898-80.2010.8.26.0554, j. 16.04.2012, Santo André, rel. **DES. FRANCO COCUZZA**, ap. nº 0040078-45.2009.8.26.0575, São José do Rio Preto, j. 18.06.2012, rel. **DES. TORRES DE CARVALHO**; ap. 0112402-84.2008.8.26.0053, São Paulo, j. 26.02.2013; rel. **DES. EDSON FERREIRA** e ap. nº 0000552-20.2011.8.26.0053, São Paulo, j. 26.03.2013, São Paulo, rel. **DES. JOSÉ LUIS GERMANO**, este com a seguinte ementa:

"*APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - Liminar indeferida e ordem denegada. Procedimento administrativo para a regularização de Estação Rádio-Base. Instalação e início das atividades sem a obtenção da prévia e necessária autorização administrativa. Descumprimento de normas legais. Inexistência de direito líquido e certo. Sentença mantida nos seus exatos fundamentos. Recurso não provido.*"

Ante o exposto, sempre com a devida permissão, pelo meu voto, ousava divergir do nobre relator e da douta maioria para considerar constitucional a Lei nº 8.389/02, do Município de Santo André, e devolver o recurso à C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente deste E. Tribunal, para continuidade do julgamento.

LUIS GANZERLA, Desembargador

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.228)

1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente no julgamento da apelação 9186770-70.2008.8.26.0000, a fim de dirimir, em sede de controle difuso, questão acerca da constitucionalidade da Lei nº 8389/02, do Município de Santo André, que "*Dispõe sobre a instalação de estações de radiocomunicações dos serviços de telecomunicações, de rádio-base e telefonia celular (ERB), células de telefonia celular e equipamentos afins*".

2. Por este voto, ouso divergir da posição exposta pelo E. Relator para acompanhar a decisão proferida na declaração de voto divergente.

Com efeito. **A lei questionada versa sobre matéria de interesse eminentemente local, tratando ainda de ocupação do solo urbano municipal**. Assim, a competência do Município para edição de leis sobre esse tema encontra amparo no art. 30, incisos I e VIII da Constituição Federal. **A Lei Municipal questionada, ademais, não conflita com leis federais, suplementando a Lei 9472/97, estando, ainda, em consonância com lei federal posteriormente editada, de nº 11.934/09, que trata do mesmo tema**.

Como consta do voto divergente a tese da constitucionalidade desse tipo de lei municipal, já foi objeto de julgamento no **Supremo Tribunal Federal**, havendo precedentes pela constitucionalidade de leis municipais semelhantes a esta ora em análise.

Decidiram a respeito outros Tribunais do país: "*Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 3121 de dezembro de 2000 do município de Nova Friburgo. Vedação de construção e instalação de antenas celulares e estações de rádio de telefonia celular e equipamentos similares para reprodução de sinais em logradouros onde existam prédios destinados a residência, escolas, igrejas e hospital. Licenciamento por parte do Poder Executivo Municipal. Alegação de usurpação da competência da União para legislar do meio ambiente. Competência comum dos municípios. Art. 23, II e VI, da Constituição Federal. Atendimento ao princípio da precaução. Art. 225, § 1º, IV, da CF. Lei instituidora da ANATEL n.º 9.472/97, 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'. Constitucionalidade da Lei 3.121/2000 do município de Nova Friburgo. Arguição que se rejeita.*" (TJRJ - Órgão Especial - Arguição de inconstitucionalidade nº 0001678-61.2005.8.19.0037 - Rel. Des. Maldonado de Carvalho - j. 08.04.2013). "*Incidente de declaração*

Acesso ao Sumário

de inconstitucionalidade. ato do poder público municipal. lei municipal nº 11.535/2.005. Art. 15. instalação de estações de telecomunicações (ERB's). Prazo para adaptação às antenas já instaladas quando da entrada em vigor da lei municipal. Prazo razoável. Inexistência de caráter absoluto à liberdade do exercício da atividade econômica. Função social. Proteção do meio ambiente. Princípio da precaução e da participação. Parágrafo único do artigo 17. Tolerância de zoneamento. Limite de densidade de potência. Norma de interesse local. Poluição de radiação. Interesse dos munícipes. Competência municipal. Inteligência do art. 30, I, da Constituição Federal. Inexistência de norma federal que estabeleça limite em densidade de potência lei que não conflita com a Lei Federal nº 11.934/2009. Improcedência da arguição. 1. Compete ao Estado, por intermédio de seus Órgãos e agentes públicos promover e fiscalizar a atividade econômica, garantindo o cumprimento da função social, a proteção do meio ambiente, com consequente proteção da saúde da população. 2. A Lei Municipal nº 11.535/2005 dispõe sobre os parâmetros de ocupação de solo e sistematização para licenciamento de implantação de estações de telecomunicações, constando requisitos de solicitação de licença ambiental, proibição de instalações e parâmetros urbanísticos, dentre eles prazo de adaptação para as antenas já instaladas antes da vigência da Lei Municipal. 3. Tratando-se de questão ambiental concernente à poluição de radiação, não é possível conceber que apenas as novas instalações atendam aos requisitos da Lei Municipal, pois não há direito adquirido em questão ambiental. 4. Ao instituir o prazo de um ano prorrogável por quatro anos, possibilitou a Lei Municipal o atendimento dos requisitos (meios) à preservação do meio ambiente (fins), de forma proporcional e razoável. 5. A tolerância de 3 w/m2 em regiões de escolas do ensino fundamental e médio, creches, hospitais, centro de saúde e igrejas, à Instalação das Estações de Rádio Base atende ao interesse social da população, concretizando os ditames do Estatuto da Cidade, bem como da Constituição Federal. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade improcedente." (TJPR - Órgão Especial - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 640.602-8/01. Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin - j. 19.08.2011).

3. Ante o exposto, por este voto, rejeita-se a arguição suscitada, considerando constitucional a Lei nº 8.389/02, do Município de Santo André.

MÁRCIO BÁRTOLI, Desembargador

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0032461-74.2013.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 2ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 24.314)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, CAETANO LAGRASTA (vencido), PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, V ANDERCI ALVARES, LUIZ ANTONIO DE GODOY e MÁRCIO BÁRTOLI.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: Conflito de Competência - Ação de usucapião - Questão não abrangida na competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Interesse de particular configurado, sendo irrelevante o fato de estar o imóvel situado em área de proteção de mananciais - Inexistência de discussão acerca de direito difuso, individual ou coletivo diretamente ligado ao meio ambiente - Procedência com reconhecimento da competência da 2ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação com que o Estado de São Paulo se insurge contra a

sentença de fls. 261/263, que julgou procedente a ação de usucapião promovida por Sérgio Vinci e Rosa Maria Biondi Vinci. Tudo conforme consta a fls. 267/284.

Contrariedade a fls. 287.

A 2ª Câmara de Direito Privado, a que o recurso foi distribuído inicialmente, deu-se por incompetente por acórdão de fls. 299/302, relator José Carlos Ferreira Alves, determinando a remessa do feito à Câmara Especial do Meio Ambiente, que, por acórdão de fls. 315/319, relator Ruy Alberto Leme Cavalheiro, suscitou o presente conflito de competência.

É o rela tório.

A 2ª Câmara de Direito Privado se deu por incompetente pelo seguinte motivo:

"De fato, é incontroverso que o imóvel se localiza em área de mananciais, que, como mencionado pela apelante, visa a tutelar a incolumidade de recursos hídricos, que se incluem entre os componentes do meio ambiente, tratando-se, portanto, de direito fundamental de 3ª geração (difuso) e de competência da Câmara do Meio Ambiente, nos termos da Resolução nº 240/05 do TJSP" (fls. 301/ 302).

A 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, para a qual foram os autos remetidos, suscitou o conflito, invocando o art. 1ª da Resolução nº 240/ 2005, que reproduziu, e a Resolução nº 512/10, ambas deste Tribunal, e, ainda, o art. 100 do RI deste Tribunal, ponderando que: "A matéria objeto da discussão não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente" (fls. 317).

E tem razão a Câmara suscitante posto que, observados os termos da inicial (fls. 2/4), não está em discussão questão atinente a interesses difusos, coletivos e/ ou individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Trata-se de ação com que Sérgio Vinci e sua esposa, alegando que adquiriram o imóvel e que, somadas a sua posse e a posse dos antecessores, tem-se 36 anos, o que lhes daria direito ao usucapião que a sentença reconheceu.

Acesso ao Sumário

É certo que a Fazenda do Estado, ao se manifestar nos autos, mencionou (fls. 192/193) que o imóvel se encontra em área de proteção de mananciais da Região Metropolitana, Bacia Hidrográfica do Rio Juqueri, e que, conforme o Departamento do Solo Metropolitano, o lote a ser usucapido não está em consonância com o que determina a legislação, pois não tem o tamanho mínimo exigido. Mas isso, a toda evidência, não é suficiente para fixar a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente. E o fato é que, corno observado pela Câmara suscitante: "A inicial contém pedido de reconhecimento de usucapião, configurado aqui o interesse particular. Embora o imóvel esteja inserido em área de manancial, não há pedido que configure a existência de direito difuso, individual homogêneo ou coletivo diretamente ligado ao meio

ambiente, sendo que a questão ambiental é apenas reflexa e distante do cerne principal da ação" (fls. 318).

Diante disto, julgo procedente o presente conflito e dou por competente a Câmara suscitada, a 2ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0078350-51.2013.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiram a seguinte decisão: "JULGARAM O CON FLITO PROCE DENTE E COM PETENTE A 12ª 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 32.569)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, 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 ALVARES, LUIZ ANTONIO DE GODOY e MÁRCIO BÁRTOLI.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS AJUIZADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR CRIANÇA ATINGIDA NO OLHO POR UMA PEDRA NAS DEPENDNCIAS DE ESCOLA ESTADUAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - FEITO QUE TRAMITOU PERANTE UMA DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA - PRESENÇA DE MENOR NO POLO ATIVO OU PASSIVO DA AÇÃO QUE, POR SI

Acesso ao Sumário

SÓ, NÃO DESLOCA A COMPETNCIA PARA A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - MATRIA EM DEBATE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DO ART 148 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - COMPETNC/A DA 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO RECONHECIDA - CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda Câmara Especial nos autos da Apelação Cível nº 9001605-47.2009.8.26.0506, interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos materiais e morais proposta por menor, decorrentes de acidente em escola pública que ocasionou perda de visão.

A Colenda 12ª Câmara de Direito Público, à qual foi inicialmente distribuído o feito, deixou de conhecer da apelação (fls. 208/210), à consideração de que a autora não atingiu a maioridade, tratando-se de matéria de competência da Justiça da Infância e Juventude (art. 148, IV, e art. 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e, portanto, da Câmara Especial, a teor do art. 33, IV, do Regimento Interno.

Redistribuído o processo à Câmara Especial, esta também não conheceu do recurso, suscitando o presente conflito, consoante o v. acórdão de tis. 220/223.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer no sentido de que seja firmada a competência da 12ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso (fls. 230/232).

É o relatório.

VOTO

Procede a dúvida.

Tenho por suficientemente demonstrada, já no acórdão suscitante, de lavra do E. Desembargador Silveira Paulilo, a incompetência material da Câmara Especial para o julgamento da apelação. Conforme ali consignado:

> "A competência da Vara da Infância e da Juventude, de natureza absoluta, está estabelecida no art. 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os incisos deste dispositivo referem-se aos casos cuja competência é exclusiva e as hipóteses mencionadas no parágrafo único do mesmo artigo dispõem sobre a competência concorrente (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO, Coord. MUNIR CURY, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, p. 734).
>
> Nessas situações, de competência concorrente, é preciso avaliar se a criança (ou adolescente) está em situação de risco para, em caso

Acesso ao Sumário

positivo, afirmar a competência da Vara da Infância e Juventude.

No caso dos autos, no qual não se verifica qualquer situação de risco, discute-se o direito da autora de ser indenizada, material e moralmente, pelo Estado em razão de uma pedrada que a cegou nas dependências de uma escola pública. O cerne da questão consiste, assim, na responsabilidade civil do Estado.

É certo que o inciso IV do artigo 148 do ECA dispõe que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para "conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209".

Todavia, no caso dos interesses individuais, não se pode interpretar tal dispositivo como se abrangesse todas as ações de natureza cível que envolvam uma criança ou um adolescente, sob pena de esvaziar a competência das Varas Cíveis e de Família.

Não basta, nesses casos, que uma criança ou adolescente integre o polo ativo ou passivo da ação para que a competência seja deslocada para uma Vara da Infância e Juventude, que são diferenciadas e contam com estrutura e pessoal técnico próprio para atender demandas que exijam este acompanhamento.

Na lição de Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches, "*as ações mencionadas no dispositivo dizem respeito à necessidade de tutela de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, não se confundindo com direitos patrimoniais. Neste caso (patrimoniais), a competência será da Vara Cível. Assim, as ações mandamentais, ações civis públicas, mandados de segurança individuais e coletivos, ações de improbidade administrativa, ações populares, dentre outras, que digam respeito aos direitos fundamentais daquelas pessoas, serão processados pela Vara da Infância e da Juventude*" (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO, 4ª ed., São Paulo, Editora RT, p. 422).

Aliás, a própria Súmula 68 deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo ressalva que são da competência do Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, o que não ocorre na hipótese dos autos.

Fácil constatar, ainda, que também não se trata da tutela do direito de acesso às ações e serviços de saúde (art. 208, VII, do ECA), cuja oferta irregular poderia implicar a competência da Vara da Infância, como, *data venia*, aponta o v. acórdão da C. 12ª Câmara de Direito Público. Cuida-se da pretensão de ver um dano reparado pelo Estado, sem qualquer relação de causalidade com o fato de a autora ser pessoa em desenvolvimento nem com a hipótese de recusa de acesso aos serviços e ações de saúde.

Acesso ao Sumário

Além disso, se admitida a competência da Justiça da Infância e Juventude, o caso seria de anulação do processo para que o feito tramitasse, desde o início, perante a Vara da Infância e Juventude. Não se pode conceber que apenas o recurso seja remetido à Câmara Especial, o que não sanaria o vício de nulidade absoluta dos atos praticados em primeiro grau de jurisdição.

Por isso, entende-se que a competência é da 12ª Câmara de Direito Público, a quem compete julgar as causas em que o Poder Público é parte, cujo objeto verse sobre responsabilidade civil do Estado.".

Acolhidas integralmente as razões da Câmara suscitante, julgo procedente o conflito para estabelecer a competência da Colenda 12ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0144811-05.2013.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. GONZAGA FRANCESCHINI.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. (Voto nº OE 0220)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), 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: Conflito de competência entre a 12ª Câmara de Direito Público e a Câmara Especial - Ação civil

Acesso ao Sumário

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.

VOTO

I - Cuida-se de conflito negativo de competência, nos autos da Apelação n. 0144811-05.2013.8.26.0000, estabelecido entre as Colendas 12ª Câmara de Direito Público (suscitada) e a Câmara Especial (suscitante).

O apelo foi inicialmente distribuído à D. Câmara Suscitada, que, em julgamento relatado pela i. Magistrada Isabel Cogan, determinando a remessa do recurso à Câmara Especial, proferiu acórdão (fls. 559/560) que recebeu a seguinte ementa:

> "COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, embasada em direito material das crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90) - Matéria afeta à Câmara Especial, com competência para processar e julgar os processos originários e os recursos em maléria de Infância e Juventude (Art. 33, inc. IV, do RITJ). RECURSO NÃO CONHECIDO, com determinação para redistribuição a Câmara Especial." (j. 20/03/2013)

Redistribuído o feito à D. Câmara Suscitante, foi proferido julgamento, relatado pelo i. Des. Gonzaga Franceschini, suscitando o conflito, em decisão monocrática (fls. 566/567), cujo excerto segue transcrito:

> "Em que pese o entendimento esposado pela nobre 12ª Câmara de Direito Público, não compete a esta Colenda Câmara Especial conhecer dos presentes recursos.
>
> Com efeito, embora haja menção ao direito material das crianças e adolescentes (fls. 02), os fatos narrados na exordial analisados conjuntamente com as provas coligidas aos autos demonstram que a referida associação não manteve ou sequer recebeu menores em suas dependências.
>
> A psicóloga responsável pela entidade, Ana Paula Galasso de Carvalho, declarou em duas oportunidades que não havia atendimento de pessoas menores de 18 anos de idade na aludida instituição (fls. 70 e 208). Tal informação foi corroborada pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (fls. 69), pela Vigilância Sanitária (fls. 143), pelo conteúdo do sitio extraído da rede mundial de computadores (fls. 291), bem como pela declaração do próprio corréu (fls. 276).
>
> Ademais, em vistoria realizada no estabelecimento em que funcionava o "Centro Terapêutico Valor da Vida", a agente sanitária Adriana Eiko M. de

Acesso ao Sumário

> Oliveira relatou que "no local não há internos adolescentes e nem idosos, há internos do sexo feminino e masculino maiores de 18 anos" (fls. 80).
> Assim, verifica-se a inexistência de prejuízo ou lesão a direitos de crianças e adolescentes no caso em tela, fato que afasta a competência desta C. Câmara Especial para apreciar o feito.
> Deste modo, suscito o conflito de competência ao Egrégio Órgão Especial, nos termos do artigo 197 do Regimento Interno desta Corte." (j. 12/07/2013)

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 Oswaldo Peregrina Rodrigues, posicionou-se pela procedência da dúvida, com atribuição de competência à C. 12ª Câmara de Direito Público.

É o relatório do essencial.

II - Conheço do conflito, em razão dos princípios da efetividade do processo e da celeridade, em que pese tenha sido suscitado por decisão monocrática do i. VicePresidente e em face de acórdão.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público, objetivando a condenação dos réus em obrigação de não fazer, para cessar a prática de atividades irregulares (centro de reabilitação para toxicómanos que operava sem alvará de funcionamento e sem autorizações dos órgãos públicos competentes), bem como a dissolução da pessoa jurídica que figura no polo passivo.

Os termos do pedido inicial apontam que o fundamento da demanda trata, precipuamente, da saúde pública, sendo certo que eventuais interesses de adolescentes constituem aspecto secundário, apenas na medida em que se verificar a ligação do adolescente à área da saúde pública em questão.

Ademais, como bem pontuou o culto Des. Gonzaga Franceschini , não se chegou a verificar o atendimento concreto de adolescentes pela ré, razão pela qual, nesse contexto, não se vislumbra a competência da Câmara Especial para julgamento do feito, prevalecendo a competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução n. 194/2004 c.c. Provimento 63/2004.

Feitas essas poucas considerações, ficam adotados os fundamentos apontados no parecer do Ministério Público, transcritos a seguir:

> "4. Destarte, o pedido principal tem como fundamento a saúde pública, sendo certo que, eventualmente, poder-se-ia falar em interesses de adolescentes inerentes a essa saúde pública, fato que não ficou apurado. Tanto assim o é que, como se pode aferir, no colendo Juízo de Direito de Primeira Instância o procedimento judicial tramitou pelo juízo cível comum, não pela Vara da Infância e da Juventude, fundamento esse a também justificar a inexistência de interesses direitos afetos a criança e adolescente.
> 5. O art. 148, inciso IV, do ECA (Lei n. 8.069/1990), estatui a competência

absoluta do Juízo de Direito da Infância e Juventude para "conhecer de ações civil fundadas em interesses individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente", complementando o art. 208, § 1°, 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".

O anotado art. 33, inciso IV, do Regimento Interno do TJSP, fixa a competência recursai da egrégia Câmara Especial para conhecer e julgar "os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude".

Neste caso, o pedido inicial e principal refere-se à saúde pública, sendo certo que, subsidiariamente, poder-se-ia ter interesses de adolescentes, o que não se verificou, o que retira a competência recursai dessa Câmara Especial."

Concluindo, respeitado o entendimento da C. Câmara suscitada, a competência para julgar o recurso lhe é atribuída.

III - Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, para que a competência seja fixada junto à 12ª Câmara de Direito Público, para onde o processo deverá ser encaminhado. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0125142-63.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBL ICO DO TRI BUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 10ª 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 CON FLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9 ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUST IÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO . V.U ." , de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 28.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (P residente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERRE I RA RODR IG U ES, PÉR ICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PAOIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CH ICUTA , ENIO ZULIANI, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS

Acesso ao Sumário

MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA .

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação indenizatória proposta em face de concessionária de serviço público ('CPTM'). Fatos que não envolvem acidente automobilístico, em si, mas assalto ocorrido em estação ferroviária. Pretendido reconhecimento de responsabilidade objetiva, com fundamento no art. 37, § 6°, da Constituição Federal. Distribuídos os autos, inicialmente, à C. 10ª Câmara de Direito Privado, foram eles redistribuídos, posteriormente, à Eg. 9ª Câmara de Direito Público, onde suscitado o conflito. Resolução nº 194/2004, cc. o Provimento nº 63/2004. Precedentes diversos deste C. Órgão Especial. Conflito julgado improcedente, para declarar competente a C. 9ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Visto.

Conflito de Competência suscitado pela **9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo**, em face de v. acordão proferido pela **10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, esta última a declinar da competência, entendendo que se trata de "*Neste passo, fácil perceber que a apelante enquadra-se como empresa cooperativa por trazer característica de acessorabilidade, sendo certo que presta relevantes serviços à população através do transporte ferroviário de massa, beneficiando a coletividade ao assegurar o acesso ao transporte urbano, em manifesta comunhão de aspirações com o Poder Público, não restando dúvida quanto à sua representação como ente paraestatal. Portanto, a competência recursal é de uma das Câmaras de Direito Público*", f. 215/217.

Destaca a d. Câmara suscitante, no entanto, que "*No mais, a presente ação indenizatória versa sobre reparação de dano causado em acidente ferroviário, donde a matéria é de competência da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 2º, inciso III, d a Resolução 194/2004. Daí porque, a competência para conhecer deste recurso é de uma das Câmaras de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, ao qual deverá ser redistribuído.*", f. 228/231.

Autos distribuídos (f. 235), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer

Acesso ao Sumário

respeitável, pela improcedência da dúvida de competência – f. 239/246 -, não obstante equívoco material que se constata na parte final da peça elaborada pelo d . '*Parquet*', chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **23.jul.2013** - f. 247.

É o relatório.

Com razão a d. Câmara Suscitada.

O caso ê mesmo de competência da Eg. 9ª Câmara de Direito Público desta Colenda Corte de Justiça.

Data venia.

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.

Vale anotar que não se aplica, '*in casu*', a recentíssima alteração promovida pela Resolução nº 605/ 2013 deste E. Tribunal de Justiça, dês que os fatos não versam sobre acidente automobilístico propriamente dito - o que implicaria em competência a ser distribuída para uma das 25ª à 36ª Câmaras de Direito Público -, mas **assalto ocorrido em estação ferroviária**, o que configura **ilícito extracontratual de concessionários e permissionários de serviço público**.

E se assim ê, ao examinar-se o pedido formulado na inicial, constata-se que, durante **assalto ocorrido no interior da estação ferroviária**, teve a autora subtraída, mediante emprego grave ameaça exercida com utilização de arma de fogo, sua bolsa, contendo documentos, dinheiro e telefone celular, razão pela qual formulou pedido de indenização por danos materiais e morais em face de sociedade de economia mista, prestadora de serviço público ('Companhia Pau lista de Trens Metropolitanos – CPTM'), invocando-se, para tanto, **expressamente, o art. 37, § 6°, da Constituição Federal**, f. 2/6.

Assim, percebe-se que o fundamento nuclear da demanda diz respeito à eventual responsabilidade civil objetiva da 'CPTM', o que estaria a viabilizar a procedência ou não da ação indenizatória.

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, bem como no Provimento n.º 63/2004, a competência para apreciação do feito pertence a uma das Câmaras entre a 1ª e a 13ª, da Seção de Direito Público deste Eg. Tribunal de Justiça.

Dês que antes da unificação dos Tribunais, promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, cabia à Seção de Direito Público apreciar e julgar, entre outras, as "*ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de apossamento administrativo, ocupação temporário, imposição*

Acesso ao Sumário

de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como ***ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público***".

Daí que, tendo a ação de indenização sido ajuizada com fundamento principal na responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público (‘CPTM), a competência, já se disse, ê mesmo da 9ª Câmara de Direito Público.

Como tem decidido este C. Órgão Especial, *in verbis*:

"Dúvida de competência. Ação de reparação de danos causados por obra pública estadual. Não conhecimento do agravo de instrumento pela 29ª Câmara de Direito Privado em razão de se enquadrar os danos como sendo de responsabilidade civil extracontratual do Estado. Competência recusada pela 7ª Câmara de Direito Público e suscitação de dúvida de competência. Competência firmada pelos fundamentos expostos na petição inicial. Danos
reclamados com base na responsabilidade objetiva da prestadora dos serviços públicos pelos danos causados. Causa de pedir que se insere dentre as matérias de competência da Seção de Direito Público. Dúvida de competência julgada improcedente.
Em se cuidando de ação indenizatória e na qual a causa de pedir é a responsabilidade civil extracontratual objetiva de sociedade de economia pelos prejuízos causados na execução de obra pública, a competência recursal é de qualquer das Câmaras da Seção de Direito Público". ***(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Kioitsi Chicuta, Conflito de Competência nº 0237662-34.2011.8.26.0000, j. 23.11.2011, v.u.)***

"*Dúvida de competência - Ação de Reparação de danos materiais e morais impetrada contra sociedade de economia mista prestadora de serviço público - Responsabilidade constitucionalmente objetiva do Estado - Art. 37, § 6°, da Carta Magna expressamente citado na inicial - Competência recursal da Seção de Direito Público (1ª a 13ª Câmaras) - Inteligência do artigo 2º, II, a, da Resolução 194/04 - Dúvida procedente, com determinação*". **(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Walter de Almeida Guilherme, Conflito de Competência nº 173730-0/0-00, j. 01.04.2009, por maioria)**

"*Conflito de competência. Ação indenizatória proposta em face de concessionária de serviço público. Matéria afeta à Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Competência da E. 13ª Câmara de Direito Público*". **(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Antônio Luiz Reis Kuntz, Conflito de Competência nº 0512154-47.2010.8.26.0000, j. 02.02.2011, v.u.)**

POSTO, **julga-se improcedente o conflito**, reconhecendo-se como competente, para apreciação e julgamento do recurso, a **C. 9.ª Câmara de Direito Público**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0105177-02.2013.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é suscitante lª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAU LO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. CASTILHO BARBOSA E KIOITSI CHICUTA.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 30132)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, 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, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Conflito de competência - Ação regressiva de indenização - Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público.

1. O critério balizador d a competência recursai é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir.

2. A competência para processar e julgar ação regressiva de indenização decorrente de acidente envolvendo veiculas automotores, sendo um deles pertencente a pessoa jurídica de direito, é da Subseção de Direito Privado III (Câmaras 25ª a 36ª).

Inteligência do artigo 2°, inciso III, alínea "c", da Resolução nº 194/2004, com a nova redação dada pela proposta de Resolução aprovada pelo Órgão Especial na sessão de 26.06.2013. Materializada na Resolução

Acesso ao Sumário

605/2013.
Reconhecida a competência da 32ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso. Conflito de competência procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Primeira Câmara de Direito Público deste Sodalício em face da Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado desta Corte, extraído dos autos da ação regressiva de reparação de danos oriundos de colisão de veículos.

Consoante a Câmara Suscitada, a competência para apreciar e decidir o inconformismo recursal é de uma das Câmaras de Direito Público, uma vez que "*...a ação regressiva de reparação de danos sofridos por acidente de veículo ocorrido com veículo oficial da Municipalidade de Cotia não envolve matéria atinente à inserida no rol d as ações de julgamento afeto" à sua competência, tendo em conta ainda "o artigo 37, § 6° da Constituição Federal, Provimento n º 73/2008 e as Resoluções nºs 194/2004 e 281/ 2006*" (cf. fls. 161/ 165).

Segundo a Câmara Suscitante, "*Conquanto se encontre no polo passivo desta ação pessoa jurídica de direito público, inolvidável que a competência há de ser fixada em razão da matéria e não da qualidade da parte". Além disso, no caso, "Verifica-se que não trata a lide de responsabilidade civil contra o Estado, por falha ou ausência de serviço público, mas sim de ação de reparação de danos", ou seja, no caso, "discute se a responsabilidade do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causaram a terceiros nos termos do artigo 37, § 6° da Constituição Federal*" (cf. fls. 174/180).

Processado o incidente, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência, reconhecendo a colenda 1ª Câmara de Direito público competente para conhecer, processar e julgar o recurso (parecer de fls. 187/ 189).

É o relatório.

De rigor o acolhimento deste incidente.

O bem lançado parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Promotor de Justiça Fernando Reverendo Vidal Akaoui e do Procurador de Justiça Motauri Ciocchetti de Souza, contém preciso exame do tema, dele destacando-se:

"*A competência dos Tribunais Estaduais será fixada por suas respectivas Constituições (art. 125, § 1°, da CF); no estado de São Paulo essa competência foi atribuída ao próprio Tribunal de Justiça (art. 69, II, "a", da CESP), por esse colendo (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, em regra, são regulamentadas pela Resolução

Acesso ao Sumário

n. 194/2004 (com as alterações decorrentes das Resoluções nº 274/ 2006, 281/ 2006 e 471/2008) - c/c. o que ditava o ANEXO I do Provimento n. 063/2004, quando cabível - do TJSP.

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'.

"Pois bem, no caso, o pedido formulado pela autoraapelante é no sentido de que seja ressarcida dos valores pagos a segurada sua, em razão dos danos que esta sofreu em decorrência de acidente de trânsito com envolvimento de veículo pertencente à Municipalidade de Cotia".

Nesta ótica, ou seja, na medida em que a competência para o julgamento da lide é definida em razão da natureza jurídica da questão controvertida, que é extraída do pedido e da causa de pedir, vale dizer, 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)[1], estes que são fixados quando da propositura da demanda, por intermédio da petição (artigos 100 e 101 do Regimento Interno deste Tribunal).

No caso, na ação regressiva de reparação de dano promovida pela seguradora, a ré ostenta a qualidade de pessoa jurídica de direito público e a pretensão exordial veio embasada, tão-somente, em responsabilidade civil extracontratual decorrente de suposta culpa de seu preposto pelo evento danoso consistente, consoante se alegou, em colidir "na traseira do veículo da cliente da autora".

Sobre o tema, este órgão Especial, em virtude dos inúmeros conflitos de competência decorrentes de demandas que versam sobre acidente de veículos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, concessionárias ou permissionárias, aprovou, em sessão realizada em 12.06.13, proposta de Resolução que vem alterar a alínea "c", inciso III, do artigo 2º da Resolução nº 194/2004, apresentada pelo eminente Desembargador Kioitsi Chicuta, ainda não publicada no Diário de Justiça Eletrônico, assim redigida:

Art. 1º - Modificar a alínea "c", do inciso III, do artigo 2° da Resolução nº 194/2004, que passa a ter a seguinte redação:

(...)

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

Acesso ao Sumário

1 STJ; Terceira Seção, CC.nº 97808-PB, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.12.08, DJU 02.02.09, v.u.; CC nº 57.685, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 08.03.06.

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"; (...).

A alteração acima se materializou com edição da Resolução nº605/2013, publicada no Diário de Justiça eletrônico de 10/07/2013.

Diante desse quadro, não resta dúvida de que a competência para julgar ações de reparação de acidente de veículo, envolvendo responsabilidade extracontratual de pessoa jurídica de direito público, concessionária ou permissionária, insere-se no âmbito da Subseção de Direito Privado III.

No mesmo sentido, deste Colendo órgão Especial, confira se: CC. nº 0092075-10.2013.8.26.0000, rel. Des. Caetano Lagrasta, Dje de 29/07/2013.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, reconhecendo-se a competência da C. 32ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal para apreciação e julgamento do recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0133390-18.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 31ª 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 COMPETEN TE A 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO . V.U.. IMPEDIDO O EXMO. SR . DES . LUI S GANZ ERLA .", de conformidade com o voto do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 29.481)**

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, ANTON IO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, DAM IÃO COGAN e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Ação para ver declarada a inexistência de relação jurídica tributária referente à cobrança pelo fornecimento de água, com a consequente repetição dos valores pagos. Resolução nº 194/04 alterada pela Resolução nº 281/06 que estabelece a competência preferencial das 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado para julgamento de ações relativas ao fornecimento de agua. Irrelevante figure como parte autarquia municipal. Precedentes. Competência da 31ª Câmara de Direito Privado para apreciar a demanda (Art. 201 do RITJ).
Conflito procedente. Competente a Câmara suscitada.

VOTO

I. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 11ª Câmara de Direito Público** em face de v. aresto da **Eg. 31ª Câmara de Direito Privado** em **ação** ajuizada por consumidora de água para ver declarada a inexistência de relação jurídica tributária referente a cobrança de taxa de água e esgoto, relativa aos últimos cinco anos (fls. 02/12) julgada improcedente (fls. 138/141).

Entendendo tratar-se de matéria da Seção de Direito Público, não se conheceu do recurso, determinada a remessa dos autos para redistribuição (fls. 186/190).

Redistribuído o recurso (fls. 194), a 11ª Câmara de Direito Público declarou-se incompetente suscitando Conflito de Competência (fls. 199/204).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

Trata-se de ação declaratória cujo pedido assim está redigido: "*Seja, ao final, julgada PROCEDENTE presente ação com a declaração da inexistência da relação jurídica tributária que enseja a cobrança da Taxa de Água e Esgoto, pela ilegalidade de sua constituição e exigência, relativa aos últimos cinco anos, constituindo o direito da autora à restituição relativas ao cinco últimos anos pagos e condenando a ré a efetuar a devida repetição.*" (fls. 11). Pretende-se, consequentemente, o reconhecimento da inexistência de relação jurídico tributária referente à **cobrança da taxa de água e esgoto** relativa aos últimos cinco anos, diante de irregularidades no aferimento do consumo, com a consequente repetição dos valores pagos.

Irrelevante figurar como parte autarquia municipal ou o fornecimento de água ser prestado pela administração direta ou indireta. Firma-se a competência recursal no âmbito desse **Eg. Tribunal de Justiça *ratione materiae*** e **não *ratione personae***. Já firmada a competência da Sessão de Direito Privado em

Acesso ao Sumário

feito semelhante, também ajuizado contra o Serviço Autônomo Água e Esgoto de Guarulhos SAA E (CC 258.757- CC nº 0.258.757-86.20120.8.26.0000 - Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA** -v.u. j. de 23.01.13).

A **Resolução nº 194/2004** do Tribunal de Justiça, alterada pela **Resolução 281/06**, estabeleceu a competência preferencial das **11ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado** para o exame d e ações desta natureza ("d) serão da competência preferencial das 11" a 36º 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;" - grifei - art. 2°, inciso III, alínea 'd').

Assim se tem reiteradamente decidi do nesse **Colendo Órgão Especial** quanto à matéria, além dos arestos referi dos pela Douta Procuradoria (fls. 215):

"Ementa: Conflito de competência. Recurso inicialn1ente distribuído à 11ª Câmara da Seção de Direito Privado e que, redistribuído à 18º Câmara da Seção de Direito Público, gerou a suscitação de dúvida. Ação declaratória de inexigibilidade de débito relativo à prestação dos serviços de distribuição de água e coleta de esgoto. Matéria regida pelo Direito Privado. Serviço prestado por autarquia municipal. Irrelevância. Competência recursal determinada pela matéria discutida e não pela qualidade da parte. Resolução 194/2004 e Anexo I do Provimento nº 063/04 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Conflito procedente e fixação da competência da 11ª Câmara da Seção de Direito Privado." (CC nº 0.258.757- 86.201 2.8.26.0000 - v.u. j. de 23.01.13 - Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**).

"Conflito de competência entre a 29º Câm. de Dr. Privado e a 18º Câm. de Dir. Público - Ação ordinária visando à declaração de inexistência de débito oriundo de contrato de prestação de serviços - Matéria afeta à 11ª a 36º Câmaras de Direito Privado (artigo 2º inciso III, alínea d, da Res. 194/04 do TJSP) - Precedentes deste C. Órgão Especial em casos análogos - Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitada, a 29ª Câmara de Direito Privado." (CC nº 0.186.993-55.2012.8.26.0000-v.u. j. de 12.12.12 - Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**).

"Dúvida de Competência. Apelação referente à ação declaratória de inexistência de débito em face do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - Sorocaba. Pleito de reconhecimento da inexistência de dívida ou consideração dos valores já pagos pela autora. Dúvida procedente. Competência da 31º Câmara de Direito Privado." (CC nº 0.265.543-83.2011.8.26.0000 - v.u. j. de 19.09.12 - Rel. Des. **LUIZ PANTALEÃO**).

"Conflito de competência - Ação de Obrigação de Fazer ajuizada

Acesso ao Sumário

contra o Serviço Municipal de Água e Esgoto SEMAE - Alegação de cobrança de valores indevidos - O artigo 2º inciso III, letra 'd' da Resolução 194/2004 deste Órgão Especial expressamente prevê que serão da competência preferencial das 11ª a 36º Câmaras de Direito Privado as ações que envolvam obrigações irradiadas de contratos de fornecimento de água - Irrelevância da natureza jurídica da prestadora do contrato - Conflito procedente para declarar competente a 31º Câmara de Direito Privado - Precedentes do Órgão Especial." (CC nº 0.234.832-95.2011.8.26.0000 - v.u. j. de 23.11.11 - Rel. Des. **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**).

Tal é o caso dos autos.

Procedente o conflito, nos termos do **art. 201 do Regimento Interno**, firmo a competência da **Eg. 31ª Câmara de Direito Privado** para apreciar e julgar o presente recurso,

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 31ª Câmara de Direito Privado.

ANTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0162256-36.2013.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBL ICO 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.

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 TRI BUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 24.716)**

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 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.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de outubro de 2013.
XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO RELATIVA A ALUGUEL DE BEM IMÓVEL - COMPETÊNCIA – CÂMARA DIREITO PRIVADO - Tratando-se de ação relativa a contrato de locação de imóvel, regido pelo direito privado, é irrelevante a presença, num dos polos, de pessoa jurídica de direito público - Pedido inicial que determina a competência do órgão julgador - Acolhe-se o conflito reconhecendo-se a competência da 30ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de CONFLITO DE COMPETÊNCIA suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público nos autos de Apelação Cível interposta em ação que versa sobre recebimento de aluguéis e multa decorrente de contrato de locação ajuizada por DIRCE TEREZINHA DA SILVA TALLADA E OUTRO contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHA COMPRIDA.

O recurso foi distribuído inicialmente à 30ª Câmara de Direito Privado, que não o conheceu, determinando a remessa dos autos à Seção de Direito Público, por entender ter por objeto contrato administrativo (fls. 120/122).

A 6ª Câmara de Direito Público, por sua vez, suscitou o incidente, sob o entendimento de que se trata de locação de imóveis, regida pelo direito privado, a discussão não transbordou os l imites de questões eminentemente contratuais, não se transformando em administrativo o contrato subscrito por pessoa jurídica de direito público (fls. 1301135).

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência relativo a contrato de locação de imóveis, regido pelo direito privado, sendo irrelevante que figure, num dos polos, pessoa jurídica de direito público.

Ressalte-se que, como consta do art. 100 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, e da iterativa jurisprudência deste Colendo Órgão Especial, o pedido inicial é o que fixa competência do órgão julgador.

Nesse sentido, em casos análogos, são os Conflitos de Competência 0176880-27.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Kioitsi Chicuta, julgado em 07 de novembro de 2012, e o 0082917-62.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Roberto Mac Cracken, julgado em 17 de outubro de 2012, cujas ementas seguem, respectivamente:

"*Ementa: Conflito de competência. Recurso inicialmente distribuído à 38ª Câmara da Seção de Direito Privado e que, redistribuído*

Acesso ao Sumário

à 12ª Câmara da Seção de Direito Público, gerou a suscitação de dúvida. Ação em que se pleiteia cobrança de valores decorrente de contrato de subempreitada. Contrato não sujeito a regime especial do Direito Administrativo. Relação jurídica de direito privado, regida pelo Direito Civil. Matéria vinculada à Seção de Direito Privado. Competência recursal determinada pelo conteúdo da petição inicial. Resolução 194/2004 e Anexo I do Provimento nº 06312004 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Conflito procedente e fixação da competência da 38ª Câmara da Seção de Direito Privado".

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E RESTITUIÇÃO DE VALORES - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – ENTE PÚBLICO INTEGRANDO O POLO PASSIVO – COMPETÊNCIA FIRMADA NOS TERMOS DO PEDIDO INICI AL - DÚVIDA DE COMPTÊNCIA ACOLHIDA - Trata-se de dúvida de competência suscitada nos autos do recurso de apelação interposto em face da r. sentença prolatada na ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, cumulado com pedido de restituição de parcelas pagas, celebrado com pessoa jurídica de direito privado - Não obstante o polo passivo ser integrado por empresa pública, a competência, em grau de recurso, é firmada pelo pedido inicial, nos termos do art. 100 do Regimento Interno desta Egrégia Corte - Matéria de competência da Subseção de Direito Privado l , nos termos da Resolução 194/04 e do Provimento 63/2004 desta Egrégia Corte - Competência da Colenda 9ª Câmara de Direito Privado - Dúvida de competência acolhida".

Outro não é o entendimento da Procuradoria Geral de Justiça, que já se manifestou em caso análogo nos autos do conflito de competência nº 0217429-79.2012.8.26.0000, desta Relatoria:

"Determina a **Resolução n. 194/2004**, com a redação que lhe deu a **Resolução n. 281/2006**, que, em relação à Seção de Direito Privado, as 11ª a 36ª Câmaras possuem competência preferencial para '*as ações relativas à locação ou prestações 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 telefonia*'.".

Em assim sendo, como se discute, no caso em tela, o valor de aluguel decorrente de contrato de locação, este de natureza privada, compete a uma das Câmaras de Direito Privado o julgamento do presente recurso.

A competência para julgar processo relacionado a contrato de locação, que é de Direito Privado, não é afetada pela qualidade das partes litigantes, vez que é determinada pela matéria discutida na demanda" (grifos dele).

Isto posto, julga-se procedente o Conflito, reconhecendo-se a competência

Acesso ao Sumário

da 30ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0176867-91.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTA DO DE SÃO PAULO. V.U., IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GONZAGA FRANCESCHINI E SAMUEL JÚNIOR.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 30.445)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, 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.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCI A - Mandado de Segurança contra ato que indeferiu pedido de restabelecimento de pensão paga a menor - Presença de ente público no pólo passivo da demanda e discussão de sua permanência na ação - Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução n° 194/2004 e Assento Regimental n° 382/2008 - Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela Câmara Especial desta Corte em razão

de decisão monocrática proferida pelo Exma. Sra. Desa. Isabel Cogan, com assento na 12ª Câmara de Direito Público, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso do Agravo de Instrumento nº 00903394-05.2013.8.26.00000, que versa sobre impetração contra decisão que indeferiu pedido de restabelecimento de pensão paga a menor.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 02/20) e dos documentos que a instruíram, tratar-se de Mandado de Segurança contra ato que indeferiu pedido de restabelecimento de pensão oriunda de servidor público, paga a menor.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 12ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 194/2004 e Assento Regimental nº 382/2008, posto que compete às Câmaras de Direito Público apreciar as ações de cobrança de benefício previdenciário (pensão por morte) decorrente de vínculo empregatício público.

Assim, a análise da presença de ente público no pólo passivo da demanda, bem como, a discussão de sua permanência na ação, são matérias que devem ser analisadas pela Seção de Direito Público.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitada, a 12ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0164355-76.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRI BUNAL 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, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do (a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 20.766)**

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, RENATO NALINI, ROBERTO

Acesso ao Sumário

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.

CAUDURO PADIN, Relator

Conflito de Competência. Ação de cancelamento e retificação de registro público. Conexão com ação de desapropriação e ação de declaratória. Interesse estatal. Agravo anterior julgado por Câmara incompetente, que não induz à prevenção. Conflito procedente para declarar a com petência da 5ª Câmara de Direito Público desta Corte.

VOTO

Vistos.

Trata -se de conflito de competência suscitado pela 4ª Câmara de Direito Privado em relação à 5ª Câmara de Direito Público, ambas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento contra decisão proferida em ação de cancelamento e retificação de registro público.

Alega a suscitante, 4ª Câmara de Direito Privado, que a presente causa tem conexão com ação de desapropriação indireta, que se encontra apensada aos autos e que a competência é da Câmara de Direito Público.

A Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Público, por sua vez, alega a prevenção da Câmara suscitante para julgar o presente feito, nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pe1a procedência da dúvida para declarar a competência da 5ª Câmara da Seção de Direito Público (fls. 250/ 253).

É o relatório.

Cuida-se de ação de ação de cancelamento e retificação de registro público, pela qual a autora (Fazenda Pública do Estado de São Paulo) pleiteia o cancelamento de matrícula do imóvel registrada em nome da empresa agravante Agropecuária e Participações Rio Turvo Ltda., alegando que a área em questão, parte pertence a terceiros, e parte são terras devolutas, portanto, quer regularizar o título de propriedade.

As partes informam nos autos que a presente ação encontra-se apensada aos autos de indenização por desapropriação indireta, onde a empresa agravante pleiteou indenização em decorrência da desapropriação de área devido à criação do Parque Estadual da Serra do Mar e aos autos de ação declaratória de nulidade de ato jurídico, onde a Fazenda do Estado de São Paulo busca reverter o decidido na ação indenizatória. Houve a procedência da ação de indenização, buscando, assim, a Fazenda do Estado de São Paulo, com a presente ação, demonstrar que

Acesso ao Sumário

o valor não é devido, tendo em vista, a não titularidade do domínio da área em questão.

De acordo com o disposto no ar t. 100 do Regimento Interno deste Tribunal, a competência é determinada pelos termos do pedido inicial. Confira-se:

"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".

À luz da peça inicial, a discussão trata de questão estatal, onde a Fazenda busca garantir o seu direito de propriedade sobre a área.

Desta forma há conexão entre as ações.

Veja-se o que observou a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo:

"O interesse estatal é inconteste, bem como o fato de que, ainda que indiretamente, a ação proposta com a finalidade de cancelar aquele registro imobiliário busca garantir a propriedade do Estado de São Paulo sobre parte da área, já reconhecida, repetimos, como área devoluta.

Assim, a conexão entre a ação que discute a responsabilidade do Estado pelo apossamento administrativo e a busca pela regularização dominial da área devoluta, parecem se enquadrar nos incisos VII e IX do capítulo do Provimento nº 63/2004 que trata da competência da Seção de Direito Público desta colenda Cor te de Justiça. E, ainda, poderíamos enquadrar a questão dentro da competência residual do inc. XIII, do mesmo capítulo" (fls. 252/ 253).

A 4ª Câmara de Direito Privado já se pronunciou neste feito (AI nº 687.276-4/4), por decisão monocrática, confirmada no agravo interno nº 687.276.4/8-02. Todavia, em exceção de incompetência, também julgada por aquela Câmara, foi reconhecida a prevenção da 5ª Câmara de Direito Público.

E, ainda, que julgado recurso, a 4ª Câmara de Direito Privado era incompetente para tanto, não se reconhecendo, portanto, a prevenção.

Há que se observar que a Câmara suscita da teve incialmente o recurso distribuído à ela, em decorrência de prevenção, devido ao julgamento do AI nº 0387118- 29.2009.8.26.0000 nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico que, como já dito, tem conexão com a presente ação.

Daí porque julgo procedente o conflito para declarar competente a 5ª Câmara da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0183591-14.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 7ª

CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUST IÇA DE SÃO PAU LO, é suscitado 8ª 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 8ª 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 29.187)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, 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 RIBEI RO e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 27 de novembro de 2013.

CASTILHO BARBOSA, Relator

Conflito de Competência - Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável "*post mortem*"- Resolução nº 623/2013 (Art. 5º, I, 1.9 - "Ações resultantes de união estável") - Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras) - Conflito julgado procedente, declarando se a competência da C. 8º Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência entre a 7ª Câmara de Direito Público e a 8ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal, figurando como suscitante a 7ª Câmara de Direito Público, em Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável "*post mortem*" no pressuposto de convivência sem impedimentos e com notória coabitação e dependência econômica.

Opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça pela competência da 8ª Câmara de Direito Privado.

É o sucinto relatório.

E não há o que se objetar quanto ao adequado parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça - pela competência do Direito Privado - valendo a transcrição do seguinte trecho:

"I. A competência dos Tribunais Estaduais será fixada por suas

Acesso ao Sumário

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, 471/2008 e 605/2013) - combinada com o que ditava o Anexo I do Provimento n. 063/2004 - do TJSP.

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".

Destarte, é o pedido inicial formulado na ação principal - portanto, a matéria objeto de conflito de interesses - que norteará a fixação da competência recursal, independentemente da qualidade ou natureza jurídica das pessoas que figuram nos polos ativo e passivo da relação jurídica processual.

3. Neste caso, o pedido inicial é de reconhecimento de uma união estável post mortem, que, por se tratar de herança jacente, figura no polo passivo o Poder Público.
União estável - então denominada de concubinato puro -, nos ditames constitucionais, é uma das formos de constituição de família (art.216, § 3º, CF/1988).

4. A aludida Resolução n. 194/2004 determina que, na Egrégia Seção de Direito Privado, suas 10 primeiras Câmaras terão " (...) competência preferencial da atual Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, acrescida das ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos" (art. 2º, III, "a" - redação pela Resolução n. 281/2006).

Por seu turno, o Provimento n. 63/2004, em seu Anexo I, ao estabelecer a competência da Augusta SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, fixou em seu item IX as "Ações resultantes de concubinato".

Deveras, decorrência da Matéria posta em debate, nestes autos, a competência recursal é da Colenda Seção de Direito Privado, especificamente, por sua Subseção I.

5. Por isso, com fulcro nas normas regimentais pertinentes, ao prolatar seu v. voto, o Eminente Desembargador COIMBRA SCHMIDT ditou que " (...) a competência recursal é estabelecida não em razão da pessoa,

Acesso ao Sumário

demandante ou demandada, mas da natureza da relação jurídica. Resulta que, pelos termos do pedido formulado na inicial a apreciação do presente feito competia mesmo, 'data venia', à Seção de Direito Privado, à qual foi o recurso originariamente distribuído" (fls. "148").

6. Com efeito, procede este Conflito de Competência, a qual merece ser concedida à Colenda Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça Paulista.

ANTE O EXPOSTO, aguarda a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo que seja julgado procedente este Conflito de Competência suscitado quanto ao recurso de apelação originário do egrégio Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional XI - Pinheiros - da Comarca de São Paulo (SP), reconhecendo a Colenda 8ª CÂMARA DA SEÇÂO DE DIREITO PRIVADO competente para conhecer, processar e julgar o recurso." (fls. 157/159).

Ainda, com a edição da Resolução nº 623/2013 a competência em discussão ficou expressamente definida:

"(...)

Art. 5º A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

I - Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.9 - Ações resultantes de união estável;

(...)"

Diante desse quadro, só resta julgar-se procedente o conflito considerando-se como competente a 8ª Câmara de Direito Privado, na condição de suscitada. CASTILHO BARBOSA, Relator

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0184771-65.2013.8.26.0000, da Comarca de Cândido Mota, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 1° 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 Iª 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 28.079)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, 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 e ROBERTO MORTAR I .

São Paulo, 27 de novembro de 2013.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Conflito negativo de competência. Ação Civil Pública. Regularização de loteamento clandestino. Julgada improcedente em 1°grau de jurisdição. Apelo ministerial. Conflito negativo de competência suscitado quando da análise do Recurso de Apelação interposto. Matéria 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 1ª Câmara de Direito Privado para julgamento da apelação.

VOTO

I - Trata-se de **Conflito de Competência** em Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Adail Dias Saltão, o qual efetuou loteamento clandestino na propriedade denominada Sítio São João, proceder não acompanhado das necessárias aprovações dos órgãos públicos competentes para tal fim.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Cândido Mota, julgou improcedente a ação, isentando o autor das custas, despesas processuais e honorários advocatícios por isenção legal (art. 18 da LACP). Declarou extinta ação com escopo no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil (cf. fls. 419/421).

O representante do *Parquet*, inconformado com o desfecho da ação,

Acesso ao Sumário

interpôs recurso de Apelação, o qual foi distribuído a 1ª Câmara de Direito Privado (cf. fl. 455).

Submetido o feito a julgamento, por decisão unânime, "*não conheceram do recurso, determinando a remessa dos Autos à Câmara Especial do Meio Ambiente*", por entender que a controvérsia permeia os interesses metaindividuais relacionados ao meio ambiente, e por consequência da competência da Câmara do Meio Ambiente (Resolução 240/2005).

A distribuição foi renovada (cf. fl. 467), remetendo-se o feito à Câmara Reservada ao Meio Ambiente, a qual não conheceu do recurso e suscito conflito negativo de competência nos moldes do artigo 219 do Regimento Interno desta Corte (cf. fls. 474/480).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da suscitada, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Privado desta Corte de Justiça (cf. fls. 488/490).

É o relatório

II - Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes da Colenda 1ª 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 o Ministério Público pretende a condenação do requerido à obrigação de fazer, para **regularização de loteamento** (cf. fls. 397/417).

Assim, a demanda envolve interesse **exclusivamente particular**, como be1n apontou o d. Promotor de Justiça, Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, parecer chancelado pelo d. Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico, Dr. Sérgio Turra Sobrane, a saber: "... *claramente se verifica da peça vestibular que a pretensão do Ministério Público é a regularização de ilegal parcelamento do solo urbano, sendo que há pedido de indenização por eventuais danos ambientais e urbanísticos da ação do recorrido*" (cf. fls. 490, § 1º).

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 447/2008, 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*

Acesso ao Sumário

a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (original sem grifos).

Repita-se que, o tema em debate na ação principal tem nítido cunho de direito privado, pois o que se busca diretamente é a submissão do loteamento a: (i) aprovação pela Prefeitura (art. 12, Lei 6.766/79); *(ii) efetivação do registro especial (art. 18, da Lei 6.766/79); (iii) elaboração de contrato-padrão contendo cláusulas e condições protetivas ditadas por lei (arts. 25 a 36, Lei 6.766/79; (iv) estar a gleba situada foras das áreas de risco ou de proteção ambiental (art. 3 par. Único, Lei nº 6.766/79), e em zona urbana ou de expansão urbana, sendo imperiosa* ***prévia audiência*** *do INCRA, quando houver a alteração de uso do solo rural para fins urbanos (arts. 3º, caput, e 53, Lei 6.766/79);* por fim *(v) execução de obras de infraestrutura (art. 18, V, Lei 6.766179)*" (cf. fls. 402 e 403).

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 1ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 19412004 c.c. Provimento nº 63/2004, ambos deste E. Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 1ª 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 0186280-31.2013.8.26.0000, da Comarca de Francisco Morato, em que é suscitante 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª 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 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. LUIS GANZERLA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.057)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI

Acesso ao Sumário

(Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 27 de novembro de 2013.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação de reintegração de posse. Autorização de uso concedida por empresa de economia mista - CPTM. Matéria afeta à Câmara de Direito Público por se tratar de discussão acerca de uso sobre bem público. Interesse Público inerente. Expressa disposição na alínea IX do Provimento n.º 63/2004 da Presidência desta Corte. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito acolhido para declarar como competente a 11ª Câmara de Direito Público.

VOTO

1 - Trata-se de conflito de competência suscitado pela 20ª Câmara de Direito Privado no julgamento da Apelação interposta por CAFÉ SOTERO LTDA., contra a sentença proferida pelo magistrado da 2ª Vara Judicial da Comarca de Francisco Morato nos autos de Ação de Reintegração de Posse (Processo nº 0304/2010) ajuizada pela COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM, que julgou procedente o feito.

O referido recurso foi distribuído para a 11ª Câmara de Direito Público, porém, o recurso não foi conhecido, sob o entendimento de que a matéria seria afeta à Seção de Direito Privado desta Corte (fls. 99/103).

Distribuído o recurso para a 20ª Câmara de Direito Privado, esta, por sua vez, também não o conheceu, suscitando conflito negativo de competência (fls. 107/113).

Pela procedência do conflito de competência é o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 121/127).

É o relatório.

II - Em que pese a r. decisão proferida pela 11ª Câmara de Direito Público, pelo meu entendimento, a ela compete julgar o presente recurso de Apelação,

Acesso ao Sumário

tendo sido correta a distribuição originalmente realizada.

É certo que a presente discussão não se encontra pacificada perante este C. Órgão Especial, havendo decisões em ambos os sentidos.

Entretanto, pela leitura da petição inicial, verifica-se a ação versa sobre pedido de reintegração de posse, decorrente de autorização de uso concedida pela CPTM, para que a ré utilizasse espaço público para a instalação de um quiosque para venda de alimentos (cf. contrato de fls. 09/10).

Ao que pese a autora seja uma sociedade de economia mista, pertencente à administração indireta, o espaço localizado no interior da estação ferroviária de transporte de passageiros é um bem público.

Tanto que não foi realizado um contrato de locação entre as partes, mas sim uma autorização de uso.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello autorização "*é o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário*" (Curso de Direito Administrativo, 30ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros).

Podemos entender como atividade material a empresarial, ou seja, o órgão público concede a um particular o direito de explorar sua atividade comercial em área pública de sua propriedade.

Tal instituto se relaciona com a seção de direito público, haja vista que, apesar do ato administrativo trazer modesta renda para a sociedade de economia mista, por ser essa pertencente à Administração Pública, presente o interesse público.

Configurada a ocupação de bem público por particular, as ações possessórias acerca de tal tema são de competência da Seção de Direito Público, da 1ª à 13ª Câmaras, por expressa previsão no art. 2º, II, "a" da Resolução n.º 194/2004 e a alínea IX do Anexo I do Provimento n.º 63/2004:

> *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:*
>
> *II - Seção de Direito Público - 17 (dezessete) Câmaras numeradas ordinalmente, incluídas as existentes, assim distribuídas:*
>
> *a) 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial da atual Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;*
>
> *Anexo I*
>
> *(...)*
>
> *IX - Ações possessórias por ocupação ou uso de bem público;*

Ressalte-se que este C. Órgão Especial, em caso análogo, inclusive envolvendo a CPTM, **por votação unânime**, decidiu pela competência da 11ª Câmara de Direito Público:

Acesso ao Sumário

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Uso especial de bem público - A autorização de uso é, por excelência, como todos sabem, ato unilateral, discricionário e precário por força do qual a Administração consente na prática de atividade, ordinariamente empresarial, sobre bem público. O instituto nada tem a ver com a Seção de Direito Privado deste egrégio Tribunal porquanto encerra contrato de direito público informado pelo interesse público, ainda que consubstanciado em modesta renda para sociedade de economia mista pertencente à administração indireta estadual, vinculada à Secretaria de Transportes Metropolitanos - Competência recursal da Seção de Direito Público - Conflito de competência conhecido para pronunciar a competência recursal da 11ª Câmara de Direito Público. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0147764-73.2012.8.26.0000, Rel. Silveira Paulilo, j. 29.08.2012).

Ante ao exposto julgo procedente o conflito de competência, reconhecendo a competência da 11ª Câmara de Direito Público, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0138087-82.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante/paciente MARIA DE FATIMA LUNA, é impetrado SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO o PROCESSO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 38.118)**

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, 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

Acesso ao Sumário

RIBEIRO.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: ***Habeas Corpus. Guarda Municipal de Cotia. Permissão para porte de arma de fogo fora do horário de serviço. Ilegitimidade passiva "ad causam" do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Entendimento consolidado neste Órgão Especial. Denegado o writ, com a extinção do processo (nos lermos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil e do artigo 6º, §5º, da Lei nº 12.016/09).***

VOTO

1. *Habeas Corpus* preventivo com pedido liminar, impetrado em favor de Maria de Fátima Luna (guarda municipal de Cotia) contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, visando obter salvo conduto para porte de arma fora do expediente, para não sofrer coação ilegal em seu direito de ir e vir, consubstanciado em eventual prisão por porte ilegal de arma. Alega, a paciente, estar vulnerável aos ataques criminosos. Requer tratamento isonômico concedido aos guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 habitantes, eis que a Lei 10.826/2003 em seu art. 6°, inciso III permitiria o porte de arma em tempo integral.

Vieram as informações da autoridade impetrada (fls. 90/100). A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem e vieram os autos conclusos para os devidos fins.

2. *In casu*, o feito comporta indeferimento liminar, considerando carência da ação por ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Compete à Polícia Federal a autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, nos termos do art. 10 da Lei 10.826/03 e o certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal, com prévia manifestação do SINARM (art. 5º, §1° da citada lei).

Em tal sentido, este Colendo Colegiado pacificou entendimento acerca da ilegitimidade passiva do Secretário da Segurança Pública, como se extrai das seguintes ementas:

"*Habeas Corpus - Guarda municipal da cidade de Americana - Paciente que residiria na comarca de Hortolândia - Pretensão a permissão do porte e uso de arma de fogo em serviço ou fora do horário de trabalho no âmbito da comarca de Hortolândia, urna vez que por força do salvo conduto expedido no processo nº 1.100/2010 estaria autorizado a portar arma de fogo, em serviço*

Acesso ao Sumário

ou fora dele, nos limites do Município de Americana - Ilegitimidade passiva caracterizada - Artigo 6º, inciso IV da Lei nº 10.826/2003 que já teria sido declarada inconstitucional por este Colendo Órgão Especial - Petição inicial indeferida - Extinção do processo sem julgamento do mérito." (HC nº 0178289-38.2012.8.26.0000, Des. Rel. De Santi Ribeiro, j. 27.06.12).

"*Habeas Corpus Preventivo - Impetração em favor de Guardas Municipais dos Municípios de Cotia, Embu das Artes e Itapecerica da Serra - Pleito que objetiva a concessão de salvo conduto para o porte de arma de fogo regularizada e registrada, em serviço ou fora dele, enquanto pertencerem aos quadros das respectivas Guardas Civis - Indicação de Secretário da Segurança Pública como autoridade coatora - Ilegitimidade passiva - Entendimento consolidado neste Órgão Especial – Ordem denegada, revogada a liminar*" (HC nº 0289485-47.2011.8.26.0000, Des. Rel. De Santi Ribeiro, j. 27.06.12).

"*Habeas corpus preventivo - Impetração em favor de guardas civis integrantes das Guardas Civis dos Municípios de Cotia, Itapecerica da Serra, Embu das Artes, Itapevi e Embu Guaçu - Alegação de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 60 da Lei Federal n. 10.826/2003 com a redação da Lei 10.867/2004 ao excluir da proibição do porte de arma de fogo "os integrantes das guardas municipais dos Municípios com menos de 500.000 habitantes, quando em serviço, ofendendo aos princípios da isonomia e da autonomia municipal - Ilegitimidade passiva do Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo - Indeferimento da inicial - Habeas corpus não conhecido*" (HC nº 0009935.50.2012.8.26.0000, Des. Rel. José Reynaldo, j. 27.06.12).

"*HABEAS CORPUS PREVENTIVO - NECESSIDADE DE PORTE DE ARMA DE FOGO PELA GUARDA MUNICIPAL DE VINHEDO MESMO FORA DE SERVIÇO - ILEGITIMIDA DE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA - No mais, a pretensão não se encontra ancorada na legislação pertinente - Inteligência da Lei n. 10.826/03 - Não se conhece do presente writ.*" (HC nº 0329461-95.2010.8.26.0000, Des. Rel. Xavier de Aquino, j. 15.06.2011).

"*Habeas Corpus preventivo - Impetração pela Associação dos Guardas do Município de Cajamar, visando que seus associados possam portar arma de fogo particular, mesmo fora de serviço - Ilegitimidade passiva do Secretário da Segurança Pública, uma vez que não lhe cabe conceder a autorização desejada - Pretensão que, de resto, não encontra amparo legal e nem se presta o "habeas corpus" ao objetivo colimado pela impetrante - Impetração não conhecida*" (HC nº 0321114-73.2010.8.26.0000, Des. Rel. Côrrea Viana, j. 15.09.2010).

3. Com base em tais fundamentos, **denega-se o writ, com a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 5°, da Lei nº 12.016/09. Custas *ex lege***.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 0053393-83.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante AUGUSTO ALVES FILHO, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 27003)**

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, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ALVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Mandado de Injunção – servidor público do município – portador de deficiência física – pretensão de obtenção de aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, I, da CF. Inexistência de norma regulamentadora. Omissão legislativa configurada. Concessão da ordem, aplicando-se, em analogia, a Lei Complementar n. 142/2013.

VOTO

Vistos.

AUGUSTO ALVES FILHO impetra o presente mandado de injunção contra ato omisso do Sr. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Explica que o impetrante iniciou sua carreira de servidor público municipal exercendo o cargo em comissão de pesquisador, tendo seu inicio em 29.8.1983. Depois de exercer vários cargos assumidos após concurso público, como o de engenheiro (nomeação em 25.2.1985), e inspetor fiscal (nomeação em 6.8.1998),

Acesso ao Sumário

atualmente exerce o cargo de auditor fiscal tributário municipal. Ocorre que o impetrante é portador de paralisia infantil - poliomielite - total e irreversível dos membros inferiores, usando aparelho ortopédico e muletas para locomoção. O regime celetista prevê contagem de tempo diferenciada para aposentadoria em casos de atividades exercidas em condições especiais, hipóteses disciplinadas pelo regime geral de previdência. Entretanto, no regime estatutário, ao qual está vinculado o requerente, os casos de aposentadoria especial dos servidores públicos são regidos pelo art. 40, §4°, da CF, mas a aplicação depende de lei complementar ainda não enviada pelo Prefeito Municipal à Câmara para ser votada. Essa lacuna vem prejudicando o impetrante que, após mais de 30 anos de trabalho não consegue obter sua aposentadoria. Requer a procedência da ação para que seja suprida a lacuna normativa, assentando-se o direito do impetrante à aposentadoria especial, em razão do trabalho por mais de 30 anos com deficiência física, adotando a regra dos trabalhadores em geral.

Manifestação do Prefeito Municipal às fls. 146, alegando carência de ação, impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, destaca que não há como o executivo municipal estabelecer uma categoria diferenciada de aposentadoria.

Parecer da PGJ às fls. 154 e seguintes, pela concessão da ordem.

É o relatório.

De proêmio, não há de se falar em carência de ação ou impossibilidade jurídica do pedido, tal como alegado pelo Exmo. Sr. Prefeito. Em verdade, o caso narrado na inicial amolda-se à previsão do art. 5º, LXXI, da CF, na medida em que o pleito envolve obtenção de aposentadoria especial, direito expressamente previsto no inciso I do parágrafo 4º do art. 40 da CF/88. É certo que a hipótese retrata direito atinente à cidadania, de modo que perfeitamente cabível a ação ora analisada. Ademais, a iniciativa de Lei dispondo sobre aposentadoria, nos termos do art. 37, §2º, inciso III, da Lei Orgânica do Municlpio[1] é de competência do prefeito.

Pois bem.

Conforme ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "*o mandado de injunção se presta a fazer com que, na prática, possa ser exercido direito previsto na CF, cuja forma de exercício não se encontra regulamentada por lei infraconstitucional. O impetrante tem o direito, mas não sabe como exercê-lo. Cabe ao juiz determinar o modus faciendi a fim de que o impetrante não fique privado de seu direito constitucionalmente garantido, a pretexto de que não há ainda norma inferior que o regulamente.*

Acesso ao Sumário

1 "Art. 37 - A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.
(...)
§ 2" - São de Iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:
(.,.)
III - servidores públicos, municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"

O Judiciário não edita lei em geral, nem profere sentença normativa, também tampouco determina ao Legislativo a elaboração da lei: estabelece, no caso concreto, como deve ser exercido o direito garantido pela CF". (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 4ª Ed. RT: São Paulo, 2013).

É exatamente o caso dos autos. Conforme demonstram os elementos de prova coligidos, o impetrante - funcionário público do município - é portador de paralisia infantil, locomovendo-se com o auxilio de aparelho ortopédico e um par de muletas, tendo ingressado no funcionalismo público municipal para exercer o cargo de Engenheiro I, por meio de concurso público, em 25.2.1985, situação que o autorizaria a obter a aposentadoria especial ou diferenciada, prevista no texto constitucional, como esposado:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal a 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 preservam o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 4° É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I - portadores de deficiência;

(...)"

Tal previsão foi reproduzida literalmente pela Constituição Bandeirante no seu art. 126, sendo certo que também a Lei Orgânica do Município de São Paulo[2] prevê a aplicação, aos seus servidores, dos benefícios previstos nos artigos 40 e 41 da CF.

Claro, portanto, que o impetrante, na qualidade de servidor municipal com deficiência física faria jus ao beneficio previdenciário especial/diferenciado, do que estaria impossibilitado ante a ausência de lei regulamentadora, o que justificaria a impetração do presente. Isto porque, conforme ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, "o interesse de agir mediante mandado de injunção decorre da titularidade do bem reclamado, pare que a sentença que sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante (SILVA, José Afonso.

Acesso ao Sumário

2 Art. 96 - Os servidores e empregados da administração pública municipal direta. Indireta e fundacional terão plano de carreira.
Parágrafo único - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público da administração direta, das autarquias e das fundações o disposto no artigo 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXX e XXXI, relativos aos direitos sociais, bem como o disposto nos artigos 40 e 41, todos Constituição da República. (Alterado pala Emenda 24/01)

Comentário Contextual à Constituição. 6ª Ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2009).

E se é a utilidade da sentença o que se deve almejar, é de se afastar a injunção meramente abstrata e consistente na recomendação, ao sujeito passivo, para que edite a norma reclamada.

Exatamente por entender inócua tal solução, o STF passou a adotar, com os julgamentos dos mandados de injunção de números 712 e 721, posição concretista para efetivar direitos que dependem de norma regulamentadora.

Conforme mencionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o STF, com o julgamento do MI 712-PA (STF, Pleno. rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007, m.v.), inaugura nova fase da jurisprudência, porquanto concedeu a injunção para determinar a aplicação da LGr, no que couber, à situação da omissão legislativa no regramento do direito de greve dos servidores públicos. Os direitos sociais encontram seu fundamento na igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e inclusive na própria dignidade (Santiago Sastre Ariza. Hacia una teoria exigente de los derechos sociales, Revista de Estudios Políticos n. 112, PP. 253/270, abr-jun., 2001, p. 257). No Estado Constitucional, os direitos sociais integram os direitos fundamentais, de modo que sua implementação pode ocorrer mesmo na ausência de uma interpositio legislatoris. (...). Diante do exposto, podemos reafirmar que o julgamento do MI 712 inaugura uma nova posição do STF sobre o instituto. Primeiro, porque foram atribuídos efeitos concretos ao writ, pois o
STF não se limitou apenas a notificar o Congresso Nacional sobre sua omissão. O MI tem efeitos concretos, pois o instituto é direito constitucional autônomo e não mera garantia processual, devendo possuir aplicação imediata. Assim, a norma que o consagra possui plena vinculatividade e normatividade, características inerentes a todos os direitos fundamentais e sociais (José Joaquim Gomes Canotilho. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos - O direito à emanação das normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas [Teixeira. Garantias, p. 364]).”

Em caso análogo ao do requerente, e mais recentemente, o STF também se pronunciou:

“MANDADO DE INJUNÇAO - MAGISTRADO **PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DIREITO PÚBUCO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF. ART. 40, §4°, I) - INJUSTA FRUSTRACÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO IMPUTÁVEL A ÓRGAOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL** - CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETNO À LEGISLAÇÃO - **DESCUMPRIMENTO DE IMPOSICÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZACÃO**

Acesso ao Sumário

FUNCIONAL DA CONSTITUICÃO ESCRITA - A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO COMO ELEMENTO REVELADOR DO DESRESPEITO ESTATAL AO DEVER DE LEGISLAR IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO - **OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS: UMA PRÁTICA GOVERNAMENTAL QUE SÓ FAZ REVELAR O DESPREZO DAS INSTITUICÔES OFICIAIS PELA AUTORIDADE SUPREMA DA LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO** - A COLMATAÇÃO JURISDICIONAL DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: UM GESTO DE FIDELIDADE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, A SUPREMACIA HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA- A VOCAÇÃO PROTETIVA DO MANDADO DE INJUNÇAO - LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA (DENTRE ELES, O RECURSO A ANALOGIA) COMO FORMA DE SUPLEMENTAÇÃO DA "INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI" - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MULTA A PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 17 E 18, C/C O ART. 557, § 2º) - AUSÊNCIA DE INTUITO MANIFESTAMENTE PROCRASTINATÓRIO - RECORRENTE QUE NAO AGE COMO "IMPROBUS LITIGATOR" - ATITUDE MALICIOSA QUE NAO SE PRESUME – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (agravo regimental no MI 1967 AgR / DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. DJ de 5.12.2011).

"Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4°, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Ainda, a jurisprudência do STF também reconhece o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência. Fundamentos observados pela decisão agravada.

2. Agravo regimental improvido." (MI 1596 AgR / DF. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. DJ de 31.5.2013).

Também este E. Órgão Especial já adotou a teoria concretista em mandados de injunção impetrados por servidores públicos que pleiteavam a aposentadoria especial ou diferenciada:

"I - Mandado de Injunção. Inexistência de lei regulamentadora de aposentadoria especial para servidores que exerçam atividade de risco. Guardas

Acesso ao Sumário

Civis Metropolitanos. Omissão legislativa imputada ao Prefeito do Município de Tatuí. Ocorrência. II - A Municipalidade-ré tem regime previdenciário próprio, mas não dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial para os integrantes da Guarda Civil Metropolitana. Até que a lei complementar a que se refere o parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal seja publicada, deve ficar assegurado o direito à aposentadoria especial ao Guarda Civil Metropolitano que preencha seus requisitos. Precedentes do STF e desta Corte. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1°, da Lei n° 8.213/91. III - Nos termos da Lei Municipal n. 4.448, de 13 de outubro de 2010 estatuto da Guarda Civil -, conclui ser o risco inerente à atividade dos integrantes da Guarda Civil Municipal de Tatuí, na medida em que utilizam uniformes, distintivos (artigo 39, inciso I), colete balístico e armamento (artigo 45, incisos XII e XIX), conduzem as viaturas da organização, executam atividades de policiamento preventivo e comunitário (artigo 12, incisos II e IV) e atuam como coadjutora dos órgãos responsáveis pala segurança pública no Município, em caráter preventivo (artigo 1º). IV - Rejeitam-se as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva 'ad causam' e de falta de interesse processual. Concede-se a ordem." (mandado de injunção n.º 00004413020138260000. Relator: Guerrieri Rezende. DJ de 5.7.2013).

Como se vê, a omissão do Estado, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido de gravidade político-jurídica, porquanto, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, ofendendo direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. É o que ocorre na hipótese dos autos, cabendo, assim, a atuação do Judiciário no sentido de materializar direitos constitucionais.

Em que pese o fato de as decisões acima transcritas aplicarem, para os casos em que se busca a injunção para usufruir da aposentadoria especial, o art. 57 da lei que regula o Regime Geral de Previdência Social (Lei n.º 8.213/91), enquanto a lei específica não seja criada, é certo que a Lei Complementar n.º 142 de 8 de maio de 2013 afigura-se muito mais apropriada ao caso.

Referido diploma regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social e prevê o critério diferenciado para a obtenção do benefício, como se pode observar de seus dispositivos:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza tisica, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação

Acesso ao Sumário

plana e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Conforme ponderou o ilustre Procurador de Justiça, muito embora a Lei em referência determine ao Poder Executivo que providencie a regulamentação acerca do grau de deficiência, deve-se concluir - e isso será feito desde já para que a decisão tenha efeitos concretos até que a lei especifica seja editada - que o caso do requerente é classificado como deficiência grave, o que se atesta pela declaração médica de fls. 23.

Diante de tal conjectura, e tendo o impetrante demonstrado o ingresso na vida pública nos idos de 1985, além de ser portador da grave condição física provocada pela poliomielite, é certo que detém direito à injunção pleiteada, fazendo jus à aposentadoria especial, nos termos da fundamentação acima elucidada, aplicando-se-lhe os termos previstos pela Lei Complementar n.º 142/2013.

Ressalve-se, apenas, que o fato de o referido diploma estar em *vacatio legis* não traz qualquer impedimento à sua aplicação à hipótese, na medida em que se trata de norma já promulgada e que melhor se adéqua ao caso do impetrante.

Ante o exposto, concede-se a ordem, para assegurar ao impetrante a aposentadoria especial prevista no art. 40, §4°, I, da CF, uma vez satisfeitos os requisitos da Lei Complementar n.º 142/2013. Competirá, entretanto, à autoridade administrativa a verificação dos demais requisitos a serem preenchidos para a concessão da aposentadoria especial.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001232-62.2013.8.26.0000, da Comarca de Cerqueira César, em que é agravante W.M.T.J. (MENOR), é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CERQUEIRA CÉSAR.

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 21.127)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Execução de medida socioeducativa de internação - Indeferimento de pedido de extinção ou progressão de medida socioeducativa - Relatório técnico favorável - Irrelevância - Ato infracional grave - Decisão que atende ao princípio da proteção integral - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto pelo Dr. Gustavo Rodrigues Minatel, Defensor Público, em favor do adolescente W.M.T.J., contra a r. decisão (fls. 31) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Cerqueira César que indeferiu pedido de extinção da medida socioeducativa de internação aplicada ao recorrente, em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Sustenta, em apertada síntese, a ilegalidade da decisão, porquanto o juízo *a quo*, apesar de não estar adstrito ao laudo técnico apresentado, deveria ter

demonstrado a existência de elementos indicativos da prematuridade da medida pleiteada. Alega, também, que a medida socioeducativa de internação atingiu sua finalidade com a boa resposta apresentada pelo infante, principalmente por estar sujeita ao princípio da brevidade e da excepcionalidade. Requer, assim, a antecipação da tutela a fim de que o adolescente seja colocado imediatamente em liberdade; e, no mérito, a extinção da medida de internação ou, subsidiariamente, a progressão do menor para a medida de liberdade assistida (fls. 02/13).

Indeferida a liminar (fls. 33/36) e prestadas as informações requisitadas (fls. 53/83), o Ministério Público apresentou contraminuta (fls. 43/49).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 100/102).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

No caso em tela, o relatório técnico aponta o bom comportamento do paciente e seu aproveitamento nas atividades e nos estudos, demonstrando que o jovem vem se desenvolvendo de maneira positiva no cumprimento da medida socioeducativa. Ao final, concluíram os profissionais pela possibilidade de sua reinserção no meio social e familiar e sugeriram que fosse beneficiado com a extinção da medida (fls. 17/23).

Contudo, a despeito desse quadro favorável, o MM. Juiz determinou que se aguardasse nova avaliação, considerando a gravidade do ato infracional praticado pelo paciente e o fundado receio acerca da sua efetiva aptidão para concluir o processo reeducativo em meio aberto. Afirmou, ainda, ser necessário o envio de novo relatório disciplinar, no prazo de 6 (seis) meses, para deliberar quanto à viabilidade do abrandamento da medida (fls. 31).

Como é cediço, o Magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por técnicos da Fundação CASA, porquanto aludidos relatórios consubstanciam apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, consoante já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*Criminal. HC. ECA. Ato Infracional equiparado a latrocínio. Internação. Parecer técnico. Sugestão de progressão da medida. Manifestação que não vincula o magistrado. Princípio do livre convencimento. Internação mantida. Falta de fundamentação. Inocorrência. Determinada nova avaliação psiquiátrica do adolescente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem Denegada*" (HC nº 48.801-SP, Rel. Min. Gilson Dipp).

Vale salientar, ainda, que a interrupção do acompanhamento técnico até então realizado, evidenciado pela progressiva evolução apresentada pelo paciente, pode causar prejuízos ao processo de reeducação, o que não se coaduna com os princípios da proteção integral e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

Para decisão de outro teor, como a reclamada pelo agravante, exigia-se demonstração de que já adquiriu aptidão psicológica, adequação temperamental e algum senso de responsabilidade, tudo de forma a merecer, mesmo em face da prática de infração grave como a presente, os favores de uma medida socioeducativa menos severa e que o mantenha no convívio familiar.

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, deve ser considerada tanto a proteção do adolescente quanto da sociedade.

Ademais, o processo socioeducativo compreende várias etapas e a progressão de um regime para outro exige análise cuidadosa e ponderada, fundada, principalmente, em seu livre convencimento.

Verifica-se, portanto, que os motivos embasadores da decisão monocrática são suficientes para fundamentar a manutenção da internação, com vistas a um processo de ressocialização mais eficaz.

Pelo exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006541-64.2013.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante T.T., é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO CARLOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de destituição do poder familiar - Decisão que determinou a suspensão de visitas da agravante às filhas abrigadas

- Entendimento no sentido de que o direito de visitas dos genitores só pode ser restringido ou suspenso em situações excepcionalíssimas - Ausência de elementos que justifiquem o total rompimento do convívio entre a genitora e as filhas - Recurso provido, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, manejado por T.T. em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Carlos que, nos autos de ação de destituição do poder familiar, negou-lhe o direito de visitar as filhas B. e B., atualmente acolhidas institucionalmente.

Nas razões de inconformismo, a zelosa Defensoria Pública funda sua expectativa na disposição contida no artigo 227 da Constituição Federal, argumentando que "*o direito de visita, mais do que um direito dos pais, representa direito do filho de ter os pais em sua companhia. A restrição de tal direito representará um enfraquecimento dos laços afetivos entre pais e filhos, violando o citado direito à convivência familiar*". Busca- se, portanto, a reversão do desfecho (fls. 01/12).

Indeferido o efeito ativo (fls. 52/54), foram prestadas informações pelo MM. Juízo *a quo* (fls. 59/60).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 69/81), nesta Instância a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 83/88).

É o relatório.

Merece acatamento o reclamo.

Compreende-se e considera-se válido o argumento do doutíssimo Magistrado (fls. 36/37). Afinal, não passaram despercebidos os tormentosos episódios outrora vivenciados pelas gêmeas B. e B., de apenas 05 (cinco) anos de idade, traduzidos por situações caracterizadoras de abandono material e moral e até por condenação penal suportada pela genitora, os quais lhes custaram (mais de um) afastamento compulsório do núcleo familiar.

Contudo, não vislumbro, ao menos nesta etapa procedimental, qualquer risco ou prejuízo que possa advir às menores uma vez autorizadas as visitas colimadas pela agravante.

Não se deslembrando que o direito de visitas dos genitores só pode ser restringido ou suspenso em situações excepcionalíssimas, porquanto sempre se presume salutar a convivência entre pais e filhos, realça-se que o último Relatório Psicossocial acostado aos autos (fls. 27/28) deu conta do evidente

Acesso ao Sumário

progresso comportamental apresentado pela genitora.

Referido estudo social - elaborado poucos meses antes da última institucionalização das crianças - ressaltou que T. demonstrou "*sentimentos de arrependimento, tanto pelo crime que cometera e, mais ainda, por não ter oferecido os cuidados e afetos necessários para suas filhas*". Ademais, salientando que, muito embora a família ostentasse histórico de "*fragilidades e rompimentos de laços afetivos"*, anotou o profissional que o subscreveu que os " *'altos e baixos' não estavam mais acontecendo, além de T. manter-se fiel às suas primeiras intenções de fortalecer os afetos das filhas e cumprir com suas funções de mãe*"; a agravante "*compreendeu e investiu bastante energia afetiva e emocional para melhorar sua relação com a família, especialmente com suas filhas. Desde quando foi liberada, não faltou em nenhuma visita ao abrigo infantil e esteve sempre presente nos atendimentos marcados, tanto no CRAS como no domicílio*", merecendo ênfase a seguinte constatação: observou-se "*forte vínculo das crianças com a mãe, mesmo após o período de distanciamento*" (sublinhei).

Consoante bem assinalado no r. parecer, elaborado com o esmero de sempre pelo exemplar profissional que o subscreve:

"*Evidentemente, não se pode permitir que as crianças convivam em ambiente nocivo à formação de seu caráter, mas romper os laços familiares pelo impedimento de visitação da genitora poderá ocasionar-lhes um dano imensurável, na medida em que há necessidade de se apurar em primeiro lugar se a companhia da genitora lhes é prejudicial e esta questão será ainda objeto de avaliação pela equipe interprofissional que elaborará o estudo psicossocial do caso, conforme determinado no bojo da r. decisão ora impugnada.*

Portanto, se é verdade que o relatório do Conselho Tutelar encartado aos autos concluiu desfavoravelmente à permanência das crianças junto à família natural, também é verdade que ele não impediu o direito de visitas, até porque mãe e filhas não podem ser ainda mais punidas pela situação de fragilidade que envolve o referido núcleo familiar.

Como se sabe, 'o direito de visita, como é normalmente reivindicado, não depende da função de proteção, mas de um verdadeiro direito ao filho menor. Ele se torna objeto de um direito de visita que pertence aos seus pais' (apud, Guilherme Gonçalves Strenger, Guarda de Filhos, Ltr, 1998, p. 125)" - fls. 87/88.

Acesso ao Sumário

É muito firme, por isso, a jurisprudência no reconhecer e proclamar que, "*ausentes indícios de que o bebê, que está abrigado, corre algum risco com as visitas da mãe-agravante, em atenção ao interesse do infante, na medida em que receber carinho é sempre salutar, não se justifica a vedação das visitas da mãe ao abrigo. Todavia, a autorização das visitas não deverá intervir no trâmite do processo de destituição do poder familiar (...). AGRAVO PROVIDO*" (TJ-RS -

AI nº 70050050780, Relator Desembargador Alzir Felippe Schmitz, 8ª Câmara Cível, j. 18.10.2012).

Nessas condições, e enfatizando-se que a agravante não pretende, nesta via, o regresso das filhas ao convívio familiar (consoante equivocadamente assinalado na contraminuta, fls. 77), mas tão somente seja autorizada a visitar as menores no abrigo em que estão acolhidas, mais justo e sensato se apresenta o acatamento do inconformismo, sem prejuízo, evidentemente, da elaboração de novos estudos ("*psicológico e social*", cf. determinado a fls. 50) voltados a sinalizarem eventual mérito ou demérito de T., nos autos da ação principal.

Destarte, conquanto seja conveniente a manutenção das menores no abrigo, repita-se vez mais para concluir, não me deparo com a situação de excepcionalidade que justificaria a completa supressão das pretendidas visitas.

Uma última observação: consoante contato telefônico com o albergue infantil responsável pelo acolhimento das menores, as visitas terão lugar **uma vez por semana, invariavelmente às sextas-feiras e das 17:30 às 18:30 horas, e serão sempre acompanhadas pela equipe técnica.**

Diante de todo o exposto **e com a observação supra**, meu voto **dá provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007314-12.2013.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é agravante J.F.P., é agravada C.E.P..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, não conheceram, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.397)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE, Presidente e vencedor, PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL, vencido, e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 2 de dezembro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente e Relator Designado

Ementa: Agravo de instrumento - Execução provisória de sentença - Decisão que determinou a aplicação do disposto no artigo 475-J do Código de Processo Civil - Interposição do recurso com inobservância

Acesso ao Sumário

das formalidades necessárias - Inteligência da Resolução nº 551/2011 do Egrégio Tribunal de Justiça e do Comunicado nº 171/2013 da Presidência - Intempestividade - Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por J.F.P. contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Tupã que, nos autos do incidente de cumprimento de sentença, determinou o pagamento do valor da condenação, sob pena de incidência de multa, conforme disposto no artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

Sustenta o agravante, em síntese, que o processamento da execução provisória de sentença inibe a aplicação do disposto no referido artigo, considerando estar pendente de julgamento recurso, razão pela qual pleiteia o afastamento da aplicação da multa de dez por cento. Requer, outrossim, a extinção do incidente, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Negada a concessão da antecipação dos efeitos da tutela (fls. 36/37) e prestadas informações pela autoridade judiciária (fls. 40/41), não houve apresentação de contraminuta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (fls. 44).

É o relatório.

A fim de regulamentar a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que "*Dispõe sobre a informatização do processo judicial, altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências*", o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por intermédio do Colendo Órgão Especial, publicou a Resolução nº 551/2011.

Dentre outras disposições, a resolução disciplina a realização dos atos processuais, assim considerados os efetuados "*no dia e na hora de seu recebimento no sistema de processamento eletrônico do Tribunal de Justiça...*", reconhecendo como tempestiva a petição "*quando recebida até as vinte e quatro horas do último dia do prazo, considerada a hora oficial de Brasília*" (artigo 12, "*caput*" e parágrafo primeiro).

Seguiu-se, então, o Comunicado nº 171, de 15/07/2013, da Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça que, ao dispor sobre o "*cronograma de implantação do Plano de Unificação, Modernização e Alinhamento (PUMA)*", estabeleceu o dia 18/03/2013 para peticionamento eletrônico obrigatório nos casos afetos à Câmara Especial.

No caso dos autos, o ilustre patrono protocolizou, por meio físico, a petição do agravo de instrumento aos 19/06/2013, renovando este ato processual, agora,

Acesso ao Sumário

por meio digital, aos 22/07/2013.

Considerando-se que a decisão hostilizada foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico aos 10/06/2013, publicada em 11/06/2013, fluindo a partir do dia 12/06/2013 o prazo recursal, então, aos 24/06/2013 findou-se o prazo para interposição do agravo de instrumento.

Dessa forma, porque realizado somente aos 22/07/2013, o recurso está extemporâneo, porquanto não observado o disposto no artigo 522, "*caput*", do Código de Processo Civil.

Convém acrescentar que, a despeito da publicidade oficial acerca da nova modalidade de processo e de seus respectivos desdobramentos, a interposição do recurso, como *in casu*, por via imprópria, não é apta a inibir o transcurso do prazo processual, sobretudo porque, conforme se dessume do disposto no parágrafo primeiro do artigo 21 da Resolução nº 551/2011, é medida vedada pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Acrescenta-se, ainda, que "(...) *eventuais tolerâncias individuais redundariam em flagrante ofensa ao princípio da isonomia, já que as regras do processo eletrônico, dirigidas a todos os jurisdicionados indistintamente, não poderiam ser aplicadas com menos rigor em proveito de alguns que, diferentemente de outros, não observaram as formalidades imprescindíveis ao conhecimento dos recursos interpostos*" (TJSP, AI nº 2040444-90.2013.8.26.0000, Rel. Des. Edgard Rosa, j. 14.11.2013, v.u.)

E a propósito do que por aqui se decide, cita-se o recentíssimo precedente da Egrégia Câmara Especial:

"*AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO TIRADO EM FACE DE ATO JUDICIAL QUE RATIFICOU DECISÃO ANTERIOR, ESTA SIM CAUSADORA DE GRAVAME À PARTE E QUE, PORTANTO, RESTOU IRRECORRIDA. DESCABIMENTO. INTERPOSIÇÃO POR MEIO FÍSICO. INADMISSIBILIDADE. REQUISITO FORMAL NÃO OBSERVADO. PEÇA DIGITAL QUE DEVE SER CONSIDERADA INTEMPESTIVA. INTELIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.419/2006, DA RESOLUÇÃO Nº 551/2011 E DO COMUNICADO Nº 171/2013, AMBOS DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*" (AR 2013526-49.2013.8.26.0000/50000, Rel. Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 04/11/2013, v.u.).

E mais:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - Peticionamento eletrônico fora do decêndio legal - Recurso intempestivo*

Acesso ao Sumário

- Interposição pelo meio físico - Inadequação da via eleita não autoriza o conhecimento do recurso se o protocolo eletrônico não observou o prazo legal - Recurso não conhecido." (TJSP, AI nº 2021916-78.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 04.11.2013, v.u.);

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ELETRÔNICO. NECESSIDADE. INTERPOSIÇÃO POR MEIO FÍSICO. INADEQUAÇÃO. FALTA DE REGULARIDADE FORMAL. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.419/06, RESOLUÇÃO 551/2011 DO TJSP E COMUNICADOS 300/2013 E 378/2013 DA PRESIDÊNCIA DO TJSP. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

1.- Não se conhece de agravo de instrumento interposto pelo meio físico com infringência às regras da Lei nº 11.419/06, Resolução nº 511/2011 do TJSP e Comunicados nº 300/2013 e 378/2013 da Presidência do TJSP.

2.- Regulamentado o processo digital pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no âmbito de sua competência, segundo autorização conferida pelo art. 18 da Lei nº 11.419/06, implantou-se, dentre outras disposições, a exclusividade do agravo de instrumento digital, conforme regulado pela Resolução nº 511/2011 e Comunicados nº 300/2013 e 378/2013. Desse modo, a interposição desse recurso pelo meio físico apresenta irregularidade formal, inviabilizando juízo de sua admissibilidade (conhecimento)." (TJSP, AI nº 0168097-12.2013.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 17.09.2013, v.u.).

Assim, bem evidenciada a intempestividade do recurso interposto, de rigor o seu não conhecimento.

Pelo exposto, **não se conhece** do recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Voto nº 20.869

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido liminar, interposto por J.F.P., contra decisão proferida em processo de execução que determinou a observância do procedimento previsto no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, impondo a multa de 10% em caso de resistência ao pagamento.

Sustenta o agravante, em breve síntese, que pende recurso perante Tribunal Superior, o que alteraria o comando processual da execução promovida, sendo inaplicável o acréscimo da multa de 10%. Postula, ainda, a extinção da execução, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

A inicial veio acompanhada de documentos (fls.10/33).

Indeferida a liminar (fls. 36), sem a apresentação de contraminuta, sobrevieram as informações (fls.40/41).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento parcial

Acesso ao Sumário

do recurso (fls.44).

É o relatório do quanto importa.

Respeitado o entendimento dos Eminentes componentes da Turma Recursal, votei vencido para que se conheça do recurso e seja viabilizada a análise do mérito do recurso.

A Colenda Turma não conhece do recurso, porquanto interposto por meio físico e não eletrônico, conforme determina o Comunicado nº 171/2013 da Egrégia Presidência desta Corte, o qual estabeleceu a obrigatoriedade do peticionamento eletrônico para os processos de competência da Câmara Especial a partir de 18 de março de 2013.

Com a devida vênia, discordamos de tal entendimento.

Houve mero defeito de forma do ato processual, à medida que o recurso foi interposto no prazo legal, e os autos, incluindo a petição do presente agravo - apresentada em meio físico - já estão digitalizados.

A forma dos atos processuais é essencial para conferir previsibilidade e segurança aos litigantes; contudo, deve ser examinada à luz dos objetivos por ela almejados e não pode resultar em sacrifício desnecessário a direitos. A propósito, "***quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade***" (art. 244 do Código de Processo Civil).

Corolário da instrumentalidade das formas, o princípio insculpido no citado dispositivo legal abrange o caso em exame, visto que se reputam "***sanadas as infrações de forma, quando prescrita sem a cominação de nulidade e o ato assim praticado, apesar do vício, alcançar o objetivo a que estava destinado***" (E. D. Moniz de Aragão. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992. p. 381).

É certo que o Comunicado nº 171/2013 da Egrégia Presidência deste Tribunal de Justiça estabeleceu o peticionamento eletrônico obrigatório para os processos da Câmara Especial a partir de 18 de março de 2013, em consonância com a Lei nº 11.419/2006 e a Resolução nº 551/2011 do Colendo Órgão Especial desta Corte.

Sucede, contudo, que nenhum desses diplomas normativos considera nulo o ato processual praticado por meio físico. Aliás, o § 1º do art. 21 da citada Resolução veda o recebimento de petições físicas dirigidas aos órgãos jurisdicionais digitais de primeiro e segundo grau pelos setores de protocolo, mas isso não ocorreu na hipótese em tela, já que a petição física do agravo de instrumento foi recebida (e depois digitalizada).

Cuidava-se, portanto, de irregularidade plenamente sanável e que já foi, na realidade, convalidada com a posterior digitalização de todas as peças imprescindíveis ao conhecimento das questões de fundo veiculadas no presente

Acesso ao Sumário

recurso.

Desconhecê-lo, apesar de sua tempestividade e porquanto apresentado em meio físico e não eletrônico, seria impor um injusto sacrifício ao direito da parte em ter as suas razões recursais apreciadas por esta Câmara Especial.

De fato, "***o que importa, pois, é o resultado do ato, sendo a forma instrumento destinado a alcançá-lo. Sua atipicidade - isto é, a não-correspondência entre o que ocorre concretamente e o modelo legal abstrato - passa a ser fenômeno irrelevante se, não obstante isso, o resultado se verificar. A instrumentalidade da forma é mero reflexo interno da visão instrumentalista do próprio processo***" (José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 429).

Assim, de rigor o conhecimento do tempestivo agravo, permitindo, via de consequência, a análise do mérito.

Pois bem, o agravado promove execução da multa imposta ao agravante em v. acórdão que rejeitou incidente de suspeição de Magistrado, por litigância de má-fé.

Entretanto, conforme se verificou por consulta, nas duas exceções opostas pelo agravante (0015854.54.2011 e 0485969.69.2010) pende apreciação de recurso especial (2013/00088589 e 2013/00104244), o que por certo não viabiliza o conhecimento e o trâmite de uma execução definitiva.

Bem por isso, vislumbra-se indevido que o procedimento siga a regência do artigo 475-J, do Código de Processo Civil, mormente quanto à a aplicação da multa de 10% em caso de resistência.

Entretanto, não se afigura necessária a extinção da execução, como pretende o agravante, porquanto em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas viável o aproveitamento dos atos processuais porventura praticados com a observância do rito previsto no artigo 475-O, também do Código de Processo Civil, próprio da execução provisória.

Diante do exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e dou provimento parcial para extirpar do procedimento da execução provisória a multa de 10% prevista no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, mantendo-se a execução, cujos atos deverão ser aproveitados, com a observância do procedimento previsto no artigo 475-O, do supracitado Código.

ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº

2024863-35.2013.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, revogando-se o efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35249)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Infância e Juventude. Requerimento de prova que não guarda pertinência objetiva com o pedido. Racionalidade da prova e dos atos processuais que deve ser observada em prol da efetividade da atividade jurisdicional. Dilação probatória destinada à formação do convencimento do magistrado, a autorizar o indeferimento de provas desnecessárias, que apenas resultarão no prolongamento injustificado do feito. Questão de direito. Observância ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a produção das provas requeridas pela Defensoria Pública, em Ação Civil Pública ajuizada com o objetivo de que se proceda à imediata matrícula de todas as crianças do Município de Piracicaba em creches próximas a suas residências.

A fls. 226/227 deferi parcialmente o pedido de efeito suspensivo, apenas para evitar o julgamento da ação antes da decisão deste Agravo.

Após o oferecimento da contraminuta (fls. 281/295), adveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento e, subsidiariamente, pelo não provimento do recurso (fls. 465/467).

Este é o relatório.

O presente recurso deve ser conhecido, no pressuposto de que a arguição de descumprimento do CPC, art. 526 pelo Ministério Público, quando atua como *custus legis*, não impede o conhecimento do recurso (REsp 664.824,

Acesso ao Sumário

Min. Mauro Campbell, DJ 9/11/2009). Assim, diante do silêncio e da falta de prova do descumprimento pelo interessado, não há fundamento para a não admissibilidade recursal.

Nega-se provimento ao agravo.

Pretende a agravante a matrícula imediata de todas as crianças do Município de Piracicaba em creches próximas a suas residências, diretamente ou por meio de creches cadastradas, bem como o fornecimento de transporte e o funcionamento ininterrupto das creches municipais, inclusive nos períodos de férias escolares, sob pena do bloqueio e sequestro de verba pública (fls. 122).

Nesse contexto, em que pese a concordância das partes quanto à dilação probatória, de rigor reconhecer a impertinência das provas requeridas, dada a natureza do pedido. Isso porque o reconhecimento do direito perseguido envolve questões de direito relacionadas aos limites da exigibilidade dos direitos sociais pelo Poder Judiciário e à separação dos Poderes, o que dispensa a prova de fatos.

Basta a leitura dos requerimentos de prova formulados pela agravante para perceber que estão mais voltados a uma investigação da conduta municipal no tocante ao uso da verba pública, a uma prestação de contas e a uma averiguação do cumprimento dos objetivos e metas do Plano Nacional de Educação (fls. 241/246), do que à comprovação da procedência do pedido.

A amparar a tese de que se trata de matéria de direito, cabe referir que o Supremo Tribunal Federal, em 24/05/2012, reconheceu a repercussão geral do tema em foco, especificamente em relação à auto-aplicabilidade do art. 208, IV da Constituição Federal e ao dever do Estado de assegurar o atendimento universal em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, em Agravo interposto pelo Município de Criciúma, de Santa Catarina. O pronunciamento foi assim ementado:

"POLÍTICAS PÚBLICAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - ORDEM CONCEDIDA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA" (Recurso Extraordinário nº 761.908, Rel. Min. Luiz Fux).

Sob esse aspecto vale anotar que o reconhecimento da repercussão geral, indicativo de que haverá julgamento do mérito do Recurso Extraordinário, corrobora que a lide envolve matéria de direito, nos termos da CF, art. 102, III, tratando-se da mesma questão travada no presente feito.

Daí porque, constatado que as providências reclamadas pela agravante não guardam relação com o reconhecimento do dever de fornecer creche a todas as crianças do Município, nos moldes requeridos, decidiu com acerto o nobre magistrado ao indeferir as provas, em atenção à duração razoável e à racionalidade do processo, bem como em observância à economia processual, tratando-se de hipótese de manutenção da decisão.

Acesso ao Sumário

E mais não é necessário dizer para o não provimento do recurso, com a consequente cassação do efeito suspensivo.

Diante do exposto, é que se nega provimento ao recurso e se revoga o efeito suspensivo.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0057319-63.2012.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, são agravados JUÍZO EX OFFICIO e M.G.M.O. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente Da Seção De Direito Privado e Relator

Ementa: Agravo Interno. Art. 557, § 1º, CPC. Educação infantil. Obtenção de vagas em unidade educacional mantida pela Municipalidade. Direito indisponível da criança que é assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são ainda complementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Repartição constitucional de competência que impõe ao Município o dever de atuar prioritariamente na educação infantil mediante a oferta de vaga em unidade educacional. Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara Especial. Recurso que teve seu seguimento negado, por manifestamente improcedente, por decisão monocrática. Possibilidade de decisão monocrática por se tratar de questão sumulada. Agravo Interno

Acesso ao Sumário

não provido.

VOTO

Insurge-se o agravante Município de São Bernardo do Campo contra a decisão monocrática proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 123/128) que, nos autos da apelação e do reexame necessário, negou seguimento aos recursos, sob o fundamento de serem manifestamente improcedentes.

Sustenta, em apertada síntese, que devem ser obedecidos os critérios estabelecidos pela Municipalidade para preenchimento das vagas em creches municipais. Argumenta que a r. decisão monocrática viola princípios constitucionais, particularmente os da igualdade e o da autonomia municipal. Repisa os argumentos já expostos nas razões de apelação e requer a reconsideração da r. decisão monocrática, para que seja conhecido o recurso, com a devida apreciação do mérito pela Turma Julgadora.

Este é o relatório.

Ao decidir monocraticamente a apelação e o reexame necessário e negar-lhes seguimento, por manifestamente improcedentes, foi ponderado o que segue:

"(...)

Decido monocraticamente, nos termos do caput, do artigo 557, do Código de Processo Civil, para negar seguimento a recursos manifestamente improcedentes.

Tal se afirma porque as questões relacionadas ao direito fundamental da criança de obter matrícula em creche e pré-escola mantida pela Municipalidade já estão absolutamente pacificadas pela jurisprudência pátria.

Com efeito, a educação infantil, prevista como a primeira etapa da educação básica, é direito indisponível assegurado expressamente pela Constituição Federal (artigo 208, inciso IV) e pela Lei nº 8069/90 (artigo 54, inciso IV) e tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança, compreendidos os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (artigo 29, Lei nº 9394/96). Assim é que, em contrapartida, o ordenamento jurídico impõe ao Estado o respectivo dever, cabendo especificamente aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil (artigo 211, § 2º, da Constituição Federal) mediante a oferta de vaga em creches e pré-escolas (artigo 11, inciso V, Lei nº 9394/96).

Ora, não se pode olvidar que a educação é um direito público subjetivo imprescindível ao desenvolvimento do indivíduo, com vistas à formação de sua personalidade e aptidão para o trabalho, bem como ao exercício pleno e consciente da cidadania. Aliás, dada sua inquestionável importância, a Constituição Federal a proclama como direito social

(artigo 6º) e ainda lhe reserva capítulo próprio, onde estabelece princípios e garantias mínimos para o seu efetivo exercício, os quais, por sua vez, são complementados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Resta claro, portanto, o direito líquido e certo da criança interessada e o correspondente dever da Municipalidade de possibilitar o exercício pleno do seu direito fundamental à educação, mediante matrículas em creche mantida pelo Poder Público municipal. Nesse sentido, confira-se, do Colendo Supremo Tribunal Federal: "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 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" (RE nº 410715 AgR/SP - 2ª Turma - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 03.02.06).

Outro não é o entendimento desta Egrégia Câmara Especial: "Mandado de segurança - Matrícula de menor em creche escola - Atendimento em creche e em pré-escola - Educação Infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, artigo 208, IV) - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, artigo 211, § 2º) - Mandado de Segurança concedido - Reexame necessário não provido" (Reexame necessário nº 994.09.223891-3 - São Paulo - Rel. Des. Decano - julgado em 18.01.10).

E não há ingerência do Judiciário no poder discricionário da Municipalidade na implementação de sua política educacional. Como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, "A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo

Acesso ao Sumário

patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais" (REsp nº 753565/ MS - 1ª Turma - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 28.05.07).

Por fim, eventuais critérios de acesso à vaga e limitações orçamentárias não eximem a Municipalidade de sua responsabilidade, mormente se tal conduta contraria comando constitucional. Compete ao Poder Público municipal, frente à eventual insuficiência de vagas, tomar as providências necessárias para que essa deficiência seja suprida, não podendo, contudo, sob tal pretexto, eximir-se do dever que lhe foi imposto pela própria Constituição Federal. Esse, também, é entendimento sumulado desta Corte:

'Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território'.

'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 ou adolescentes'.

Frisa-se, ainda que, a disponibilização de vagas não constitui norma programática, mas obrigação imediata correspondente a direito subjetivo, exigível judicialmente.

Lembre-se, ainda, que a Constituição, em seu artigo 1º, elegeu como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Ora, a obtenção de vaga em creche é primordial para que os pais possam exercer atividade laborativa, possibilitando-lhes meios para o sustento do menor, assegurando, assim, tanto a própria dignidade quanto à de seu filho. Portanto, a negativa de vaga em creche, mais do que ferimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente, configura desrespeito ao princípio da dignidade humana, o que não se pode admitir.

Resta ao Judiciário, assim, a proteção do direito fundamental da criança à educação infantil quando, a esse respeito, restar comprovado o inaceitável obstáculo ao seu efetivo exercício diante da omissão da Administração Pública.

Enfim, os recursos são manifestamente improcedentes e não podem ter

Acesso ao Sumário

seguimento. (...)"

Na mesma linha, recente decisão do E. Superior Tribunal de Justiça demonstra que a decisão objeto deste recurso alinha-se com a jurisprudência das Cortes Superiores:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO RESGUARDADO PELO ECA E PELA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. 1. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp 1198737/ RS, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0107883-0, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 04/11/2010, DJe 02/02/2011).

Denota-se que o presente recurso visa apenas rediscutir teses há muito já afastadas pela jurisprudência desta Corte, dos Tribunais superiores, questões absolutamente pacificadas, conforme se pode notar da transcrição acima, não se vislumbrando negativa de vigência ou violação aos suscitados artigo 4º, da Lei n. 4.320/64, e artigos 2º, 167, inciso II, e 212, todos da Constituição Federal.

E mais não é preciso acrescentar para a confirmação da decisão monocrática deste relator, que subsiste, pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo interno e se mantém, na íntegra, a decisão monocrática agravada.

Apelações

Acesso ao Sumário

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 DA 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0914667-35.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFICIO, é apelado S.M.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram-se provimento aos recursos voluntário e

oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI Vice-Presidente e SILVEIRA PAULILO (Presidente da Seção de Direito Privado).

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO - Obrigação de Fazer - Disponibilidade de "professor auxiliar" e "cuidador" para atendimento especializado a menor portador de necessidades especiais - Garantia constitucionalmente prevista - Obrigação do Poder Público - Violação do princípio da independência dos Poderes não configurada, por inexistir, no particular, discricionariedade administrativa - Astreintes e honorários advocatícios - Cabimento. Recursos improvidos.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 90/99, que julgou procedente, em maior parte, em ação de obrigação de fazer, para determinar a destinação de profissional de apoio/"cuidador" a auxiliar *S.M.C.*, nascida em 20.03.2004, na sua condição de estudante, para as atividades em ambiente escolar relacionadas à alimentação, higiene bucal e íntima, utilização de banheiro e locomoção, no prazo de 60 (sessenta) dias contados de quando a criança retornar (se o fizer) à escola estadual referida na prefacial, enquanto perdurar sua situação de criança ou adolescente em regime de proteção integral, e de "serviço de apoio" através da destinação de professor auxiliar para ajudá-la em sala de aula.

Acesso ao Sumário

Além disso, deixou de acolher em parte, o pedido de dispensação de transporte escolar, que é providência a cargo do ente público municipal, e que pode ser implantada mediante simples requisição da direção da escola estadual ao Município, conforme indicação de fls. 71, sob pena de multa cominatória diária de R$ 500,00.

Sustenta a Fazenda Estadual, em apertada síntese (fls. 106/121), a ausência de descaso do Poder Público em relação ao atendimento da menor, observado que a genitora não apresentou os laudos médicos e especialistas e a documentação que indicasse a necessidade de cuidador.

Arguiu que a documentação escolar do estabelecimento de ensino da rede municipal de ensino, anteriormente matriculada não foi encaminhada à E. E. Profª Jandyra Ney Gatti, por ocasião da matrícula.

Argumenta que o professor auxiliar não está previsto nas metas da Secretaria Estadual de ensino e sim, a de cuidadores, através do Decreto nº 57.730/2012.

Invoca a aplicação da teoria da reserva do possível, a ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência do Estado, além de afronta ao princípio da igualdade e impessoalidade, preterindo as demais crianças nas mesmas condições, salientando que os recursos são finitos.

Por fim, a impossibilidade de fixação de *astreintes* em face da Fazenda Pública, além de excessiva, oportunidade em que requer a redução, bem como a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 122), seguindo-se manifestação ministerial pelo improvimento (fls. 131/133).

Mantida a r. sentença (fls.134), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do improvimento dos recursos (fls. 140/144).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença.

Preliminarmente, conheço do reexame necessário, pois, pese o valor da causa seja inferior ao previsto no artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil, a sentença é ilíquida, incidindo aqui o verbete 490 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Há interesse processual.

A própria necessidade do ajuizamento da ação e a resistência documentada, inclusive por força da interposição de recurso, indicam a necessidade da prestação jurisdicional.

Ademais, a omissão administrativa restou estampada no Parecer da Coordenadoria de Estudos e Normas Pedagógicas sobre Professor Auxiliar (fls. 76/77), o qual informa que *"a figura de um professor auxiliar não está prevista nas metas da SEE, e sim a de um cuidador, cujas atribuições não serão executadas no interior da sala de aula, diferenciando-se da determinada pela decisão judicial"*.

A menor S.M.C., nascida em 20.03.2004, é portadora de Transtorno Desintegrativo da Infância (CID F84.3) e Retardo Mental (CID F78.9).

Laudo médico emitido pelo Serviço Especial de Saúde de Araraquara da Faculdade de Saúde Publica da Universidade de São Paulo, a menor apresenta *"atraso importante do Desenvolvimento Neuropsicomotor, principalmente da fala, não está apta a frequentar a Escola normal na 3ª série que seria a série da sua idade; mas deverá iniciar na 1ª série do curso primário (ensino*

Fundamental) sem pular etapas. Essa criança ainda não tem condições de frequentar a 3ª série, devido aos seus problemas neurológicos e sequelas advindas dele" (fls. 20).

Declaração médica de fls. 43, datada de 08.10.2012, firmada por médico neurologista, informa que a menor não está alfabetizada e necessita de Escola Especial adequada às suas atividades de vida diária, em sala especial com poucos alunos.

Ademais, o *cuidador* é relevante e necessário para permitir uma assistência individual à menor, ora apelada, sem a qual a frequência escolar estaria comprometida, circunstância que impõe a obrigação do Poder Público de lhe proporcionar acesso à educação na totalidade.

A reforçar a pretensão, o previsto nos artigos 208, inciso III e 227, § 1º, inciso II da Constituição Federal e infraconstitucionais, inseridos no ECA (Lei nº 8.069/90), artigos 4º, § único, "b", 11, § 1º e 208, incisos II e VII.

Deveras, é líquido e certo, porque insuscetível de qualquer dúvida ou questionamento, já que claramente consagrado no artigo 205 da Constituição Federal (ao preceituar que a *educação é um direito de todos*), o direito reivindicado, consistente em receber e aproveitar o serviço correspondente ao ensino fundamental.

E nem poderia ser diferente!

Um dos fundamentos sob os quais se edifica o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, realça a *cidadania* (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal) 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.

E a educação, por certo, é um instrumento decisivo na formação do ser humano e desenvolvimento de sua cidadania, porque tem aptidão para propiciar à criança e ao adolescente, em particular, o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

A r. sentença, ora recorrida, eleva o princípio da inclusão social das pessoas portadoras de deficiência, garantindo-lhes igualdade substancial de permanência na escola.

Portanto, negar-se o concedido na origem é recusar o acesso à educação a menor que demanda cuidados especiais.

E, sem prejuízo, o ECA ainda predica que:

> "Art. 11: É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º: A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado."

O mesmo comando foi repercutido e ganhou ainda maior elastério nos artigos 53, I e V, e 54, III, ambos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o primeiro dos quais a garantir, expressamente, o direito de acesso à escola pública e gratuita **próxima** à residência de seu destinatário e o segundo, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Este particular aspecto do litígio foi tanto ou mais enfatizado à luz da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as *diretrizes e bases da educação nacional*, em seus artigos 58 e 59.

Art. 58 - Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

§ 1º - Haverá, quando necessário, serviços de apoio especificado, na escola regular para atender as peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 3 - A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem inicio na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59 - Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades.

Em suma, da singela leitura das normas cotejadas, e sem a necessidade de outras digressões, fácil convencer-se que o acesso à educação, enquanto um direito de todos, tem a natureza de direito indisponível, porque vinculado ao interesse maior do "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (artigo 205, *in fine*, da Constituição Federal), sendo obrigação que se atribui ao Município, garantida sua gratuidade e a responsabilização por sua organização.

Trata-se, portanto, de um direito social fundamental constitucionalmente protegido, sendo que em relação aos menores portadores de necessidades especiais, é preciso garantir-lhes o acesso a tratamentos especiais e às instituições educacionais especializadas.

Por sinal, não fossem autoaplicáveis e automáticas as normas constitucionais indicadas, realmente ficaria sem explicação a previsão de responsabilização das autoridades públicas pelo não cumprimento do que nelas previsto.

Acesso ao Sumário

E o mesmo se diga do dever que incumbe à família (assim o diz a Constituição Federal), e aos próprios pais em particular, pelas iniciativas consistentes em buscar o necessário resguardo de interesse tão relevante, já sujeitos às sanções previstas por eventual abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal).

Enfim, norma autoexecutável é aquela que não depende de regulamentação ou especificações, dela decorrendo efeitos plenos e imediatos, que, no presente contexto, são tão evidentes, porque implicam a própria responsabilização daqueles a quem dirigidos o comando constitucional.

De modo que, no caso *sub judice* não compete ao Poder Público apenas garantir a matrícula do menor em qualquer unidade de ensino e sim, naquela que lhe proporcione um ambiente favorável ao seu desenvolvimento, diante do quadro que apresenta e que está devidamente comprovado.

Observa-se que a matrícula foi efetuada na E. E. "Prof.ª Jandyra Nery Gatti", no 1º ano do ensino fundamental em 2013, no período da manhã (fls. 13).

Ademais, cumpre destacar julgados a respeito da matéria na apelação nº 0028183-92.2011, j. 05.11.2012, Rel. Camargo Aranha Filho; apelação nº 0002438-16.2012, j. 13.05.2013, Rel. Marcelo Gordo e apelação nº 0005067-08.2011, j. 20.05.2013, Rel. Roberto Solimene.

Tem-se, ainda, que é dever do Estado, através de seus municípios, disponibilizar estabelecimentos educacionais adequados à efetivação do ensino, cabendo à família assegurar a frequência.

In casu, 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 assegura, indistintamente, a possibilidade de exigi-lo em Juízo.

É certo existirem limitações fáticas, físicas e orçamentárias para a execução e pleno funcionamento dos serviços e equipamentos públicos.

Por outro lado, em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da "*reserva do possível*", pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da "*máxima efetividade da Constituição*", conforme entendimento do C. STJ, no REsp nº 811.608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007.

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.

Acesso ao Sumário

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.

Para rematar, não procede a irresignação do **Município de Araraquara** em relação à multa cominatória.

De certo, uma vez admitida a possibilidade de se condenar o Poder Público à obrigação de fazer ou de não fazer, a sua sujeição ao sistema de multa cominatória é mero efeito: a sanção pecuniária surge como providência útil a possibilitar o cumprimento específico da obrigação imposta.

Os Tribunais Superiores vêm, seguidamente, autorizando a aplicação de multa, em caso de descumprimento de ordem judicial, mesmo em se tratando de Fazenda Pública, levando-se em conta não ser possível admitir-se possa ente público negligenciar perante decisão, sentença ou acórdão, cumprindo-o quando e na forma que bem entender, em total desrespeito.

Sobre esse aspecto o E. Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

> "PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESCUMPRIMENTO - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE.
>
> 1. Segundo entendimento já consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, nas obrigações de fazer, é permitido ao Juízo da execução a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.
>
> 2. Precedentes (REsp. nº 189.108/SP, 279.475/SP e 418.725/SP).
>
> 3. Recurso conhecido, porém, desprovido". (REsp. 341.499/SP - Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Portanto, a multa imposta em caso de descumprimento da obrigação não é ilegal, e o valor arbitrado mostra-se razoável.

Por outro lado, a irresignação sustentada pela Fazenda Pública Estadual, não merece prosperar. A sucumbência decorre da necessidade que houve de se agir para que o direito reivindicado fosse satisfeito. E quem, assim, dá causa à demanda, responde pelos consectários sucumbenciais. O arbitramento (10% sobre o valor da causa), igualmente feito de maneira moderada, é compatível com a satisfação da pretensão no curso da demanda, razão pela qual a sentença, nesse particular, também deve ser mantida.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento suscitado, verifica-se que não houve qualquer violação a texto normativo de natureza constitucional e

Acesso ao Sumário

infraconstitucional, no caso *sub judice*, concluindo-se, portanto, pelo acerto da sentença hostilizada.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos recursos voluntário e o oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008233-71.2011.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado M.C.A.S.B. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.820)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Condenação das Fazendas Públicas, em mandado de segurança, ao fornecimento de fórmula alimentar. Recurso da Fazenda Pública Estadual. Preliminar de ausência de direito líquido e certo e de inadequação da via eleita. Direito líquido e certo decorrente de comando constitucional. Mandado de segurança. Admissibilidade. Precedentes da Colenda Câmara Especial desta Corte. Atestado médico subscrito por profissional habilitado. Desnecessidade de realização de perícia médica. Preliminares rejeitadas. Obrigação solidária entre os entes da federação de fornecimento gratuito de medicação, insumos e afins. Existência de prescrição médica. Multa diária fixada em montante adequado à hipótese dos autos. Sentença mantida. Recursos improvidos, afastadas as preliminares.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 92/96, que concedeu mandado de segurança impetrado pelo menor M.C.A.S.B., impondo às Fazendas Públicas, preferencialmente à Fazenda Estadual, disponibilizar, gratuitamente, fórmula alimentar, conforme prescrição médica, acrescente-se a interposição de apelação pela Fazenda Pública do Estado (fls. 129/148).

Suscita a apelante, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo, uma vez que não foram observadas as diretrizes do Protocolo Clínico para Normatização da Dispensação de Fórmulas Infantis Especiais a pacientes alérgicos à proteína do leite de vaca, bem como a inadequação da via eleita para o atendimento do pleito. No mérito, pugna pela reforma do *decisum*, repisando a inobservância do Protocolo Clínico para tratamento de portadores de alergia à proteína do leite de vaca, o qual exclui do tratamento pacientes maiores de 24 meses e exige exames de *rast* e de reação mediadas por *IgE*. Ademais, ausente a padronização da fórmula alimentar pretendida, é imprescindível a realização de prova técnica com o escopo de aferir a real necessidade da utilização de dietas líquidas, bem como a delimitação da sentença, exigindo a apresentação de receita médica atualizada a cada solicitação e limitação do fornecimento da fórmula alimentar, para que se previna a entrega sem fiscalização médica e *ad eternun.* Por fim, reclama da falta de previsão orçamentária, a ingerência do Poder Judiciário em outra esfera de poder e a impossibilidade de cominação de multa diária.

Apresentadas as contrarrazões de fls. 144/145, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso, solução extensiva ao reexame necessário (fls. 156/158 e 174).

É o relatório.

De início, respeitado o entendimento do d. Juiz, apesar de o valor da causa ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos da Súmula 490, do Superior Tribunal de Justiça, cabível o recurso de ofício por ser a sentença ilíquida.

A petição inicial observou os requisitos formais do artigo 282, do Código de Processo Civil, ao passo que os elementos e condições da ação estão presentes.

Não prosperam as preliminares.

Inviável a tese de ausência de direito líquido e certo, porquanto a ação direcionava o atendimento urgente de menor de idade cuja doença se mostrou incontroversa (fls.26/27). E sendo incontroversa, de rigor que os entes cumprissem seu papel determinado pela Constituição Federal. A existência de Resoluções (no caso a SS 336) não pode superar a garantia que se extrai da própria Constituição e a preferência que se confere ao menor de idade. Cada um dos entes é responsável pelo atendimento, e pelo cuidado a ser conferido ao

Acesso ao Sumário

menor em situação precária.

Presente o direito certo e líquido da interessada, não há que falar em inadequação da via eleita. Nesse sentido:

"Mandado de Segurança - Impetração contra o Estado objetivando o fornecimento mensal de medicamento - Direito líquido e certo demonstrado - Documentos médicos que comprovam seu quadro clínico e a necessidade do medicamento - Menor que já se submetia a tratamento na unidade regional de referência da Secretaria Estadual da Saúde, a qual não só reconheceu o seu direito à obtenção do medicamento, como lhe assegurou o seu fornecimento até que completasse a idade de dois anos, considerada limite para esse fim em face de seu alto custo - Desnecessidade de realização de perícia para comprovação do seu quadro - Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada. Mandado de Segurança - Impetração por criança portadora de alergia e intolerância à proteína de leite de vaca e soja - Objetivo - Fornecimento mensal do medicamento Pregomin, hidrolisado protéico - Legitimidade passiva de parte do Estado - Ordem concedida - Impossibilidade de se suspender o fornecimento pelo fato de a criança completar dois anos de idade - Suplementação necessária para seu adequado desenvolvimento físico e mental - Ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões discricionárias do Poder Executivo - Suposta insuficiência de verbas para atendimento da generalidade de usuários da saúde ou restrições orçamentárias que não podem colocar uma criança que necessite de alimentação especial à mercê de planejamento orçamentário, pois o direito à vida e à saúde é impostergável - Recursos não providos." (Apelação/Reexame Necessário nº 0031898-59.2009.8.26.0602, Câmara Especial, Rel. Des. Vice Presidente, j. em 09/08/2010).

"MANDADO DE SEGURANÇA. Apelação e reexame necessário, que se considera interposto. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medicamentos e insumos. Criança portadora de "transtorno de déficit de atenção com hiperatividade" (TDAH). Direito líquido e certo configurado. Princípio da prioridade absoluta e da proteção integral. Inteligência dos artigos 198 e 227 da Constituição Federal e artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Apelação e reexame necessário não providos." (Apelação/Reexame Necessário nº 0024129-70.2011.8.26.0071, Câmara Especial, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. em 12/11/2012).

Nesse sentir, presente o interesse de agir, pois observada a adequação entre a pretensão formulada na petição inicial e a via processual eleita, sendo oportuno lembrar que o esgotamento da via administrativa não constitui requisito indispensável ao manejo da ação, na medida em que o acesso à Justiça deve ser amplo e incondicional.

Acesso ao Sumário

Aliás, diante da natureza e da percuciência das provas amealhadas na inicial, totalmente desnecessária a produção de prova pericial.

Superadas as preliminares, no mérito decidiu com inteiro acerto o ilustre Magistrado, que bem apreciou os pontos controvertidos, conferindo justa solução à lide.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, erige a saúde como direito social e o artigo 196 estabelece ser o direito referido de todos e um dever do Estado, não se olvidando que se situa no vértice do ordenamento jurídico do país e todos os demais preceitos devem com ela compatibilizar-se.

Por seu turno, o artigo 98, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, reza que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos na lei aludida forem ameaçados ou violados por ação ou omissão estatal.

Desta feita, como se vê, a obrigação é solidária e atribuída genericamente ao Poder Público e não de forma restrita a determinado ente (União, Estados e Municípios). A legitimidade passiva, assim, é disjuntiva e concorrente, não se cogitando em litisconsórcio necessário e unitário, pois o cidadão pode demandar um, alguns ou todos os entes obrigados a salvaguardar os direitos constitucionais expostos.

E mais, incumbe ao Estado, *lato sensu*, fornecer, gratuitamente, à criança ou ao adolescente, os medicamentos, próteses e outros recursos que necessite para seu tratamento ou reabilitação, nos termos do artigo 11, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pois bem, dos autos se extraem suficientes elementos de prova para atestar e comprovar a doença que acomete a menor e a necessidade de obtenção da fórmula alimentar pleiteada que se mostrou imprescindível; portanto, a toda evidência o Estado não pode se eximir de seu fornecimento, mormente quando a criança encontra-se em situação extremamente precária. Nesse sentir, comprovada nos autos a necessidade de aquisição do que fora pleiteado, insisto, por orientação da médica que atende à paciente, sendo irrelevante o fato da mesma não integrar os quadros do serviço público, pois a relação médico/paciente é de estrita confiança e em nenhum momento foi colocada sob suspeita.

Outrossim, impossível a limitação dos efeitos da sentença à idade da paciente, uma vez que a cura não está relacionada à faixa etária. Acrescente-se que a Fazenda poderá, eventualmente, discutir a continuidade do fornecimento, desde que o faça no momento conveniente e pelo meio adequado.

No mais, ao estabelecer que a ***"saúde é direito de todos e dever do Estado"*** o legislador deixou clara no artigo 196, da Constituição Federal, a responsabilidade solidária dos entes federativos, notadamente no que toca ***"ao acesso universal igualitário às ações e serviços".*** Em consequência, a

Acesso ao Sumário

legitimidade passiva da União, Estados e Municípios é disjuntiva e concorrente, visto que podem ser demandados pelo cidadão em conjunto ou isoladamente.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em mais de uma ocasião que ***"o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional"*** (AgRg no RE nº 607.381-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2011).

Ademais, mesmo que se admita o cunho programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, não é lícito concluir que se trata de mera promessa do legislador, ou seja, ***"a interpretação da norma programática não pode transforma-la em promessa constitucional inconsequente"*** (STF, RE nº 271.286, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido:

"O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF, RE nº 271.286, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello).

Importante frisar a r. decisão lançada pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do Agravo Regimental interposto contra decisão proferida no Pedido de Suspensão de Tutela antecipada n. 175, de inteiro teor disponibilizado à livre consulta no endereço eletrônico do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Acesso ao Sumário

A Colenda Câmara Especial, há tempos, vem adotando posicionamento semelhante, tanto que editada, para exposição contundente de motivos, a Súmula n. 65/TJSP, assim enunciada: ***"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".***

E mais, a omissão do Poder Público em disponibilizar medicamentos, sob o argumento de falta de previsão orçamentária, não pode servir de escusa

para o descumprimento de deveres de clareza solar, de conteúdo não meramente programático, estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e que devem ser observados irrestritamente.

Pondero, noutra vereda, que ordens judiciais, quando necessário e mesmo contra pessoas jurídicas de direito público, desde que fundamentadas, podem ter como garantia de cumprimento imposição de multa diária, conforme já definido pela jurisprudência (STJ - REsp. 950725/RS).

E mais, não se afigura imoderada a quantia fixada pelo Juízo a título de "astreinte". Impõe-se o valor para viabilizar a própria efetividade do direito assegurado ao interessado, até porque cediço que o MM. Juiz, a qualquer tempo, pode suspender sua exigibilidade.

Por fim, o caso tratado nesses autos não difere das premissas alinhavadas, nada havendo a ser retificado, na sentença guerreada, mantida, assim, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022116-45.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.R.G.S. (MENOR) e M.R.G.S. (MENOR), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADA A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO ao recurso, para conceder a segurança e, por consequência, confirmar a liminar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Mandado de segurança - Medicamento - Crianças prematuras que necessitam de medicamento para prevenir doença respiratória - Sentença que denegou a ordem - Preliminar de perda do objeto do *mandamus* rejeitada - Concessão da segurança que se

Acesso ao Sumário

impõe para confirmar a liminar - 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 - Preliminar rejeitada e recurso provido.

VOTO

Cuida-se de apelo (fls. 67/84) interposto por M.R.G.S. e M.R.G.S., menores prematuros, contra a r. sentença (fls. 60/62) proferida nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário Estadual da Saúde de São Paulo, na qual se denegou o fornecimento do medicamento PALIVIZUMABE, pleiteado como prevenção ao Vírus Sincicial Respiratório - VSR.

Alegam, em resumo, haver comprovação documental da necessidade do medicamento.

Apresentadas as contrarrazões, com preliminar de perda do objeto por conta do fornecimento liminar do medicamento (fls. 95/97), o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento (fls. 99/101) e, mantido o tacitamente *decisum* (fls. 103), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 111/114).

É o relatório.

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de perda do objeto do *mandamus*, arguida nas contrarrazões, porquanto os impetrantes bem demonstraram o receio de serem cobrados pelo fornecimento do medicamento deferido apenas liminarmente (fls. 88/89).

No mais, o recurso comporta 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.

Presente o direito líquido e certo, porquanto a prova pré-constituída demonstra terem as crianças nascido prematuramente (fls. 27 e 29), e necessitarem do medicamento prescrito (fls. 28 e 30), cabendo ao Poder Público assegurar-lhes o tratamento recomendado pela especialista, que não pode deixar de ser fornecido por força da apontada Resolução SS nº 249/2007, que, certamente, regula a generalidade dos casos e não tem o condão de se sobrepor a caso específico, no qual comprovada a necessidade, repita-se, como ocorre *in casu*, eis que materializada em relatório médico (fls. 27 e segs.) não infirmado.

Por aí se vê que a reclamada negativa estatal decorre da própria Resolução

SS nº 249/2007, que limita o fornecimento do medicamento, no que aqui interessa, às crianças prematuras com até 28 (vinte e oito) semanas de idade gestacional, limitação essa objeto da própria impetração, como ressai da leitura atenta da exordial. Os impetrantes nasceram com idade gestacional de 34 (trinta e quatro) semanas (fls. 27 e 29).

Diante da premente necessidade do tratamento e da negativa estatal, a tutela jurisdicional 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 do medicamento ter sido eventualmente prescrito por médica alheia aos quadros do SUS, posto ser profissional habilitada 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 cientifica 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, inexiste 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:

Art. 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 beneficio do paciente.*

Ê 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 guando 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).

Acesso ao Sumário

Outrossim, caberia ao impetrado demonstrar que o tratamento disponibilizado pelo programa oficial de saúde seria tão eficaz quanto o pleiteado, ônus do qual não se desincumbiu.

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 inexiste 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*

Acesso ao Sumário

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. DESCAMENTO. 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

Acesso ao Sumário

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

Acesso ao Sumário

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.*

E nesta Câmara Especial a Apelação Cível nº 0011853-43.2012.8.26.0565, relatada por este subscritor.

Diante do exposto, **REJEITADA A PRELIMINAR, DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, para conceder a segurança e, por consequência, confirmar a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000042-53.2013.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 1ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL e Apelante J.W.D. (MENOR), é apelado G.A.C. (MENOR).

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 15.730)**

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, 25 de novembro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ato infracional equivalente ao crime previsto no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal. Representação julgada procedente em relação a três menores, sendo que apenas dois recorrem. Aplicação a um deles medidas socioeducativas de liberdade

assistida, pelo prazo mínimo de seis meses c.c. prestação de serviços à comunidade, por cinco meses, sendo cinco horas semanais e, quanto ao outro adolescente, a medida de internação, por prazo indeterminado, com reavaliação trimestral, em razão, também, da prática da mesma infração. Apelo ministerial pretendendo a substituição das medidas em meio aberto impostas ao primeiro jovem pela medida extrema, tendo em vista a gravidade da infração perpetrada. Recurso do outro menor pleiteando a improcedência da representação, calcado na precariedade do acervo probatório ou, subsidiariamente, que, ao menor segregado, seja imposta medida mais branda. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria induvidosas. Confissão dos menores em Juízo corroborada pelas palavras da vítima e dos policiais que fizeram a apreensão. Medidas socioeducativas incensuráveis, levando-se em conta não somente a gravidade dos atos infracionais, como também as circunstâncias pessoais de cada jovem. Apelos não providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pelo jovem J.V.D. contra a r. sentença (fls. 98/101), que julgou procedente a representação oferecida em desfavor dos menores G.A.C. e J.V.D. (ora apelante), aplicando ao primeiro as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses c.c. prestação de serviços à comunidade, por cinco meses, sendo cinco horas semanais, pela prática de infração equiparada ao crime de roubo duplamente qualificado e, ao último, a medida de internação, por prazo indeterminado, com reavaliação trimestral, em razão, também, de ato infracional equiparado à conduta tipificada no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Recurso ministerial visando à substituição das medidas em meio aberto aplicadas ao menor G.A.C. pela de internação, sob a assertiva, em síntese, de que ele praticou infração de natureza grave e nessas condições, a concessão de solução em meio aberto, muito longe de significar reeducação, importa na cristalização da certeza da impunidade (fls.112/117).

Apelo do menor J.V.D. pleiteando, preliminarmente, o recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, a improcedência da representação, calcado na assertiva de que o conjunto probatório mostra-se frágil, posto que a r.

Acesso ao Sumário

sentença foi fundamentada nas sucintas palavras da vítima, ressaltando que esta não aponta o ora apelante no momento do ato infracional. Subsidiariamente, busca o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo e a substituição da medida extrema por outra em meio aberto ou, em última hipótese, pela de semiliberdade (fls. 127/138).

Ambos os recursos foram recebidos apenas no efeito devolutivo (fls.125 e 152/154).

Contrarrazoados os apelos (fls. 140/150 e 156/163), a r. sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 165) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial e pelo não provimento do apelo do jovem (fls. 170/175).

É o relatório.

Preliminarmente, não há que se falar em efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do presente julgamento da matéria, como também, em face do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo - FOPEJISP -, publicado em outubro de 2011: *"A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade"*.

Com relação ao mérito, a r. sentença guerreada merece ser mantida na íntegra.

Consta dos autos que no dia 5 de janeiro de 2013, por volta de 23 horas, nesta cidade de São Paulo, três adolescentes, entre os G.A.C. e J.V.D, agindo em concurso e com unidade de propósitos, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, subtraíram da vítima Rodrigo C. Schimidt, para proveito comum, uma carteira, R$ 139,00 (cento e trinta e nove reais), um aparelho de telefone celular, um relógio de pulso e um veículo Hyundai/Tucson, conforme descrito na peça inicial.

Acesso ao Sumário

Respeitada a tese aduzida pela Defesa, as provas produzidas autorizam a procedência da representação.

A materialidade restou cabalmente demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de nº 246/2013 e pelos autos de exibição, de apreensão, entrega, avaliação e pelo auto de reconhecimento positivo de pessoa (fls. 12/16).

De igual maneira não remanescem dúvidas a respeito da autoria.

Com efeito, policiais militares relataram que os adolescentes foram abordados no interior do veículo subtraído, logo após a prática do roubo (fls.

8/9). Depois, os adolescentes (entre os quais o ora apelante), confessaram a autoria (fls. 10 e 76 e vº) e, de forma segura e coesa, a vítima reconheceu o adolescente apelante como um dos autores do roubo (fls. 9, 16 e 96). Por tais motivos, correta a tipificação imputada, de forma equiparada.

No presente caso, o número de agentes (3) e o objetivo da operação de "*curtir um baile funk*", deixou evidente a participação de todos na empreitada, ou seja, houve clara divisão de tarefas, demonstrando o *modus operandi* maior destemor, audácia e periculosidade dos jovens infratores.

Por outro lado, a aplicação da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que não tem finalidade de punir o infrator. Pelo contrário, as medidas prevista no ECA visam submeter o jovem infrator a um sistema especial, considerando a condição dele como pessoa em desenvolvimento.

Do mesmo modo, não há que se falar em exclusão de causa de aumento de pena. Primeiro porque a conduta infracional perpetrada foi capaz de intimidar a vítima, depois, mesmo que assim não fosse, na seara do Estatuto da Criança e do Adolescente, diferentemente do sistema estabelecido pelo Código Penal, é inaplicável o preceito secundário do tipo penal, o que torna prescindível o rigorismo quanto à exata tipificação do fato. Basta, portanto, que a conduta do adolescente esteja prevista como crime ou contravenção para que lhe seja aplicada a medida socioeducativa adequada.

Ademais, referida matéria já está sumulada nesta Corte de Justiça, conforme se infere da Súmula 86: "*Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la*."

Não se nega que a conduta infracional perpetrada pelo menor G.A.C. é considerada grave, o que autorizaria, prima facie, a aplicação da medida de internação, por força do disposto no inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, de acordo com o § 1º do artigo 112 da Lei nº 8.069/90, além da gravidade da infração, a medida socioeducativa a ser aplicada deve levar em conta também a capacidade de seu cumprimento, bem como as circunstâncias pertinentes ao caso.

E, segundo o noticiado pelo Relatório Técnico Inicial, G.A.C. é primário, demonstra arrependimento, trabalha, estuda e possui respaldo familiar adequado para ajudá-lo em seu processo de ressocialização em medidas em meio aberto.

Depois, por força do *princípio da imediatidade*, levando-se em consideração o lapso temporal decorrido desde a data da prolação da r. sentença

Acesso ao Sumário

(18.2.2013 - fl. 101) até a presente data, eventual agravamento da medida socioeducativa, no presente caso, poderia afrontar mencionado princípio.

Tudo indica que o menor já cumpriu ou está na fase final de cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (cinco meses) fixada pelo MMº *a quo*, inexistindo notícia de seu descumprimento ou de nova prática infracional. Assim, reverter a situação dele, a esta altura, diante da peculiaridade de sua situação, pode representar retrocesso na ressocialização e até mesmo afronta à *teoria do fato consumado.*

Com relação ao jovem J.V.D., entretanto, além da gravidade da infração, suas circunstâncias pessoais recomendam a manutenção de sua segregação.

De se destacar que o referido recorrente ostenta outras passagens pela Vara da Infância e da Juventude (fl. 71.), mas não é só o envolvimento com o meio infracional que pesa em seu desfavor. Ele não denotou também senso crítico ou discernimento. O MMº juiz sentenciante destacou bem o trabalho dos técnicos da Fundação Casa com relação ao apelante: "*Não elaborou reflexão, não avaliando a gravidade e as consequências de seus atos para si e para a sociedade. Não expressou arrependimento ou desejo de mudança*" (fl. 101).

Como se sabe, o Estado tem o dever de tomar para si o processo reeducacional dos adolescentes a fim de orientá-los para que possam modificar conduta e limites a fim de se integrarem, futuramente, no convívio social de forma harmoniosa e respeitosa com os demais cidadãos.

O jovem J.V.D., portanto, ainda se encontra influenciado aos apelos do ambiente deletério, devido à imaturidade e, em internação receberá acompanhamento intensivo e poderá obter reversão da medida se e quando demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto.

Pelo exposto, nego provimento aos apelos.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0127356-27.2013.8.26.0000, 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.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, para declarar a competência do MM. Juizado Especial Cível da Comarca de Jacareí, suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5060)**

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, 30 de setembro de 2013

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Conflito Negativo de Competência - Juizado Especial Cível e Vara Cível da Comarca - Ação de obrigação de fazer para fornecimento de medicamento - Critério de competência absoluta – Comarca que não possui instalado Juizado Especial da Fazenda Pública - Inteligência do art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/09 e art. 2º, inciso II, letra "b", do Provimento nº 1.768/2010, do E. CSM - Todo processo cujo valor da causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos deve tramitar nos Juizados Especiais Cíveis, desde que a matéria não apresente natureza fiscal ou previdenciária – Necessidade de prova técnica que não exclui a competência do Juizado Especial - Inteligência do artigo 35, da Lei 9.099/95 - Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juizado Especial Cível da Comarca de Jacareí, suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência entre o MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível, suscitante, e o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, suscitado, ambos da Comarca de Jacareí, fundado na declinação de competência de ambos os juízos para processar e julgar ação de obrigação de fazer em face do Município de Jacareí e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

O pedido foi inicialmente distribuído ao MM. Juízo suscitado, havendo este determinado a remessa dos autos ao Juizado Especial Cível, embasando-se no artigo 2º, da Lei 12.153/09 (fls. 178/180-v), onde provocado o presente conflito (fls.02/07).

Foi designado o MM. Juízo suscitante para as providências urgentes (fls.

296).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do presente conflito e por declarar-se competente o MM. Juízo suscitante (fls. 299/301).

É o relatório.

Conheço do presente conflito, vez que nenhum dos Juízos admite a competência para apreciar o pedido e, ante os elementos constantes dos autos, reconheço a competência do MM. Juízo suscitante para processar e julgar o feito.

A Lei nº 12.153/2009 estabelece critério de competência de natureza absoluta (art. 2º, parágrafo quarto). Assim, todo processo cujo valor da causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos deve tramitar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A matéria não se apresenta de natureza fiscal ou previdenciária. Nesse passo, a competência da Vara do Juizado Especial Cível é de rigor, por não possuir a Comarca Juizado Especial de Fazenda Pública, nos expressos termos do artigo 2º, inciso II, letra "b", do Provimento nº 1.768/2010, do E. Conselho Superior da Magistratura.

É o entendimento assente desta C. Câmara, a seguir exemplificado:

"Conflito Negativo de Competência - Ação ordinária de indenização por danos morais c.c. pedido de tutela Antecipada - Demanda proposta no Juízo suscitante - Remessa dos autos ao Juízo suscitado, que diante do valor atribuído à causa, após emenda à inicial, determinou a devolução dos autos ao suscitante - Impossibilidade - Irrelevante a alteração do valor da causa depois que o feito foi remetido ao Juizado Especial - Valor de alçada, 'in casu', que deve corresponder ao valor global dividido pelo número de litisconsortes ativo voluntário - 'Quantum' que se insere na competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública - Critério absoluto - Aplicação do artigo 2º, 'caput', da Lei 12.153/2009 e artigo 2º, inciso I, do Provimento nº 1.768/2010 - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 0 082294-32.2011.8.26.0000, Rel. Des. Martins Pinto, j. 19/09/2011, v.u.).

"Conflito negativo de competência. Ação com escopos de restabelecimento de fornecimento de água e indenização por danos morais promovida contra autarquia municipal. Remessa dos autos à Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Marília. Admissibilidade. Inteligência do artigo 2º, inciso II, "b", do Provimento 1.768/2010 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Hipótese na qual, enquanto não instalado Juizado Especial da Fazenda Pública na Comarca, competente é

o Juiz da Vara do Juizado Especial Comum do local. Conflito que se julga procedente e, assim, se declara competente o MM. Juiz suscitado" (Conflito de Competência nº 0056076-64.2011.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 25/07/2011, v.u.).

"Conflito Negativo - Ação de indenização contra o Município de Marília - Pedido distribuído ao Juízo da 2ª Vara Cível local - Remessa dos autos ao Juizado Especial Cível - Cabimento - Hipótese de competência absoluta - Aplicação da Lei nº 12.153/2009 e Provimento nº 1.768/2010 do Conselho Superior da Magistratura - Competência do Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura para editar normas sobre organização judiciária, instalação de novas varas e distribuição dos processos, assegurada pelo art. 96, I, 'd' e 'a' da Constituição Federal - Preservação da boa prestação dos serviços forenses de interesse público - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 0480649-38.2010, Relatora Des. Maria Olívia Alves, j. 07/02/2011, v.u.).

Anota-se, por fim, que eventual necessidade de produção de prova técnica não afasta, por si só, a competência do Juizado Especial Cível, tendo em vista tratar-se de providência que não torna a causa de maior complexidade, sendo possível, inclusive, a juntada de receituário médico, lavrado por profissional da saúde a fim de comprovar a necessidade e eficácia do medicamento prescrito.

Nesse passo, tem-se que a remessa dos autos ao d. Juizado Especial Cível se mostrou medida adequada, ante o valor indicado na demanda.

Pelo exposto, por meu voto, **julgo procedente** o conflito, para declarar a competência do MM. Juizado Especial Cível da Comarca de Jacareí, suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056997-52.2013.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE LEME, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ARARAS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.668)**

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.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador Decano e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Consumidor que opta ajuizar ação cautelar de exibição de documentos em face da Telefônica perante foro alheio ao domicílio das partes - Faculdade que não encontra guarida nas regras de fixação de competência do Código de Processo Civil - Peculiaridade a ser excepcionada do disposto nos artigos 112 e 114 do Código de Processo Civil, bem como da Súmula 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - Precedentes - Competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Leme em face do MMº Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras, a propósito de remessa, pelo segundo ao primeiro, de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada por Stefano Violin contra a Telefônica Brasil S/A, alegando o suscitante que, no caso, descabe declinação *ex officio* da competência.

A ação em apreço foi proposta no juízo da Comarca de Araras, cidade em que não domiciliadas as partes. Por essa razão, o MMº Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras declinou da competência, remetendo o processo para a Comarca de Leme, a qual reside o autor.

Consultando o artigo 114 do Código de Processo Civil e observa-se que nele está posto que "*Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais*."

Se a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, como prescreve o artigo 114 do Código de Processo Civil, a incompetência relativa se compadece também com a declaração de ofício?

Não responde o Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 33, dispondo que "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*".

Por isso que, abroquelado na referida Súmula; na Súmula nº 77 deste Tribunal de Justiça, que reza: "*A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no domicílio*

Acesso ao Sumário

do réu (art.94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos"; em precedentes desta Colenda Câmara Especial que traz à colação; e no escólio de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de "*A competência territorial é em princípio relativa, só sendo absoluta a do foro da situação do imóvel, em caso de demanda fundada nos direitos reais indicados no art. 95 do Código de Processo Civil*", e para quem, "*Permitir ao juiz a iniciativa de fiscalizar espontaneamente a competência relativa significaria privá-la do que ela tem de mais característico e a distingue da absoluta - a disponibilidade. O art. 114 do Código de Processo Civil é incisivo ao proibir o juiz de fazê-lo, negando-lhe vigência o juiz que de ofício declara sua própria incompetência relativa. Nem se pode admitir que pudesse ou devesse o juiz fazer a fiscalização espontânea no primeiro momento em que se pronuncia nos autos, só ficando adstrito a prosseguir na causa de naquele momento não tiver recusado*", o MM. Juízo suscitante entendeu pela impossibilidade de se declinar de ofício da competência.

Concordando, em tese, ser vedado ao Magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, face a sua natureza relativa, no caso presente, diante de sua peculiaridade, tenho que não aplica as sobreditas Súmulas, concordando com a declinação da competência, pronunciada de ofício, pela MMº Juiz da 1ª Vara Cível de Araras.

De fato, se a regra geral é a vedação da declinação, de ofício, da competência relativa, o caso concreto pode conduzir a entendimento diferente.

Aqui, sem que saiba o porquê, o autor propôs a ação no Juízo de Direito da Comarca de Araras, que nem é o endereço de seu domicílio.

Em verdade, o autor escolheu o local de propositura da demanda. Fê-lo, sem indicar a razão, alheado às regras de determinação de competência fixadas na lei processual civil.

Houvesse algum elemento de conexão apontado pelo autor, que avalizasse o aparelhamento da ação na Comarca de Araras, poder-se- ia concordar em haver, o Magistrado da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras, afrontado a vedação estabelecida na Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça.

Se verdadeiro é, como expende o ilustre jurista Cândido Dinamarco, não ser admissível que o juiz somente dê prosseguimento à causa depois de, no momento inicial, fiscalizando espontaneamente a competência, não a tenha recusado, também o é que, sem a mínima demonstração de ser o juiz constitucional da demanda, pode o mesmo declinar da competência, independentemente de provocação.

Temos duas regras em confronto: a que nega, em qualquer hipótese, possa o juiz, de ofício, declinar de competência relativa; e a que lhe impõe um mínimo de verificação, para efeito de reconhecimento de ser ele o juiz natural, e poder,

Acesso ao Sumário

em consequência, declinar, de ofício, da competência, ainda que relativa.

Fico com a segunda, que já foi seguida em precedentes desta Colenda Câmara Especial, e também foi aplicada pela 19ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli, cuja ementa reza: "*Agravo de Instrumento. Contrato de mútuo bancário. Ação revisional. Declinação 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 evidenciado 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 acertada declinação da competência na situação dos autos. Agravo a que se nega provimento*" (CC nº 0155264- 93.2012.8.26.0000, julgamento em 03.09.2012).

O eminente Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Gonzaga Franchesquini, de igual forma, em caso assemelhado, já relatou em voto encapsulado na seguinte ementa:

"Ação de exibição de documentos - Ajuizamento em Comarca sem qualquer relação com a causa, fazendo presumir mera conveniência da parte - Impossibilidade - Observância das regras de fixação de competência previstas no Código de Processo Civil e nas Normas de Organização Judiciária - Violação, ademais, do princípio do juiz natural - Não incidência do disposto no artigo 112 do Código de Processo Civil e Súmula 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - Precedentes - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitante."

Portanto, à vista de todo o exposto, julgo procedente o conflito e declaro a competência do MMº Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial de Leme, ora suscitante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0147959-24.2013.8.26.0000, da Comarca de Serrana, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE SERRANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, reconheceram a competência do suscitante, vencido o Relator. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.262)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente e vencedor), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL, vencido, e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator Designado

Ementa: Conflito de Competência - Ação Revisional de Contrato -Ajuizamento em Comarca distinta do domicílio da ré ou do autor/consumidor - Impossibilidade - Observância das regras de fixação de competência previstas no Código de Processo Civil e nas Normas de Organização Judiciária - Vulnerabilidade, ademais, do princípio do juiz natural - Não incidência do disposto no artigo 112 do Código de Processo Civil e Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça - Precedentes - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência no qual o Juízo da 1ª Vara Judicial de Serrana (suscitante), nos autos da ação de consignação em pagamento c/c revisão de cláusulas contratuais ajuizada por Edivaldo José dos Santos contra Banco Pecúnia S.A., sustenta que a competência para apreciar o feito é do Juízo suscitado, em razão da impossibilidade de declinação de ofício da competência relativa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado (fls. 46/47).

É o breve relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os Juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

E, respeitada a opinião em contrário, tem razão o Juízo suscitado.

Não se olvida que, a teor do que dispõem 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, exatamente como agiu o Juízo suscitado.

No entanto, diante da peculiaridade do presente incidente, em que houve flagrante escolha do Juízo para a propositura da ação, era realmente de rigor a recusa de competência para o julgamento da lide, independentemente da provocação da parte.

Isso porque o feito foi ajuizado na Comarca de Ribeirão Preto (fls. 06) sem qualquer liame lógico, por ser o foro diverso do endereço do autor ou da própria sede da empresa-ré, conforme se depreende da exordial.

Assim, de uma leitura singela dessa situação, pode-se afirmar que o autor, deliberadamente, escolheu uma comarca, utilizando de prerrogativa amplamente reconhecida por esta Colenda Câmara Especial.

No entanto, nota-se aqui a utilização de uma prerrogativa com fins outros, em verdadeiro abuso, que deve agora ser corrigido.

Com efeito, o único ponto de ligação com a Comarca de Ribeirão Preto, pelo que ressoa dos autos, é o local onde localizado o escritório do patrono do autor (fls. 06). Assim, este fato, ao invés de mostrar-se como a utilização de um direito, pelo consumidor, a fim de facilitar seu acesso à Justiça, na verdade, configura-se como verdadeira escolha de foro, já que não poderia existir maior possiblidade de acesso à justiça do que o ajuizamento da ação na Comarca na qual reside o autor-consumidor.

Dessa forma, apesar de ser certo que a escolha do foro para ajuizamento da demanda é prerrogativa exclusiva do autor, a opção realizada deve pautar-se nas regras de fixação de competência previstas nas Normas de Organização Judiciária e na lei processual civil, além da boa-fé, não sendo aceitável a escolha de Juízo sem qualquer motivação jurídica, sob pena de vulnerar-se o princípio do juiz natural.

Acesso ao Sumário

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em voto que se mostra como verdadeiro paradigma dessa nova situação enfrentada, já decidiu que:

"*Processo civil. Recurso especial. Ação individual proposta por associação, na qualidade de representante de um único consumidor associado, com fundamento no art. 5º, XXI, da CF. Propositura da ação no foro do domicílio da Associação, que é diverso dos domicílios, tanto do autor da ação, como do*

réu. Declinação da competência promovida de ofício. Manutenção.

- O permissivo contido no art. 5º,XXI, da CF, diz respeito apenas às ações coletivas passíveis de serem propostas por associações, em defesa de seus associados. Tal norma não contempla a representação do consumidor em litígios individuais, de modo que deve ser reconhecida a ilegitimidade ativa da associação.

- Não obstante a exclusão da associação do pólo ativo da relação processual, a existência de procuração passada diretamente pelo consumidor à mesma advogada da associação autoriza o aproveitamento do processo, mantendo-se, como autor da ação, apenas o consumidor.

- A facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo possibilita que este proponha ação em seu próprio domicílio. Tal princípio não permite, porém, que o consumidor escolha, aleatoriamente, um local diverso de seu domicílio ou do domicílio do réu para o ajuizamento do processo. Correta, portanto, a decisão declinatória de foro. *Recurso especial a que se nega provimento*." (REsp nº 1.084.036- SP. Relª Min. Nancy Andrighi; j. 03.03.09.; v.u.; g.n.)

Cite-se, também, a respeito do assunto, recente julgado deste Colendo Tribunal:

"*Ementa: 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 escancaras 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*." (CC n° 0155264- 93.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 03.09.2012)

Esta Egrégia Colenda Câmara Especial tem se posicionado exatamente

Acesso ao Sumário

desse modo em casos de conflito de competência, a reconhecer que a escolha de foro não pode ficar ao alvitre do autor:

"Conflito Negativo de Competência - Ação ajuizada em foro diverso do domicílio das partes - Redistribuição determinada de ofício ao Foro do domicílio do Autor - Possibilidade - Circunstâncias do feito que afastam a aplicação da Súmula 33, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural - Impossibilidade de escolha de Juízo - Opção do Autor em demandar em seu domicílio ou do réu, não caracterizada (Súmula 77 do TJSP) - Ausência de demonstração de se tratar do local onde praticados os atos questionados (Súmula 363 do STF) - Benefício exclusivo ao causídico configurado - Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitante." (CC nº 0226422-14.2012.8.26.0000, Rel. Desª Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 04.03.13., v.u.)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Redistribuição ex officio de ação que versa sobre relação de consumo - Direito do consumidor de optar pelo foro onde irá demandar - Inadmissível, no entanto, sem qualquer motivo razoável, o ajuizamento da demanda em foro diverso do domicílio do autor ou do réu, pena de ofensa ao princípio do juiz natural - Mitigação do verbete 33 do E. Superior Tribunal de Justiça - Precedentes - Conflito procedente e competência do MM. Juiz suscitante." (CC nº 0236145-57.2012.8.26.0000, Rel. Des. Costabilé e Solimene, j. 28.01.13., v.u.)

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, uma vez que configurado verdadeiro direcionamento da causa ou "escolha de Juízo", 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).

Com supedâneo no exposto, meu voto ACOLHE O CONFLITO e DECLARA COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE, ou seja, o da 1ª Vara Judicial de Serrana.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0137886-90.2013.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE LIMEIRA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE LIMEIRA.

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. **(Voto nº 15.726)**

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, 25 de novembro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de nulidade de contrato de compra e venda de imóvel cumulada com a anulatória de alteração de contrato social, transação judicial e destituição de administrador de sociedade empresária e pedido de tutela antecipada distribuída por dependência à Vara onde tramita a ação de recuperação judicial - Livre redistribuição do feito determinada, com fundamento em inexistência da *vis attractiva* - Caráter de acessoriedade patente, uma vez que um dos pedidos é a nulidade de acordo homologado pelo Juízo suscitado - Incidência da norma prevista no artigo 108 do Código de Processo Civil - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, em que o Juízo da 1ª Vara Cível de Limeira, nos autos da ação declaratória de nulidade de contrato de compra e venda de imóvel cumulada com a anulatória de alteração de contrato social, transação judicial e destituição de administrador de sociedade empresária e pedido de tutela antecipada, proposta por *Delta Usinagem e Fundidos Ltda.* e *DM Negócios e Participações Ltda*. ambas em recuperação judicial e Rodrigo Luiz Ferreira contra Felipe Buck Belussi e Outros, entende que a competência para apreciar o feito é do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca (suscitado), em razão de se tratar de anulação de acordo homologado perante o referido juízo, bem como por lá tramitar a recuperação judicial das autoras, justificando a distribuição por dependência visto que na presente ação se pretende declaração de existência de grupo econômico entre as autoras e a empresa *Rambla Participações Ltda*., argumentos esses com os quais não concordou o MM. Juiz suscitado, que determinou a livre redistribuição do feito, calcado na assertiva de que não há de falar em distribuição por dependência quando não existe a *vis attractiva* em tema de recuperação judicial.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo suscitado (fls. 134/136).

É o relatório.

Respeitado o posicionamento do MM. Juiz da 3ª Vara Cível de Limeira, verdade é que nada justificava ter ele declinado da competência para conhecer da referida ação declaratória de nulidade de contrato de compra e venda de imóvel cumulada com a anulatória de alteração de contrato social, transação judicial e destituição de administrador de sociedade empresária e pedido de tutela antecipada.

A ação tem por escopo anular atos lesivos ao patrimônio das autoras que se encontram em recuperação judicial perante o Juízo suscitado. Assim, a competência para o julgamento da ação anulatória em questão é do Juízo da recuperação judicial, visto que lá foi constituído o ato que se pretende ver anulado, no caso o acordo feito nos autos do processo nº 3.851/2008, mencionado as fl. 32.

Com efeito, a competência do caso em exame deve ser dirimida à luz das normas insculpidas nos artigos 108 e 486, ambos do Código de Processo Civil, tendo em vista a estreita relação de acessoriedade entre a ação de recuperação judicial e a ação anulatória de ato jurídico.

Dissertando sobre a matéria ora em debate, explica Pontes de Miranda que "*se a ação é oriunda ou acessória de outra, ainda que já julgada (= transita em julgado a sentença), a competência é do Juiz da causa-fonte ou da causa principal*" ("Comentários ao Código de Processo Civil", t. II, Editora Forense, 2ª edição, 1974, p. 279).

E tal doutrina encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial prevalecente nesta Egrégia Câmara Especial, no sentido de que a ação anulatória deve ser processada pela mesma vara em que tramitou o processo no qual proferida a decisão que a tem por objeto. Nesse sentido, cite-se o seguinte julgado: *"(...) DEMANDA AJUIZADA PERANTE A VARA EM QUE TRAMITOU O FEITO DO QUAL RESULTOU O ACORDO - REDISTRIBUIÇÃO DETERMINADA, EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO - Ação em que se pretende anular decisão judicial homologatória de acordo deve tramitar pela mesma vara que proferiu a decisão, por tratar-se de processo que decorre de anterior e dele deve ser considerado acessório*" (CC nº 109.768.0/9-00, rel. Des. Mohamed Amaro). E mais: *Ação anulatória de acordo, homologado judicialmente - Cabimento da distribuição por dependência, ao juízo onde foi praticado o ato jurídico - Critério de competência funcional, de natureza absoluta - Existência de conexão, por acessoriedade - Aplicação dos arts. 108 e 486 do CPC - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado*. (CC 994092230216 SP, Rela. Maria Olívia Alves, j. 09/08/2010)

Acesso ao Sumário

Outros precedentes a respeito desse tema:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACORDO. AÇÃO QUE POSSUI O CARÁTER DE ACESSORIEDADE EM RELAÇÃO À AÇÃO PRINCIPAL. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 108 DO CPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE SE DEU O ATO QUE SE PRETENDE ANULAR. Ação anulatória que objetiva a declaração de nulidade do acordo realizada nos autos da ordinária. Competência do juízo onde tramitou a ação em que restou homologado o acordo em que o autor da ação anulatória pretende invalidar. Precedentes, inclusive do STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO. (CC nº 70046900338, 17ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, v.u. j. 24.05.2012, Relator Des. Luiz Renato Alves da Silva).

FALÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO REALIZADO EM EXECUÇÃO. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA CORRETA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA AÇÃO PRINCIPAL, AINDA QUE JÁ TENHA SIDO JULGADA. ARTIGO 108 DO CPC. JULGADO PROCEDENTE O CONFLITO. Nos termos do artigo 108 do CPC, a ação acessória será proposta perante o juízo competente para a ação principal, portanto, correta a distribuição por dependência efetuada, tendo em vista que a anulatória de ato jurídico é acessória da execução (principal), nos autos da qual foi efetivada a arrematação, alvo da alegada nulidade. Julgaram procedente o conflito negativo de competência. (Conflito de Competência Nº 70044409019, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 08/09/2011)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE TRAMITOU A AÇÃO PRINCIPAL. A competência para processar e julgar a ação anulatória de ato jurídico é do juízo que homologou o acordo que se pretende invalidar. Art. 108 do CPC. Precedentes. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA JULGADA PROCEDENTE. (Conflito de Competência Nº 70038203246, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 22/09/2010)

Assim, a ação foi corretamente distribuída, por direcionamento, à 3ª Vara em que tramita a recuperação judicial das autoras e na qual homologado o acordo que agora se pretende ver anulado, não havendo relevante razão jurídica para sua livre redistribuição.

Pelo exposto, julgo procedente o conflito e declaro a competência do Juízo suscitado, da 3ª Vara Cível de Limeira, onde tramita a ação de recuperação judicial e onde homologado o ato jurídico que se pretende anular.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0089113-14.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIÃO SUL 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

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, ou seja, a 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.293)**

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: CONFLITO DE JURISDIÇÃO - Lesão corporal supostamente praticada pelo irmão contra a irmã - Distribuição inicial à Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que determinou a remessa dos autos ao juízo criminal que suscitou conflito negativo - Fato que não caracteriza violência doméstica - Não definida a aplicação da Lei 11.340/06, por não se tratar de violência praticada em razão do gênero da vítima, e tratando-se de crime de lesão corporal, de rigor a competência do Juízo Criminal para processamento do caso - Competência do Juízo Suscitante - Conflito improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela Juíza da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro em face do Juízo da Vara da Região

Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro, ambas da Capital, nos autos da ação penal instaurada para apuração, em tese, dos crimes tipificados no artigo 129, § 9º e 147, combinado com artigo 61, inciso II, "f", todos do Código Penal, figurando como denunciado Adriano Alves de Souza.

A ação penal foi, inicialmente, distribuída ao Juízo da Vara da Violência Doméstica contra a Mulher, que determinou a redistribuição dos autos à Vara Criminal (fls. 20). Contudo, a ilustre Magistrada da vara especializada, entendendo não se tratar de violência doméstica, suscitou o presente conflito.

Entende a Juíza Suscitante que o vínculo de natureza familiar não foi determinante no cometimento do delito em questão, não se vislumbrando situação de risco, no âmbito doméstico, a justificar a submissão do agente aos ditames da Lei nº 11.340/2006, razão pela qual competente é a justiça especializada.

O Juízo Suscitante foi designado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 22).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência do juízo suscitante (fls. 25/27).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado. Ambas as Magistradas consideram-se incompetentes para conhecer da lide.

Não assiste razão à MMª. Suscitante.

E em que pesem os respeitáveis argumentos de que se vale o douto Juízo Suscitante, o certo é que, nas circunstâncias, não se justifica sua recusa da competência para conhecer do presente pedido.

O cerne da discussão se circunscreve à definição do que seja "violência doméstica" para efeito de aplicação da Lei nº 11.340/06.

Dispõe o artigo 5°, caput, da Lei n° 11.340/2006 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" (grifo meu).*

A expressão "violência baseada no gênero" leva ao pensamento de um padrão específico de violência fundada na hierarquia e desigualdade entre sexos diferentes, masculino e feminino.

Mas não é só nos casos de agressão de homem contra mulher que a lei tem aplicação. Como se pode verificar do § único do artigo 5º da Lei 11.340/06, "*as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*".

O sujeito ativo do delito, portanto, pode ser tanto o homem quanto a mulher, devendo, porém, sempre estar demonstrado que a conduta criminosa desenvolveu-se tendo por fundamento o gênero da vítima. Em outras palavras,

Acesso ao Sumário

a simples qualidade de mulher e familiar não autoriza a incidência da Lei Maria da Penha, devendo o ato criminoso ter sido praticado em razão de a vítima ser do sexo feminino e, só em razão disso, mais fraca ou inferior em situação de vulnerabilidade, e não por outra motivação qualquer.

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado" (CC 88.027/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05.12.2008, DJe de 18.12.2008);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER.

AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE NAMORADOS SEM CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique

Acesso ao Sumário

caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação.

2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG" (CC 96.533/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05.12.2008, DJe de 05.02.2009).

No mesmo sentido a recente Súmula 114 deste E. Tribunal de Justiça: "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 presente caso, o fato que se apura corresponde à pretensa agressão física praticada por um irmão contra a irmã, em razão de discussões e desentendimentos familiares, ressaltando-se que, pelas informações contidas no inquérito, elas habitavam em casas edificadas no mesmo terreno. Assim, em que pese a relação de parentesco entre agressor e vítima e a conduta ter se desenvolvido no âmbito familiar e tendo como vítima uma mulher, a incidência da Lei nº 11.340/06 não pode ser autorizada, em virtude da clara motivação dos atos executórios, vale dizer, a evidente ausência de motivos relacionados ao gênero, ao sexo feminino da vítima como se inferior fosse, em situação de vulnerabilidade.

Caso as partes fossem convivas, e estivesse a agressão fundada no gênero de uma das mulheres envolvidas, ou seja, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação a seu sexo, outro seria o desfecho, circunstâncias, todavia, que não se verificam no caso em testilha.

Portanto, tratando-se de hipótese de lesão corporal em tese praticada pelo indiciado contra a irmã, em razão de motivos outros que não em virtude do seu gênero, mas sim em razão de contenda familiar, não há que se falar da competência da Justiça Especializada, concluindo-se pela competência da Vara Criminal para seu processamento, mais favorável à increpada, diga-se de passagem, e daí decorrente a interpretação restritiva.

Dessa forma, não há como se sustentar a competência do Juízo Suscitado,

Acesso ao Sumário

sendo caso de desprovimento do conflito.

Em face de tais razões, julga-se improcedente o conflito e declara-se a competência do Juízo Suscitante, ou seja, a 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0133338-22.2013.8.26.0000, da Comarca de Agudos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE AGUDOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.271)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 4 de novembro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Conflito negativo de Jurisdição - Crime de duplicata simulada - Controvérsia acerca do local da consumação do crime - Consumação caracterizada com a colocação do título em circulação - Acolhimento da exceção de incompetência arguida por parte do réu - Remessa dos autos ao Juízo da Comarca de Araçatuba - Ausência de recurso das partes - Via inadequada para reforma de decisão judicial - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição em que o magistrado da Vara Única da Comarca de Agudos (suscitante), sustenta, em suma, que a competência para conhecer e julgar a ação penal referente à prática, em tese, do delito previsto no artigo 172 combinado com o artigo 70, ambos do Código Penal, é do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba (suscitado) - (fls. 02/06).

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela declaração da competência do Juízo suscitado (fls. 67/69).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, pois os Juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Penal).

Cuida-se de ação penal na qual o réu foi denunciado como incurso no artigo 172, c. c. o artigo 70, ambos do Código Penal.

No caso em apreço, apura-se que Percival José Ramos da Silva, na qualidade de sócio-gerente da empresa "*Ferreira & Ramos Indústria e Comércio de Móveis Ltda*.", emitiu duplicatas simuladas, nas quais figura como sacada a empresa "*Complexo Móveis Ltda*.", para o fim de saldar a dívida contraída com a empresa "*Madeiref Indústria e Comércio Ltda*.".

Após o oferecimento da denúncia (fls. 07/08), o réu arguiu exceção de incompetência, em peça processada em apartado aos autos principais, sob o fundamento de que as duplicatas foram emitidas e colocadas em circulação na Comarca de Araçatuba, local onde se consumou o crime (fls. 50/53). Acolhida a exceção de incompetência pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Agudos (suscitante), foi determinada a redistribuição dos autos à Comarca de Araçatuba (fls. 56). Este juízo, por sua vez, acolhendo a manifestação do Ministério Público (fls. 57/62), determinou a devolução dos autos ao suscitante (fls. 63), que deu azo ao presente conflito de jurisdição.

Certo é que, em regra, o juiz competente é o do lugar em que se consumar a infração, por força da regra prevista no artigo 70 do Código de Processo Penal.

No que tange ao tipo previsto no artigo 172 do Código Penal, considera-se consumado o delito no local onde ocorreu a emissão e circulação da duplicata, consoante já se pronunciou esta Egrégia Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO - Duplicata simulada - Controvérsia acerca do local da consumação do crime - Consumação caracterizada com a colocação do título, em circulação - Negociação de duplicatas com agência bancária localizada na Capital, sediada em área correspondente ao Foro Central da Capital - Aplicação do artigo 70 do CPP - Conflito procedente - Competência do juízo suscitado*". (Conflito de Jurisdição nº 0365014-09.2010.8.26.0000 (990.10.365014-0), Des. Relª. Maria Olívia Alves, j. 13.12.2010).

No caso em tela, importa ressaltar que houve arguição de incompetência, por meio da exceção (fls. 50/53), a qual foi acolhida (fls. 56) e não impugnada por tempestivo recurso, de modo a obstar a recusa de competência pelo Juízo suscitado.

Esta Colenda Câmara Especial, em caso análogo, já decidiu:

Acesso ao Sumário

"*Conflito negativo de jurisdição. Acolhimento a exceção de incompetência pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Guará. Remessa dos autos ao MM. Juízo de Direito da 1' Vara Criminal da Comarca de Batatais. Conflito de competência que não é via adequada para reforma de decisão judicial. Portanto, não conhecimento deste conflito*". (Conflito de Jurisdição nº 0226525-89.2010.8.26.0000, Des. Rel. Encinas Manfré, j. 07.02.2011).

"*CONFLITO NEGATIVO - Formação de quadrilha, extorsão mediante seqüestro e roubo, agravado pelo emprego de arma de fogo, concurso de agentes e restrição à liberdade da vítima - Acolhimento de preliminares de incompetência do Juízo alegadas por parte dos réus - Remessa dos autos ao Juízo suscitante - Ausência de recurso das partes - Impossibilidade de recusa de competência - Hipótese em que, na verdade, não ocorre conflito entre os Juízos, a justificar a aplicação da regra do artigo 114 do Código de Processo Penal - Competência já definida por decisão judicial transitada em julgado - Não conhecimento do conflito*". (Conflito de Jurisdição nº 0141809-32.2010.8.26.0000 (990.10.141809-6), Des. Relª. Maria Olívia Alves, j. 23.08.2010).

No mesmo sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"(...) decidida a exceção de incompetência pelo Juízo suscitado, sem recurso, preclui o direito de discutir a controvérsia. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício (Súmula nº 33/STJ)"* (CC nº 12.360/DF, Rel. Min. Cláudio Santos).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado (1ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0139133-09.2013.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é excipiente MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRESIDENTE PRUDENTE, é excepto MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE PIRAPOZINHO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.871)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Presidente da Seção Criminal e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Investigação de furto ocorrido em Pirapozinho. Mandado de busca cumprido em Presidente Prudente. Grande quantidade de bens apreendidos. Parte dos bens reconhecidos pela vítima de furto em Pirapozinho. Bens reconhecidos por vítimas de furto e roubo em Presidente Prudente. Prisão em flagrante pelo crime de receptação. Apuração de crimes de furto em Pirapozinho e receptação em Presidente Prudente que guardam relativa autonomia. Autoria do furto inconclusiva. Impossibilidade da aplicação do art. 83, do CPP. Competência a ser estabelecida pela regra do art. 70, "caput", do CPP. Regra de conexão que, se aplicada, fixaria também a competência da Comarca de Presidente Prudente para apuração do crime. Inteligência dos arts. 76, III, e 78, II, "a", do CPP. Conflito procedente para determinar a competência do MM Juízo suscitante, local onde o crime de receptação se consumou.

VOTO

O MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Presidente Prudente suscita o presente conflito negativo de jurisdição em face do MM. Juiz de Direito da Vara Única de Pirapozinho, em inquérito policial instaurado e concluído, figurando como indiciados pela infração do artigo 180 "caput", do Código Penal, Arnaldo Cesar Rafael dos Santos e Maria Bandeira da Silva.

Sustenta o MM. Juiz suscitante que deve ser reconhecida a competência do Juízo de Pirapozinho para apreciar os fatos em razão da prevenção, nos termos do artigo 83, do Código de Processo Penal (fls.79/81).

De outra parte, defende o MM Juízo suscitado, com esteio no parecer do Ministério Público, que a competência é do Juízo de Presidente Prudente, porquanto lá se consumara o crime de receptação (fls.69/70).

Manifestou-se a Procuradoria de Justiça pelo conhecimento do conflito e a declaração da competência do Juízo suscitante (fls.94/96).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Configurado está o conflito negativo de jurisdição, nos termos do artigo 114, inciso I do Código de Processo Penal, já que os Juízes da 1ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente e da Vara Única de Pirapozinho declinaram da competência para continuidade da apreciação do inquérito policial que apurou crime de receptação imputado aos indiciados Arnaldo Cesar Rafael dos Santos e Maria Bandeira da Silva.

E, respeitado o entendimento do MM. Juiz suscitante, é dele a competência para a apreciação do inquérito policial

A bem da verdade, a polícia de Pirapozinho investigava delito de furto qualificado, registrado no boletim de ocorrência de n° 884/13, e no curso desta expediu-se mandado de busca em uma residência localizada em Presidente Prudente, ocasião em que inúmeros objetos foram encontrados com os dois indiciados.

E, com o fim da diligência, apurou a polícia que parte dos bens era produto de furto ocorrido em Pirapozinho, tanto que foram reconhecidos pela vítima que registrara o B.O. nº 884/13. Entre os bens, também havia objetos furtados e roubados em Presidente Prudente, objetos de registro em dois boletins de ocorrência nesta comarca. Consta que a vítima do roubo ocorrido em Presidente Prudente reconheceu o indiciado Arnaldo Cesar Rafael dos Santos como o autor do delito.

Certo, portanto, considerar que o MM. Juiz de Pirapozinho teve ativa participação no persecutório policial, uma vez que determinou o cumprimento do mandado de busca e apreensão. Mas isso não o torna automaticamente competente para apreciar crime consumado em Comarca distinta, conforme adiante se vê.

Extrai-se do histórico que a apuração da autoria do crime de furto qualificado ocorrido em Pirapozinho, ao menos até o momento, resta sem definição. O fato de terem sido encontrados bens da vítima em determinada situação, nada elucida acerca da autoria.

Ressalte-se, por primeiro, que não há qualquer hipótese que se extraia dos autos para fixar a regra da prevenção prevista no artigo 83, do Código de Processo Penal, justamente pela autonomia dos delitos apurados. E nesse sentir, a consequência é que os juízes não eram igualmente competentes como se infere da regra invocada.

Em rigor, aplica-se ao caso as normas dos artigos 69, inciso I, e 70, ambos do Código de Processo Penal.

Aliás, neste sentido, há precedentes desta Câmara Especial: ***"Conflito negativo de jurisdição. Receptação. Competência firmada com base no local de sua consumação. Conflito procedente. Competência do suscitante. (...) Ora, como sabido, o delito de receptação pressupõe infração penal anterior,***

tratando-se, portanto, de crime acessório que tem, não raro, a respectiva competência firmada pela conexão com o ilícito precedente. No caso, porém, incerta a autoria do crime anterior, conforme iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, citada com acuidade no CC n. 20.753/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, firma-se a competência da receptação pelo local de sua consumação, vez que se trata de ilícito penal material que se consuma com o ato da aquisição, recebimento ou ocultação do bem móvel objeto de crime anterior. (...)". (Câmara Especial, CJ nº 165.036-0/9-00, Rel. Eduardo Pereira, j. 13/10/2008).

E ainda que se considere a existência de conexão instrumental ou probatória, prevista no artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal, o que neste caso, pelo contexto e pela autonomia das infrações, se considera apenas a título de argumentação, de igual forma o caso deveria ser apreciado pelo Juízo suscitante.

Não se olvide que durante a investigação apurou-se não só a receptação, como também se esclareceu um roubo que teria sido cometido pelo indiciado Arnaldo Cesar Rafael dos Santos e, portanto, aplicar-se-ia a regra da atração da competência pelo crime mais grave - art.78, II, "a", do Código de Processo Penal.

Nessa linha, *mutatis mutandi*, assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n°109.498-GO (2009/0241616-0), Relator Ministro Haroldo Rodrigues:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. COMPETENTE O LUGAR DA INFRAÇÃO. REGRA GERAL. DIVERSOS CRIMES. CONEXÃO. JURISDIÇÕES DA MESMA CATEGORIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ONDE SE CONSUMOU A INFRAÇÃO MAIS GRAVE.

1. A competência, como regra geral, é a do local onde se consumar a infração, a teor dos artigos 69, inciso I, e 70, caput, ambos do Código de Processo Penal.

2. Tendo em vista que nenhum dos delitos descritos na denúncia foi cometido na Região Administrativa de Santa Maria/DF, não havendo sequer atos preparatórios nesta localidade, não há se falar na competência do Juízo suscitado.

3. Ainda que assim não fosse, é cediço que a competência, cuidando-se de crimes conexos, é firmada no Juízo da comarca onde se consumou a infração de maior gravidade (art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal), do que se extrai que, em se tratando de delitos de roubo, furto, receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e falsificação de documento público, a competência será do lugar onde se consumou o roubo.

Acesso ao Sumário

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cristalina/GO, o suscitante"

Diante do exposto, julgo procedente o presente conflito para reconhecer a competência do MM Juiz suscitante (1ª Vara Criminal de Presidente Prudente).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0135767-59.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER REGIÃO SUL 2 - FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declarando-se competente o Juízo Suscitante, da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Região Sul 02 - Foro Regional de Santo Amaro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35185)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Atos ilícitos supostamente praticados pelo sogro contra a nora. Violência doméstica e familiar que pressupõe uma ação ou omissão baseada no gênero. Caracterização. Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição originado de ação penal, aduzindo o Juízo Suscitante que os crimes investigados nos autos não estão inseridos no âmbito da violência doméstica, por entender não caracterizada a relação de vulnerabilidade em razão do gênero feminino da vítima.

Informações do MM. Juízo Suscitado a fls.24.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o Juízo Suscitante (fls.26/29).

Este é o relatório.

O conflito é procedente.

Oferecida a denúncia perante o Juízo da Vara Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, após a redistribuição do feito determinada pela Vara Criminal Comum (fls.02/04 e 24), foi suscitado o presente conflito.

Por não concordar nenhum dos Juízos com a competência para processar e julgar a presente ação penal, nos termos do artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal e artigos 219 e seguintes do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está configurado o conflito de jurisdição.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo da Vara Região Sul 2 de Violência Doméstica da Capital, certo é que não poderia ter declinado da competência.

A Lei nº 11.340/2006, em seu artigo 5º, determina: *"Para os efeitos desta Lei, 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"*.

Na dicção do legislador, não basta para a configuração da violência doméstica ou familiar, uma ação ou omissão contra a mulher. Exige-se também a circunstância especial de que tal ação ou omissão tenha sido praticada em razão do gênero, ou seja, pelo fato de a vítima ser mulher. Isso porque a violência contra a mulher, que se procura coibir de modo especial, é aquela manifestada em *"relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens", vislumbrada "quando um ato é dirigido contra uma mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional"* (FLÁVIA PIOVENSAN. Litigância Internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a lei "Maria da Penha". In Direitos Humanos, Saraiva, 2009, p. 229). Trata-se de autêntica proteção em razão do gênero.

É o que se vislumbra no caso dos autos.

Nos termos da denúncia, a violência foi praticada em razão da existência de relacionamento familiar entre as partes e da situação de ascendência em relação à vítima, tendo em vista a vítima residir na casa do acusado, seu sogro.

Nesse contexto, salvo melhor juízo, está caracterizada a violência em razão do gênero, sendo precipitado qualquer juízo de valor no sentido de afastar a incidência do artigo 5º, incisos I e II, da Lei 11.340/06.

Daí porque se trata de competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consoante o entendimento recentemente consagrado

Acesso ao Sumário

na Súmula nº 114 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo teor vale transcrever*: "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".*

Diante disso, de rigor o prosseguimento do feito na Vara especializada, a fim de preservar o sistema de proteção criado pelo legislador.

Pelo exposto é que se julga procedente o conflito, declarando-se competente o Juízo Suscitante, da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Região Sul 02 - Foro Regional de Santo Amaro.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0001074-63.2011.8.26.0080/50000, da Comarca de Cabreúva, em que é embargante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CABREÚVA, é embargado MUNICÍPIO DE CABREÚVA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, Rejeitaram os embargos infringentes. Vencido o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34681)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO, PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL E CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos infringentes. Ação Civil Pública. Determinação de que o Município de Cabreúva elimine a demanda reprimida por vagas em creches para crianças de zero a cinco anos. Tutela jurisdicional genérica que viola o poder discricionário do Executivo

Municipal. Recurso não provido. Manutenção do v. acórdão embargado.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Ministério Público em face do Município de Cabreúva, no qual requer o seu conhecimento e acolhimento para que "o acórdão embargado seja reformado, negando provimento ao recurso de apelação do Município de Cabreúva e restabelecendo-se a sentença nos termos em que proferida, adotando os fundamentos e bem alinhadas conclusões do voto divergente às fls. 1099/1106".

Contrarrazões a fls. 1135/1140.

Admitido o recurso a fls. 1143.

DECIDO.

O recurso não merece provimento, devendo prevalecer o v. acórdão.

Não há dúvidas que as crianças do Município de Cabreúva têm direito à educação por decorrência do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), que é o norteador da interpretação e aplicação do direito.

E, se o Estado-Administração não atender a tais direitos de forma voluntária, o Poder Jurisdicional o compelirá ao cumprimento das garantias fundamentais dos cidadãos, porque vigente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a toda lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Com efeito, a educação infantil, prevista como a primeira etapa da educação básica, é direito indisponível assegurado expressamente pela Constituição Federal (artigo 208, inciso IV) e pela Lei nº 8069/90 (artigo 54, inciso IV) e tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança, compreendendo os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (artigo 29, Lei nº 9394/96). Assim é que, em contrapartida, o ordenamento jurídico impõe ao Estado o respectivo dever, cabendo especificamente aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil (artigo 211, § 2º, da Constituição Federal), mediante a oferta de vaga em creches e pré-escolas (artigo 11, inciso V, da Lei nº 9394/96).

Resta claro, portanto, o dever da Municipalidade de possibilitar o exercício pleno do direito fundamental da criança à educação, mediante a matrícula em estabelecimento de ensino mantido pelo Poder Público municipal.

Diante da violação do direito de determinada criança, resta ao Judiciário a proteção do seu direito fundamental à educação infantil quando, a esse respeito, restar comprovado o inaceitável obstáculo ao seu efetivo exercício diante da omissão da Administração Pública.

Acesso ao Sumário

Feitas tais considerações, é importante distinguir a tutela jurisdicional nas hipóteses de violação aos direitos individuais das crianças e a impossibilidade de ingerência no Poder Judiciário no poder discricionário do Município de Cabreúva. Isto porque a concessão do pedido significou a emissão de comando genérico que implica em adoção de uma política pública quanto à educação, estabelecendo prazos e priorizando a educação infantil, em detrimento de eventuais escolhas políticas do poder executivo.

Não se pode olvidar que o Prefeito é representante da vontade popular e tem o poder discricionário de eleger em caráter genérico as políticas públicas mais urgentes, de acordo com as necessidades locais e as possibilidades orçamentárias do município. Em outras palavras, houve indevida revisão de uma conduta política e não de um ato administrativo.

Em hipótese semelhante, confira-se o seguinte precedente desta Câmara Especial:

> *Apelação. Ação Civil Pública. Demanda deduzida para compelir a Administração ao fornecimento de "unidade hospitalar ou clínica especializada em tratamento de crianças e adolescentes, dependentes de drogas, em regime hospitalar (ou internação)". Tutela que infirma a autonomia estatal. Impossibilidade de avaliar nesta seara critérios do mérito administrativo ou sobre a conveniência e oportunidade de determinada prestação de serviço ou realização de obra. Recurso não provido (AP n. 0000375-74.2011.8.26.0047; Relator(a): Camargo Aranha Filho ; Comarca: Assis; Data do julgamento: 15/10/2012)*

Como bem asseverado no v. acórdão de fls. 1091/1098, *"a atividade jurisdicional está restrita ao controle dos atos administrativos, o que não se confunde com as funções próprias do agente público, não cabendo avaliar nesta seara critérios do mérito administrativo ou ainda sobre a conveniência e oportunidade de determinada prestação de serviço."*

Assim, nego provimento aos embargos infringentes, mantendo o julgamento proferido na apelação.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2003254-93.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MARIANA

Acesso ao Sumário

SALOMÃO CARRARA e Paciente M.A.J.R.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.514)**

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, 21 de outubro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Ementa: HABEAS CORPUS - Pretensão ao deferimento da liberação do menor e sua inserção em liberdade assistida - Determinação de avaliação pelo Juiz a quo - Possibilidade - Relatório técnico desfavorável à progressão da medida socioeducativa - Modificação que se mostra prematura, diante do processo de ressocialização que está em curso - Não configuração de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *M.A.J.R.*, internado por força da r. sentença que julgou procedente representação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo.

Sustenta-se, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, porquanto nula a decisão que indeferiu a progressão de regime ao jovem, configurada violação ao princípio do contraditório e da imparcialidade do juiz *a quo*.

Alega-se, ademais, ser inidônea a fundamentação adotada pelo magistrado, eis que a reincidência, por si só, não basta para obstar a progressão de regime.

Pleiteou-se, destarte, a concessão da ordem para que haja a cassação da decisão que ordenou a manutenção da internação e, a final, a substituição da medida por liberdade assistida.

Indeferida a liminar a fls. 39/40, vieram aos autos as informações do Juízo *a quo* (fls. 45/47), noticiando a realização dos estudos requeridos, mantida a internação (fls. 55/56).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 58/60).

Acesso ao Sumário

É a síntese do quanto importa.

Impõe-se a denegação da ordem.

Com efeito, não há que se falar em violação ao princípio do contraditório, da imparcialidade e inércia do juiz em razão de a d. Magistrada haver determinado a realização de avaliação pelo setor técnico judicial.

Isto porque compete ao Magistrado, com base no contexto e momento processual, avaliar a produção probatória, sopesando sua efetiva necessidade e utilidade, podendo, a seu alvitre, determinar aquelas que considerar essenciais ou úteis ao deslinde da causa, com base nos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil e, mais especificamente, no art. 440 do mesmo diploma legal.

Consoante precisa lição de Carlos Maximiliano ("Hermenêutica e aplicação do Direito", Ed. Forense, 19ª ed., 2001, Rio de Janeiro, pág. 20), "tanto a doutrina como a jurisprudência modernas, em nenhuma hipótese, absolutamente nenhuma, prescindem do discernimento pessoal, do critério técnico, da consciência, formada pela educação e pelo estudo, de um verdadeiro magistrado. Ele é o soberano apreciador da prova; neste particular se lhe atribui autoridade discricionária, tomado este vocábulo no sentido adotado no Direito Público. Deixa-se ao prudente arbítrio do juiz aquilatar o valor intrínseco dos depoimentos, pesá-los, e decidir afinal, de acordo com o seu convencimento consciencioso, formado pelo exame do processo, em conjunto".

Assim, plenamente possível e viável que o Juiz, convencido da necessidade de esclarecimento sobre qualquer aspecto atinente à lide discutida, determine ou proceda à produção de qualquer prova, observando, por óbvio, critérios de oportunidade, necessidade ou conveniência diante das circunstâncias do caso concreto.

Afasta-se, assim, a alegação de nulidade encetada pelo impetrante.

E, pela mesma razão, descabida a afirmação de que houve julgamento *ultra* ou *extra petita*, até porque, na seara do Direito da Infância e Juventude, mormente no que concerne à aplicação da medida socioeducativa, não fica o Juiz adstrito ao que requerem as partes; deve, antes, atender ao primordial interesse do menor, observando o princípio da proteção e cuidado integrais.

No mais, consoante se verifica dos relatórios juntados aos autos, relativos à avaliação do jovem pelo setor técnico judicial, aquele, custodiado desde 25/04/2012, em razão de seu envolvimento com a prática de atos infracionais equiparados aos crimes de roubo agravado e resistência, mercê dos progressos reconhecidos, está em franco **processo** de amadurecimento e reflexão, o que justifica sua permanência como está.

E como esse processo tende, ainda, a se consolidar, e dele depende a satisfação de todos os objetivos ressocializadores, a extinção ou mesmo a modificação da medida socioeducativa mais drástica não se afiguram

convenientes, interrompendo-se essa dinâmica proveitosa.

Veja-se que, na esteira do estudo elaborado pelos técnicos do Juízo, o jovem ainda não foi submetido a tratamento específico para a drogadição, ressaltando-se que M. ainda necessita de trabalho no que concerne à ressignificação dos seus valores e conceitos, recomendando-se a manutenção da internação.

Ponderou-se, ademais, que apesar da evolução ostentada pelo paciente, este ainda precisa de apoio psicossocial para consolidar sua adesão às regras familiares e sociais.

E, diante deste contexto, não se entrevê sinal de constrangimento ilegal no indeferimento da progressão, porquanto sua inserção em regime de internação resultou de decisão bem fundamentada, prolatada com base em hígido conjunto probatório, com a exaustiva ponderação de todas as peculiaridades do caso concreto. Logo, não alterado o quadro fático até o vertente momento, viável a manutenção do *status quo* do jovem.

Nessas condições, inexistindo constrangimento ilegal ou abuso de direito, não se mostrando a decisão teratológica ou ilegal e considerando que o indeferimento da progressão está alicerçado na busca pela reeducação e ressocialização do adolescente, princípios que se coadunam com as balizas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, incabível mesmo, por ora, o deferimento da pretensão veiculada.

Em face de tais razões, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2038804-52.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SAMUEL FRIEDMAN e Paciente G.S.L.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem, mantendo o indeferimento da extinção da medida, mas revogando o decreto de internação-sanção do adolescente, com a determinação de intimação pessoal para audiência previamente agendada, sem prejuízo de eventual restabelecimento após sua oitiva. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

Acesso ao Sumário

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

Ementa: Infância e Juventude. Execução de medida socioeducativa de semiliberdade. Descumprimento. Ausência de oitiva do adolescente. Decretação de internação-sanção sem sua prévia manifestação, deixando, ainda, de ser designada audiência de justificação. Indeferimento do pedido de extinção da medida em razão da maioridade. Legalidade. Prescrição. Inocorrência. Concessão parcial da ordem por ilegalidade da internação-sanção.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com fundamento em constrangimento ilegal suportado pelo adolescente diante da r. decisão que, durante a execução da medida socioeducativa de internação, decretou a sua internação-sanção, afastou sua imediata extinção e determinou a busca e apreensão e internação-sanção do jovem. Sustenta o impetrante, em suma, ilegalidade, com afronta ao devido processo legal, na medida em que o decreto da internação-sanção não observou os ditames legais. Pede, em liminar, a revogação da internação- sanção e da busca e apreensão e, no mérito, a cassação da decisão.

A liminar foi indeferida, opinando a douta Procuradoria Geral da Justiça pela concessão da ordem.

Este é o relatório.

De rigor a concessão parcial da ordem, diante da ilegalidade da decisão que decretou a internação-sanção, sem prévia oitiva do adolescente.

Depreende-se da peça inicial e dos documentos que a acompanham que, por envolvimento em ato infracional, ao paciente foi aplicada a medida de semiliberdade (fls 11).

Acesso ao Sumário

Por descumprimento da medida, foi determinada sua internação-sanção. Com a notícia de que o jovem completou a maioridade, o Ministério Público e a Defensoria manifestaram-se no sentido de que a medida fosse extinta.

A decisão impugnada afastou a imediata extinção da medida, além de decretar a internação-sanção e determinar a busca e apreensão do jovem.

Vale lembrar que o art. 46, § 1º, do SINASE estabelece que "no caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente."

Assim, vê-se que, na hipótese, o MM. Juízo *a quo*, a quem compete

avaliar o processo educativo do jovem, indeferiu o pedido formulado pelo Ministério Público e pela Defesa, por entender prematura a extinção da medida de internação.

Não há que se falar, em hipótese alguma, que ao julgador não é permitido decidir de modo diverso daquele que é pedido pelas partes, seja por conta de sua livre convicção, seja porque, no caso concreto, o art. 46, § 1º, do SINASE estabelece que "no caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente".

Cabe, portanto, ao julgador avaliar o processo de ressocialização do jovem, conforme as peculiaridades de cada um, podendo ou não dar por extinta a medida socioeducativa, ainda que atingida a maioridade.

Dessa forma, cabe ao Juízo, nos limites de sua discricionariedade, verificar, caso a caso, se estão presentes os requisitos necessários a ensejar a extinção da execução da medida socioeducativa imposta ao menor.

Desse modo, quanto ao indeferimento da extinção da medida em razão da maioridade, vê-se que a decisão atacada encontra-se devidamente fundamentada e calçada na legislação menorista, não merecendo qualquer reparo.

No entanto, deve ser reconhecida a ilegalidade da decretação da internação-sanção.

Foi aplicada internação-sanção em decorrência do descumprimento da medida socioeducativa.

Pois bem.

Embora possível a decretação da internação-sanção, quando do descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente), há, no caso, constrangimento ilegal.

Isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de dispor expressamente que não haverá privação da liberdade sem o devido processo legal (artigo 110, do Estatuto da Criança e do Adolescente), assegura ao adolescente, dentre outras garantias, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, é imprescindível que, antes da conversão, haja a oitiva do adolescente, oportunidade em que poderá justificar o descumprimento da medida, devendo, para tanto, ser previamente intimado para a audiência de justificação a ser designada.

Na hipótese *sub judice*, não houve designação de audiência de justificação nem intimação do adolescente, que, por consequência, não foi ouvido. Foi de imediato proferida a decisão que determinou a internação-sanção, em total

Acesso ao Sumário

afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa (fls 27/28).

Confira-se a jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. APLICAÇÃO DA INTERNAÇÃO-SANÇÃO. 1. A aplicação da medida sócio-educativa de internação-sanção está sujeita às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caracterizando-se constrangimento ilegal a sua decretação sem a audiência prévia do adolescente. 2. Recurso parcialmente provido para, mantendo a expedição do mandado de busca e apreensão, anular o decisum que decretou a internação, sem prejuízo de seu eventual restabelecimento após a oitiva do recorrente e a manifestação de sua defesa" (RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2000/0143901-4; Ministro HAMILTON CARVALHIDO; T6 - SEXTA TURMA).

"A decretação de internação pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, hipótese prevista no inciso III do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90), deve, necessariamente, ser precedida da oitiva do adolescente infrator (art. 111, V, do ECA), sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa" (HC nº 86587/ SP - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJ 05.11.07).

Tal entendimento restou, ainda, sumulado: *"É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa"* (Súmula nº 265, do Superior Tribunal de Justiça).

Assim, de rigor a concessão da ordem para revogar o decreto de internação-sanção.

Entretanto, na hipótese, verifica-se que não se operou a prescrição.

E isto porque se sedimentou a orientação de que, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, o prazo prescricional deve ter por parâmetro a duração máxima da medida privativa de liberdade (três anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença.

Assim, o prazo prescricional, nos termos do art. 109, inciso I, do Código Penal, é de 20 anos, com base na pena máxima fixada para o delito de tráfico, de 15 anos (art. 33, da Lei nº 11.343/2006). Reduzido à metade, em virtude de ser o paciente menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato (art. 115 do CP), passa a ser de 10 anos.

No caso, foi aplicada ao paciente a medida de semiliberdade por prazo indeterminado (fl. 16).

Como entre a data da sentença e do último comparecimento até o presente momento não se passaram mais de 10 anos, de rigor o afastamento da prescrição.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto meu voto é pela concessão parcial da ordem, mantendo o indeferimento da extinção da medida, mas revogando o decreto de internação-sanção do adolescente, com a determinação de intimação pessoal para audiência previamente agendada, sem prejuízo de eventual restabelecimento após sua oitiva.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002753-09.2013.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante VILLE DE FRANCE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE ITATIBA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 21.365)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Registro de loteamento - Certidões e documentos previstos no art. 18, da Lei no 6.766/76 - Exame, pelo Oficial de Registro de Imóveis, dos esclarecimentos prestados pelo loteador - Possibilidade - § 2º, do art. 18, da Lei 6.766/79 - Loteamento a ser implantado em imóvel objeto de alienação fiduciária - Negócio jurídico que obsta o registro do loteamento - Recurso não provido.

VOTO

Inconformada com a r. decisão que julgou prejudicada a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Itatiba em relação à qualificação que recaiu sobre o projeto de loteamento, apela Ville de France Empreendimentos Imobiliários Ltda. aduzindo, em síntese, que o fato de o imóvel em que o loteamento será

Acesso ao Sumário

edificado ser objeto de alienação fiduciária não obsta o registro pretendido.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

De início, respeitado o entendimento do MM. Juiz Corregedor Permanente, observe-se que a dúvida não está prejudicada.

É que o dever de impugnar todas as exigências feitas pelo Oficial de Registro de Imóveis só ocorre no caso de suscitação de dúvida indireta - que é a requerida pelo próprio interessado e não pelo Oficial.

Quando a dúvida é direta (suscitada pelo Oficial, como no presente caso), basta ao interessado no registro, frente à nota devolutiva e dentro do prazo da prenotação, requerer a suscitação, cabendo ao Oficial, ao redigir a "petição inicial" da dúvida, mencionar e justificar o porquê de cada uma das exigências.

Superada essa preliminar, passo a examinar o mérito.

Ao expedir a nota devolutiva, o Oficial de Registro de Imóveis de Itatiba fez duas exigências (fl. 406).

A primeira diz respeito às certidões exigidas nos incisos III e IV, do art. 18, da Lei no 6.766/79:

> *Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:*
>
> *III - certidões negativas:*
>
> *a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel;*
>
> *b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos;*
>
> *c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública.*
>
> *IV - certidões:*
>
> *a) dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos;*
>
> *b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos;*
>
> *c) de ônus reais relativos ao imóvel;*
>
> *d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.*

O § 2º, do art. 18, da Lei 6.766/79, confere autorização expressa ao Oficial de Registro de Imóveis para examinar as certidões e os esclarecimentos apresentados pelo loteador e, mais que isso, fazer juízo de valor a respeito

Acesso ao Sumário

da viabilidade do loteamento à luz de eventual potencial prejuízo aos futuros adquirentes:

> *§ 2º - A existência de protestos, de ações pessoais ou de ações penais, exceto as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração, não impedirá o registro do loteamento se o requerente comprovar que esses protestos ou ações não poderão prejudicar os adquirentes dos lotes. Se o Oficial do Registro de Imóveis julgar insuficiente a comprovação feita, suscitará a dúvida perante o juiz competente.*

Assim, apenas no caso de considerar insuficientes as justificativas apresentadas é que o Oficial de Registro de Imóveis deve suscitar dúvida, como expressamente ressalva a parte final do dispositivo acima.

No presente caso, porém, ao suscitar a dúvida, o Oficial disse que reputava suficiente as explicações da loteadora referentes aos protestos e ações em curso.

Ora, se considerou bastantes e suficientes as explicações ofertadas pelo loteador, não havia por que fazer a exigência.

De todo modo, o exame dos documentos acostados aos autos permite concluir, como bem destacou a r. decisão recorrida, pela existência de patrimônio bastante do loteador a não colocar em risco os futuros adquirentes, não havendo, destarte, controvérsia quanto a este ponto.

O segundo item da nota devolutiva é, no entanto, pertinente.

O art. 18, da Lei no 6.766/79, ao arrolar os documentos que o loteador deverá apresentar ao Registro de Imóveis, menciona no inciso I o título de propriedade.

É pressuposto do loteamento, assim, a condição plena de titular do domínio do loteador.

No caso posto, esse requisito não restou atendido porque o loteador deu em garantia da alienação fiduciária o imóvel em que o loteamento será edificado (R.01, M. 51218 – fls. 143/144).

Ao celebrar referido negócio jurídico, o loteador transferiu a propriedade do imóvel ao fiduciário, passando a ter, enquanto não paga a dívida, mera expectativa de reaver a propriedade, além da posse direta.

É o que se extrai da leitura do at. 22, da Lei no 9.514/97:

> *Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.*

Ao discorrer sobre a propriedade fiduciária, Francisco Eduardo Loureiro diz que a propriedade transmitida ao credor fiduciário em garantia é resolúvel, por ser subordinada a um evento futuro e incerto, qual seja, o adimplemento

da obrigação garantida. E, ao falar do devedor fiduciante, afirma que tem ele a propriedade sob condição suspensiva, vale dizer, a legítima expectativa de recuperar o domínio da coisa, tão logo cumpra a obrigação garantida, sem que a isso possa se opor o credor (Código Civil Comentado, Manole, 6ª ed., p. 1411/1412).

Fácil de ver, por conseguinte, que o devedor fiduciante, enquanto não saldar a dívida, não pode ser considerado proprietário para os fins do art. 18, I, da Lei nº 6.766/79.

Na linha da impossibilidade do registro do loteamento em imóvel alienado fiduciariamente, o r. parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025566-92.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante OSVALDO ROBERTO BORBA SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E ANEXOS DA COMARCA DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 21.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis - Dúvida julgada procedente - Negativa de ingresso de escritura de venda e compra de imóvel – Desrespeito ao registro anterior de instrumento particular - Desnecessidade da anuência dos compromissários compradores – Inexistência de afronta ao Princípio da Continuidade – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Oficial do Registro de Imóveis e Anexos de Praia Grande deixou de proceder ao registro de Escritura Pública de Venda e Compra apresentada por Osvaldo Roberto Borba Silva, referente ao imóvel objeto da matrícula 8.027, o que suscitou a apresentação de dúvida, a pedido do interessado. Ressalta o Oficial a impossibilidade do ingresso no fólio registral em decorrência da quebra do princípio da continuidade, uma vez que o imóvel estava compromissado à venda em favor de Antonio Lopes e houve a transmissão da propriedade sem que este cedesse seus direitos ou com ela anuísse (fl. 02).

O interessado ofertou impugnação fundamentada a fls. 25/37.

O MM. Juiz Corregedor Permanente acolheu as ponderações do Oficial do Registro de Imóveis e manteve a recusa à realização do ato, julgando procedente a dúvida suscitada (fls. 39/40).

Inconformado, interpôs o interessado recurso de apelação, reiterando as razões anteriormente expostas (fls. 44/55).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls.64/66).

É o relatório.

Assiste razão ao recorrente.

O Registrador, em sua nota devolutiva, sustentou que, enquanto não resolvida questão relacionada com a promessa de venda e compra registrada em favor de terceiro, não seria possível o ingresso do título de transmissão de propriedade, em respeito ao princípio registrário da continuidade (fl. 19).

Em sua sentença, o MM. Juiz Corregedor Permanente manteve o óbice ofertado pelo Registrador, ponderando que o registro de compromisso, cessão ou promessa de cessão só poderão ser cancelados por decisão judicial, a requerimento conjunto das partes contratantes ou quando houver rescisão comprovada do contrato, sendo que no caso em tela permanece íntegro o registro da promessa de venda e compra do bem a terceiro que não participou do negócio entabulado (fl. 39 vº).

Acesso ao Sumário

Constata-se, pelo exame da documentação juntada aos autos, que o bem em questão foi compromissado à venda em 23 de agosto de 1976 a Antonio Lopes e sua esposa (fl. 10vº). Em março de 1980, o titular de domínio alienou o bem a Roberto Pincus (fl.11), estando preservada a cadeia sucessória a partir de então.

A previsão de registro de contrato preliminar de alienação do domínio existe para dar publicidade à relação obrigacional e gera direitos para a parte prejudicada, caso haja sua inobservância.

Não tem este registro o condão de impedir a alienação do bem pelo

titular de domínio que, a despeito dela, mantém o vínculo obrigacional com o compromissário.

Diante disso, entendo não ter ocorrido vício nos registros de transmissão, com a possibilidade de ingresso do título apresentado.

Como já decidido por este E Conselho, acolhendo voto de minha lavra (Processo 0020761-10.2011.8.26-0344, julgado em 25/10/12, da Comarca de Marília) e respeitados os precedentes da 1.ª Vara de Registros Públicos desta Capital, em sintonia com a posição do Registrador, o princípio da continuidade, com a transmissão da propriedade pelos titulares de domínio sem a observância de compromisso de venda e compra registrado em favor de terceiros, não será vulnerado.

De todo modo, a possível falta de conhecimento dos compromissários compradores, a sua ocasional oposição à transmissão da propriedade do imóvel aos adquirentes e a eventual inoponibilidade das cessões de direito, com afastamento de sua repercussão sobre a situação jurídica dele, são circunstâncias despidas de força para comprometer a validade da compra e venda definitiva, para frear o acesso do título ao álbum imobiliário: quando muito, terão potência para relativizar a eficácia, não para atestar a invalidade da transferência coativa da propriedade.

Citando Marco Aurélio S.Viana: "não se justifica a exigência de registro prévio do contrato senão como forma de tutelar o promitente comprador contra a alienação por parte do promitente vendedor, limitando ou reduzindo o poder de disposição deste, ao mesmo tempo que arma o adquirente de sequela, admitindo que obtenha a escritura até mesmo contra terceiro, na forma indicada no art. 1.418." (Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 695 v. XVI.)

Assim sendo, uma vez constituído o direito real de aquisição, Francisco Eduardo Loureiro acentua, com propriedade: doravante, os "novos atos de disposição ou de oneração praticados pelo promitente vendedor em benefício de terceiros, ainda que de boa-fé, são ineficazes frente ao promitente comprador" (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Ministro Cezar Peluso (coord.). 2.ª ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 1.453.). Realço: ineficazes, não inválidos.

Quero dizer: se o registro do instrumento particular de compromisso de venda e compra, desnecessário para obtenção da sentença substitutiva do contrato definitivo, não impede o promitente vendedor de transferir a propriedade a terceiros - embora seja idôneo para comprometer a eficácia deste negócio jurídico -, impõe, na mesma linha de entendimento, admitir que o registro de escritura de venda e compra pelos sucessores dos titulares do domínio prescinde do cancelamento do registro do compromisso de venda e compra, ainda que o

Acesso ao Sumário

promitente comprador não tenha participado do negócio jurídico posterior.

Ademais, como bem mencionado pelo D. Procurador da Justiça, o "erro" teria ocorrido há mais de trinta anos, sem notícia de que houvesse prejuízo ao promitente comprador ou a terceiro. O tempo decorrido impediria eventual pretensão de anulação do registro, pois atingiria terceiro de boa-fé que faria jus à usucapião, conforme disposto no artigo 214, § 5º, da Lei 6.015/73 (fls. 65/66).

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0054473-65.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes LUIZ CARLOS AFFONSO e MARIA HELENA AFFONSO, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 21.383)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – escritura de compra e venda - hipoteca cedular registrada - ausência de anuência do credor hipotecário - penhora em favor da Fazenda Nacional - indisponibilidade que obsta as alienações voluntárias - Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformados com a r. sentença[1] que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas e manteve a recusa do registro da escritura pública lavrada pelo 7º Tabelião de Notas de Campinas[2] pela qual adquirem de Luis das Dores Santos e Edson Articano Rosolen a

1 Fls. 60/61

2 Fls. 10/11

propriedade do imóvel descrito na matrícula nº 40.578, de referida Serventia de Imóveis, apelam Luiz Carlos Affonso e Maria Helena Affonso.

Aduzem, em síntese, que a penhora inscrita em favor da Fazenda Nacional e a hipoteca cedular existentes na matrícula não constituem óbice ao registro do título recusado, notadamente em virtude da preferência do crédito trabalhista[3].

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[4].

É o relatório.

De início, é preciso frisar que a preferência do crédito trabalhista não está em discussão nem tem incidência no caso em exame porque exaurida nos autos da execução por meio da qual o imóvel foi adjudicado aos recorrentes, então reclamantes.

Agora, já na condição de titulares de domínio, lavraram escritura pública a terceiros, cujo registro foi recusado. Nenhum liame existe com a execução trabalhista finda e, portanto, com a preferência do crédito trabalhista.

O que se discute é simples recusa de um título apresentado para registro por particulares.

Antes de ser adjudicado aos reclamantes na ação trabalhista, o imóvel descrito na matrícula nº 40.578, do 1º Registro de Imóveis de Campinas, já se encontrava gravado com hipoteca cedular (R.03, Av. 04 e Av. 05 - fls. 12/15).

De acordo com o art. 51, do Decreto-Lei nº 413/69, aplicável ás cédulas de crédito comercial por força do art. 5º, da Lei nº 6.840/80[5]:

A venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito.

Considerando-se que a adjudicação havida na execução trabalhista, por si só, não extinguiu a hipoteca cedular, não há como dispensar a prévia anuência do credor, sob pena de se violar o princípio da legalidade.

É elucidativo, a propósito, trecho do voto do eminente Des. Gilberto Passos de Freitas, então Corregedor Geral da Justiça, lançado nos autos da Apelação Cível nº 544-6/4, em que cita farta jurisprudência sobre a necessidade da anuência do credor da cédula hipotecária:

> *Ocorre que, a seguir, o arrematante celebrou, mediante instrumento particular, promessa de compra e venda (fls. 09/13) e os compromissários compradores insistem no registro deste título. Não lhes assiste razão, contudo, por estar inalienável o bem onerado, ante a falta de expressa anuência do credor hipotecário. Assim dispõe o artigo 51 do Decreto-lei*

3 Fls. 64/70

4 Fls. 78/81

5 Art. 5º Aplicam-se à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial as normas do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro 1969, inclusive quanto aos modelos anexos àquele diploma, respeitadas, em cada caso, a respectiva denominação e as disposições desta Lei.

n° 413/69, "verbis": "Art 51. A venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito". Isto já foi acentuado pelo E. Conselho Superior da Magistratura no julgamento da Apelação Cível nº 3.708-0, da Comarca de Adamantina, tendo como relator o Desembargador Marcos Nogueira Garcez: O legislador optou - bem ou mal - por dotar os órgãos financiadores da economia rural e industrial não somente de uma garantia, mas de uma garantia exclusiva, que impede nova oneração ou alienação do bem gravado a terceiro (grifos não originais). O mesmo órgão, nos autos da Apelação Cível nº 000.160.6/1-00, assim se expressou: A manutenção de leis especiais que tratam da hipoteca, na realidade, está prevista no artigo 1.486 do Código Civil de 2002 que assim estabelece: "Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial". A par disto, repito, o Código Civil de 2002 não regulamentou inteiramente as hipotecas constituídas por meio de cédulas de crédito rural, industrial, comercial e à exportação, e somente se referiu às cédulas hipotecárias mediante remissão a leis especiais que regem esta matéria. Permanecem vigentes, deste modo, as leis especiais (...) O artigo 59 do Decreto-lei nº 167/67 estabelece que os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos por cédula de crédito rural não podem ser vendidos sem prévia anuência do credor, por escrito. E, por disposição contida no artigo 1.420 do Código Civil de 2002, as pessoas que não podem alienar também não podem empenhar, hipotecar ou dar em anticrese, assim como não podem ser dados em penhor, anticrese e hipoteca os bens que não podem ser alienados. Ao assim dispor criou o legislador garantia exclusiva em favor dos órgãos financiadores da economia rural, o que fez por meio de norma cogente, contida em lei especial que não foi revogada pelo Código Civil de 2002. Esta espécie de indisponibilidade relativa, também instituída por outras leis em favor dos detentores de hipotecas vinculadas à cédula de crédito à exportação (artigo 3º da Lei nº 6.313/75), cédula de crédito comercial (artigo 5º da Lei nº 6.840/80) e cédula de crédito industrial (artigo 51 do Decreto-lei nº 413/69), não conflita com as normas gerais estatuídas para a hipoteca no Código Civil de 2002, assim como não conflitava com as normas da mesma natureza contidas no Código Civil de 1916. Certo é que, no presente caso, houve tão só a promessa de venda e compra, mas esta, em sendo irrevogável e irretratável, uma vez registrada e quitada, conferirá direito real de aquisição a possibilitar posterior adjudicação compulsória, com fulcro nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, "verbis": Artigo 1.417 - Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou

Acesso ao Sumário

arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Artigo 1.418 - O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. O mesmo se depreende da leitura dos artigos 5º e 22 do Decreto-lei n° 58/37, bem como do artigo 25 da Lei nº 6.766/79. Atente-se para o decidido pelo E. Conselho Superior da Magistratura nos autos da Apelação Cível nº 71.416.0/3-00: REGISTRO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA — Imóvel gravado com cédula de crédito comercial hipotecária. Necessidade da anuência prévia e expressa do credor. Aplicação do decreto-lei n° 413/69. Recurso a que se nega provimento. (...) O art. 51 do dec.-lei 413/69 regulamenta que "a venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito". O ato de registro do compromisso de compra e venda encontra previsão no art. 167, I, 9 da lei nº 6.015/73, por constituir ele um direito real, que se formaliza no fólio real para garantia do comprador. O instrumento particular de compromisso de venda e compra (...), ao contrário do que afirma a apelante, não é apenas uma cessão, ele transfere direitos sobre o imóvel, em consonância com sua cláusula nona, onde textualmente a apelante e os vendedores pactuaram que o compromisso é celebrado com "cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, não admitindo arrependimento unilateral". O compromisso de venda não é verdadeiramente um contrato preliminar. Não é por diversas razões que completam a originalidade do seu escopo, principalmente a natureza do direito que confere ao compromissário. Tem ele, realmente, o singular direito de se tornar proprietário do bem que lhe foi prometido irretratavelmente à venda, sem que seja inevitável nova declaração de vontade do compromitente ("Direitos Reais", Orlando Gomes, Forense, 6ª ed., 1978, pág. 329). Portanto, diante do registro da cédula de crédito comercial hipotecária, o imóvel a ela ficou vinculado, permanecendo subordinado à prévia anuência do credor no caso de sua alienação. No tocante às razões implícitas do dec.-lei 413/69 argüidas pela apelante, o simples fato de estar ele em vigor as afasta, considerando-se, ainda, que este E. Conselho Superior da Magistratura já se pronunciou que a vedação à alienação de imóvel gravado com seu fundamento não ofende ao direito das coisas e aos princípios constitucionais (Ap. Cív. nº 781-0). Este E. Conselho Superior também já decidiu anteriormente que o bem gravado com cédula hipotecária

Acesso ao Sumário

depende, necessariamente, da expressa e prévia concordância do credor para sua alienação (Ap. Cív. nºs. 031281-0/3, 028794-0/7, 1213-0, 012689-0/6). Em igual diapasão, o v. acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 70.721.0/8-00, que teve como apelante Maria Lucia D'Angelo e como apelado o Primeiro Oficial do Registro de Imóveis de Sorocaba. O mesmo Egrégio Conselho Superior da Magistratura, quando do julgamento da Apelação nº 40.014.0/7, da Comarca de Atibaia, firmou o entendimento que não há como negar ser o compromisso de compra e venda uma das formas de oneração previstas em lei, dada a formação de um direito real de aquisição. Finalmente, não merece guarida a alegação dos recorrentes que a hipoteca teria sido extinta, em razão da arrematação do bem gravado nos autos da execução fiscal. Dispõe o artigo 1.501 do Código Civil em vigor: Art. 1.501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução. Certo é que se aplicam subsidiariamente à hipoteca cedular, "ex vi" do art. 26 do Decreto-lei n° 413, de 09 de janeiro de 1969, os princípios da legislação ordinária sobre hipoteca, relevando salientar que sua extinção, qualquer que seja sua causa, só produz, em relação a terceiros, efeitos depois de averbada na tábua registral, conforme os artigos 1.500 do Código Civil e 252 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a seguir transcritos: Art. 1.500. Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova. Artigo 252. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. Neste sentido, o julgado do E. Conselho Superior da Magistratura prolatado na Apelação Cível nº 60.281.0/0-00, da Comarca de Presidente Prudente: Registro de Imóveis - Pretensão de cancelamento do registro de hipoteca cedular em decorrência dos subsequentes registros de penhora e arrematação determinadas em reclamação trabalhista - Inadmissibilidade, em face da indisponibilidade relativa incidente sobre bem vinculado por hipoteca de cédula de crédito comercial (Lei nº 6.840/80) - Recurso provido. Há, portanto, pertinência na recusa formulada pelo registrador.

Nesse sentido, ainda, o r. parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Além da falta da anuência do credor da hipoteca cedular, outro fator obsta o registro pretendido, qual seja, a permanência da penhora em favor da Fazenda Nacional (R.08), que não foi cancelada pela adjudicação[6].

Acesso ao Sumário

6 Processo CG 114.169/2010, parecer do MM. Juiz Auxiliar Jomar Juarez Amorim aprovado pelo

Isto porque o título ora em exame cuida de alienação voluntária da propriedade, hipótese não contemplada pela atual jurisprudência deste Conselho Superior, que admite o registro da transferência da propriedade apenas no caso de alienação forçada[7].

Isto posto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027170-35.2012.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes CARLOS UMBERTO BREDA e RAFAEL BREDA, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Conselho Superior de 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 21.379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa prejudicada – Título que não foi formalmente apresentado – Circunstância que torna prejudicado o julgamento e impede o conhecimento do recurso - Escritura de venda e compra – Violação do princípio da especialidade subjetiva – impossibilidade de cumprimento – venda autorizada por alvará judicial – inexistência de risco de prejuízo a terceiros de boa-fé – recurso não conhecido

VOTO

Carlos Umberto Breda e Rafael Breda suscitaram dúvida inversa em face do 1º Oficial de Registro de Imóveis de Piracicaba, que deixou de proceder ao registro de Escritura Pública de Venda e Compra por eles apresentada,

Des. Antonio Carlos Munhoz Soares

7 **APELAÇÃO CÍVEL:** 0013197-92.2012.8.26.055, rel. José Renato Nalini, j. 18/04/2013 **DATA DJ:** 24/05/2013

Acesso ao Sumário

referente ao imóvel objeto da transcrição 44.029. Ressaltam os interessados a impossibilidade da obtenção dos documentos especificados na nota devolutiva de fl. 14, diante do longo decurso de tempo, e que a transcrição foi lavrada sob a égide de legislação anterior à Lei de Registros Públicos de forma regular.

O Registrador ofertou as informações de fls. 27/31.

O MM. Juiz Corregedor Permanente acolheu as ponderações do Oficial do Registro de Imóveis e manteve a recusa à realização do ato, julgando procedente a dúvida suscitada (fls. 45/46).

Inconformados, interpuseram os interessados o presente recurso de apelação, reiterando as razões anteriormente expostas e pedindo o reconhecimento de nulidade da sentença (fls. 54/59).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.74/77).

É o relatório.

A hipótese em julgamento cuida de registro de venda e compra, com abertura de matrícula, derivada da transcrição 44.029, do 1º Registro de Imóveis de Piracicaba.

Insurgem-se os apelantes dos óbices opostos pelo Oficial, e mantidos pelo Juiz Corregedor Permanente, sustentando que não houve o enfrentamento das questões suscitadas na sentença prolatada, acarretando cerceamento de defesa.

Existe, realmente, grave falha na decisão prolatada pelo Juiz Corregedor Permanente. Inobstante este fato, a questão está bem delimitada nos autos e pode ser enfrentada em sede de recurso, sem que acarrete cerceamento de defesa aos apelantes, que tiveram oportunidade de expor amplamente suas razões.

Todavia, não há como conhecer do recurso, por estar prejudicada a dúvida suscitada pela falta de apresentação do título original para registro.

Tanto a escritura pública que se pretende registrar, quanto o Alvará Judicial que autoriza a alienação do bem, foram encaminhados à Serventia e juntados aos autos em cópias (fls. 8 e 10/12). Ora, o entendimento há muito pacificado deste Conselho Superior é de que a ausência do instrumento original levado a registro prejudica o exame da dúvida. Nesse sentido, o acórdão proferido na apelação 1076-6/5, de 05 de maio de 2009, Rel. Des. Ruy Camilo:

> *"A ausência de requisitos essenciais constitui-se em matéria prejudicial ao conhecimento do recurso interposto.*
>
> *Com efeito, nenhum título original se encontra acostado aos autos, uma vez que a presente dúvida foi suscitada a partir de mera cópia reprográfica da cédula rural pignoratícia que foi reapresentada pelo banco suscitado, estando inviabilizada assim a sua análise direta por este Conselho Superior da Magistratura".*

Acesso ao Sumário

Se estivesse regular o pedido, entendo que caberia o seu acolhimento.

Os apelantes adquiriram o imóvel do Espólio de Artur Carlos Bacellar Tellini, autorizado o negócio jurídico por Alvará Judicial expedido pelo Juízo da 10ª Vara da Família e das Sucessões da Capital.

Sustentam os interessados a impossibilidade de obterem os documentos pessoais exigidos pelo Registrador, sendo que Doraci Bergamin é falecida há 19 anos e Artur Carlos Bacellar Tellini há 16 anos.

Conforme já decidido por este Egrégio Conselho, com voto de minha lavra:

> REGISTRO DE IMÓVEIS - Carta de adjudicação -Promitente vendedor falecido - CPF/MF inexistente - Exigência afastada - Impossibilidade de cumprimento pela apresentante - Princípio da segurança jurídica - Princípio da razoabilidade - Dúvida improcedente - Recurso provido. (Apelação n° 0039080-79.2011.8.26.0100, CSM, rel. Des. José Renato Nalini, 20/09/2012).
>
> "(...) Assim, para não sacrificar a segurança jurídica e a publicidade, é de rigor flexibilizar, in concreto, a severidade do princípio da especialidade subjetiva, dispensado a informação sobre o número do CPF/MF de Henri Marie Octave Sannejouand, cujo número de inscrição do Registro Geral é, de mais a mais, conhecido e consta da matrícula do imóvel (RG n.º 75.149 - mod. 19 - fls. 07), em sintonia com a carta de arrematação (fls. 23). A especialidade subjetiva, se, na hipótese, valorada com excessivo rigor, levará, em desprestígio da razoabilidade, até porque a exigência não pode ser satisfeita pela interessada, ao enfraquecimento do princípio da segurança jurídica, o que é um contrassenso. Com a exigência, o que se perde, confrontado com o ganho, tem maior importância, de sorte a justificar a reforma da sentença: a garantia registaria é instrumento, não finalidade em si, preordenando-se a abrigar valores cuja consistência jurídica supera o formalismo (...)".

Noutra quadra, o Princípio da Fé Pública estabelece presunção (relativa) de validade do ato de registro e, por conseguinte, da veracidade das informações nele contidas.

Nestes termos, pelo meu voto, à vista do exposto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000374-14.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante COMÉRCIO

DE LENHAS PORTUGAL LTDA. (REP. P/ SÓCIO LUIZ GONZAGA PORTUGAL), é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE OSASCO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.377)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS - Admissão da incidência de ITBI na apresentação do título - exigência de recolhimento em montante superior - dúvida suscitada - inovação em sede de impugnação acerca do não cabimento da incidência do tributo - impossibilidade de *venire contra factum proprium* - incabível o conhecimento do recurso por fundamento não deduzido perante o Oficial do Registro Imobiliário ao tempo da qualificação do título - Recurso não conhecido.

VOTO

Apela Comércio de Lenhas Portugal Ltda. contra a r. sentença[1] que, nos autos do procedimento administrativo de dúvida, manteve a recusa do registro de Escritura Pública de Cessão de Direitos e Obrigações com Novação em razão da necessidade do recolhimento de tributo na forma da legislação municipal incidente. Aduzem os apelantes a possibilidade do registro independentemente do recolhimento de tributos por não ter havido transferência da propriedade[2].

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[3].

É o relatório.

O título foi apresentado com indicação do recolhimento do imposto

Acesso ao Sumário

1 Fls. 87/88.

2 Fls. 92/106.

3 Fls. 113/115.

devido na ordem de R$ 1.000,00[4], a exigência do Oficial do Registro Imobiliário foi no sentido do recolhimento da diferença do tributo devido conforme sua interpretação da legislação incidente, gerando o montante de R$ 100.711,08[5].

Seguiu-se o requerimento de suscitação de dúvida sob o fundamento da emissão da guia de recolhimento do imposto devido pela Prefeitura do Município de Osasco[6].

Quando da impugnação da dúvida a apelante apresentou novo fundamento, ou seja, não caber o recolhimento de qualquer valor a título de ITBI, não obstante o valor quitado e apresentado[7], o que foi reiterado em apelação[8].

Não é possível à apelante *venire contra factum proprium*; encerra comportamento contraditório suscitar a dúvida por um fundamento (admitir o cabimento da incidência do imposto, impugnando apenas o montante) e apresentar impugnação e recurso alicerçado em não ser cabível a incidência do tributo na espécie.

O Oficial do Registro Imobiliário não examinou a hipótese de não incidência inovada em sede de impugnação à dúvida, pelo contrário, efetuou a qualificação do título com base no requerimento (com incidência de imposto) e respectiva documentação.

Inviável fundar a dúvida em alegação não deduzida perante o Oficial do Registro Imobiliário, em tese, até mesmo poderia aceitar aquela realizando o registro.

Em decorrência da impossibilidade de inovação em sede de impugnação na situação concreta deste processo administrativo, inviável o conhecimento do recurso.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001717-77.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante RENATA FERREIRA FERNANDES, e apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE BAURU.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de

4 Fls. 07/13.

5 Fls. 02/06.

6 Fls. 19.

7 Fls. 31/73.

8 Fls. 87/88.

Acesso ao Sumário

Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA O FIM DE JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA E DETERMINAR O REGISTRO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.378)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis - Dúvida julgada procedente - Formal de partilha - Inobservância do princípio da continuidade - Inocorrência - Qualificação registral que não pode discutir o mérito da decisão judicial - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de dúvida inversa apresentada por Renata Ferreira Zanda em razão da recusa do 2º Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Bauru de registrar formal de partilha por inobservância do princípio da continuidade.

O MM. Juiz Corregedor Permanente acolheu as ponderações do Oficial do Registro de Imóveis no tocante a indispensabilidade de reparo no formal de partilha por vício inerente ao título judicial - fls. 161/163 - em especial no tocante a ausência de esclarecimentos quanto à participação de Eliane Fernandes, ex-cônjuge do herdeiro Basílio Ferreira Filho no inventário.

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso, argumentando que não cabe ao Oficial do RI ingressar na análise do mérito do título judicial; inexistindo quebra ou vulneração do princípio da continuidade - fls. 169/171.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso - fls. 183/184.

É o relatório.

É certo que os títulos judiciais submetem-se à qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do E. Conselho Superior da Magistratura:

> "*Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal. O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização*

instrumental" (*Ap. Cível nº 31881-0/1*).

Contudo, a qualificação que recai sobre os títulos judiciais não é irrestrita, de modo que deve se restringir ao exame dos elementos extrínsecos, sem promover incursão sobre o mérito da decisão que o embasa.

No caso em exame, o Oficial recusou o ingresso do formal de partilha, pois *da análise do formal de partilha percebe-se que quando do óbito de Basílio Ferreira o interessado Basílio Ferreira Filho era casado pelo regime da comunhão universal de bens com Eliane Fernandes Ferreira. Por outro lado, quando do óbito de Antonia Madureira Ferreira, Basílio Ferreira Filho já era separado judicialmente. Portanto, o auto de partilha deve refletir as consequências patrimoniais decorrentes da Saisini relativamente ao estado civil do herdeiro (fls. 09)*.

A qualificação do Oficial de Registro de Imóveis, ao questionar o título judicial, ingressou no mérito e no acerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, o que se situa fora do alcance da qualificação registral por se tratar de elemento intrínseco do título. Assim não fosse, estar-se-ia permitindo que a via administrativa reformasse o mérito da jurisdicional.

É nesse sentido a doutrina de Afrânio de Carvalho:

> "*Assim como a inscrição pode ter por base atos negociais e atos judiciais, o exame da legalidade aplica-se a uns e a outros. Está visto, porém, que, quando tiver por objeto atos judiciais, será muito mais limitado, cingindose à conexão dos respectivos dados com o registro e à formalização instrumental. Não compete ao registrador averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, sem entrar no mérito do assunto neles envolvido, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do Juiz*" (Registro de Imóveis, Forense, 3ª ed., pág. 300).

Na mesma direção, a r. decisão da E. 1ª Vara de Registros Públicos, da lavra do então MM. Juiz Narciso Orlandi Neto:

> "*Não compete ao Oficial discutir as questões decididas no processo de inventário, incluindo a obediência ou não às disposições do Código Civil, relativas à ordem da vocação hereditária (artº 1.603). No processo de dúvida, de natureza administrativa, tais questões também não podem ser discutidas. Apresentado o título, incumbe ao Oficial verificar a satisfação dos requisitos do registro, examinando os aspectos extrínsecos do título e a observância das regras existentes na Lei de Registros Públicos. Para usar as palavras do eminente Desembargador Adriano Marrey, ao relatar a Apelação Cível 87-0, de São Bernardo do Campo, "Não cabe ao Serventuário questionar ponto decidido pelo Juiz, mas lhe compete o exame do título à luz dos princípios normativos do Registro de Imóveis, um dos quais o da continuidade mencionada no artº 195 da*

Acesso ao Sumário

Lei de Registros Públicos. Assim, não cabe ao Oficial exigir que este ou aquele seja excluído da partilha, assim como não pode exigir que outro seja nela incluído. Tais questões, presume-se, foram já examinadas no processo judicial de inventário." (Processo nº 973/81)

Portanto, em caso de eventual desacerto da r. sentença proferida no âmbito jurisdicional, caberá o interessado se valer dos recursos e ações previstos no ordenamento jurídico. O que não se permite é que a qualificação registrária reveja o mérito da sentença judicial que já transitou em julgado.

Não se confunda o presente caso com aqueles em que o Oficial de Registro de Imóveis devolve o título por conter vício de ordem formal (extrínseca), e o MM. Juízo que o gerou, em sede jurisdicional e de forma específica, examina e afasta a exigência que era pertinente porquanto restrita aos aspectos formais do título judicial.

Aqui, diferentemente, a qualificação do Oficial recaiu sobre o mérito do título judicial, o que lhe é defeso, por se tratar de elemento intrínseco do título que lhe foi apresentado. Deste modo, não há que se exigir decisão específica do MM. Juízo do qual o título é oriundo afastando a exigência.

Assim, a recusa do Oficial de Registro de Imóveis deve ser afastada porque o título encontra-se formalmente em ordem, inexistindo inclusive desacerto tributário - conforme homologação judicial de aceite pela Fazenda às fls. 108.

Isto posto, dou provimento ao recurso para o fim de julgar improcedente a dúvida e determinar o registro.

ACÓRDÃO'

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003273-76.2013.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes DAVID PAULO SUCCI e ROSANGELA MARIA RODRIGUES SUCCI, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE AMERICANA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS - Carta de Adjudicação - Desnecessidade de se apresentar certidão de casamento e CPF em razão do conteúdo da matrícula e situação concreta - ITBI - Diversidade de situação jurídica nos termos da legislação municipal entre as hipóteses de compromisso de compra e venda e cessão da posição contratual - Recurso não conhecido.

VOTO

Apelam David Paulo Succi e Rosângela Maria Rodrigues Succi contra a r. sentença[1] que, nos autos do procedimento administrativo de dúvida, manteve a recusa do registro de Carta de Adjudicação em razão da necessidade de apresentar certidão de casamento, CPF e comprovar o recolhimento do ITBI. Aduzem os apelantes a possibilidade do registro em virtude da natureza judicial do título e o recolhimento dos tributos devidos[2].

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso ante a impugnação parcial das exigências e, caso examinado o mérito, provimento do recurso[3].

É o relatório.

A impugnação às exigências do registrador foi parcial, porquanto os apelantes ao tempo da impugnação[4], não obstante ao conteúdo da apelação, não se insurgiram acerca da necessidade da apresentação do CPF da Sra. Alma Mayer.

No procedimento de dúvida não é possível o exame parcial das exigências feitas pelo Oficial do Registro Imobiliário em virtude da permanência da inviabilidade do registro por força do não atendimento da totalidade das exigências (nesse sentido, entre muitos, há os seguintes precedentes do E. Conselho Superior da Magistratura, Apelação nº Ap. Civ. 990.10.325.599-2, Rel. Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, j. 14/12/2010; Apelação nº Ap. Civ. 990.10.030.839-4, Rel. Des. Marco César Müller Valente, j. 30/06/2010).

Desse modo, também em conformidade à manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça, não cabe o conhecimento da apelação.

Ainda que fosse possível o conhecimento da apelação não caberia seu provimento, conforme passo a expor.

1 Fls. 115/119.

2 Fls. 124/130.

3 Fls. 140/144.

4 Fls. 92/93.

Acesso ao Sumário

A exigência relativa à certidão de casamento dos proprietários e comprovante de CPF da Sra. Alma Meyer deveria ser afastada em virtude da ação de adjudicação compulsória (com citação ficta e nomeação de Curador Especial) permitir a presunção da dificuldade, senão impossibilidade, da busca de documentos dos proprietários.

Nesse sentido há precedente administrativo, como se infere da seguinte ementa:

> *REGISTRO DE IMÓVEIS - Carta de adjudicação - Promitente vendedor falecido - CPF/MF inexistente - Exigência afastada - Impossibilidade de cumprimento pela apresentante - Princípio da segurança jurídica - Princípio da razoabilidade - Dúvida improcedente - Recurso provido (CSMSP - Apelação Cível n. 0039080-79.2011.8.26.0100, j. 20/09/2012, Relator: Des. José Renato Nalini).*

Na especificidade da certidão de casamento há presunção do casamento em virtude do conteúdo da matrícula (com averbação para esse fim), assim, essa situação assomada ao decidido na ação judicial torna desnecessário, na particularidade deste caso concreto, a apresentação da certidão de casamento.

De outra parte, a exigência relativa ao comprovante de ITBI não poderia ser afastada, pois, nos termos da legislação municipal incidente, não é possível equiparar a hipótese de compromisso de compra e venda à de cessão da posição contratual uma vez que os programas contratuais são absolutamente diversos não sendo possível igualar os efeitos tributários dos contratos em questão para fins do disposto no art. 144, parágrafo 1º, da Lei Municipal n. 4.930, de 24/12/2009.

Pelo exposto, não conheço o recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008191-43.2012.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante G. J. PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE PINDAMONHANGABA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.358)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ELLIOT AKEL, SILVEIRA

PAULILO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS - Loteamento - Registro - Ações penais julgadas em desfavor de um dos sócios da empresa responsável pelo parcelamento do solo - Artigo 18, III, 'c', e § 2.º, da Lei n.º 6.766/1979 - Permanência dos efeitos - Impossibilidade da modificação da situação jurídica no âmbito administrativo - Dúvida procedente - Recurso desprovido.

VOTO

Apela G. J. Participações e Empreendimentos Ltda. contra a r sentença[1] que, nos autos do procedimento administrativo de dúvida, manteve a recusa do registro de loteamento residencial por força da existência de certidões criminais positivas de um de seus sócios. Aduz a apelante a possibilidade do registro em virtude da ocorrência de extinção da punibilidade, não sendo possível produção de efeitos perpétuos das ações criminais[2].

Houve manifestação do Sr. Oficial do Registro Imobiliário[3].

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[4].

É o relatório.

O representante legal da apelante (a fls. 14/20) foi condenado em duas oportunidades pelos crimes previstos no art. 50, Inc. I a IV, da Lei n. 6.766/79, tendo sido beneficiado pelo "*sursi* penal"; e no art. 50, inc. I e parágrafo único, inc. I, c.c. art. 51, ambos da Lei n. 6.766/79, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal, tendo havido substituição da pena por prestação de serviço à comunidade. Consta ainda na certidão o arquivamento dos processos em 13/09/1996 e 03/04/2003 (a fls. 12).

Esses crimes são contra a Administração Pública (Rizzardo, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 279/280), portanto não permitem o registro independentemente da prova de ausência de prejuízos aos adquirentes dos lotes (art. 18, parágrafo segundo, da Lei n. 6.766/79).

1 Fls. 314/317.

2 Fls. 325/337.

3 Fls. 343/381.

4 Fls. 386/388.

Acesso ao Sumário

A certidão criminal apresentada nada menciona acerca da extinção da punibilidade ou da reabilitação (a fls. 12), assim, não é possível inferir essa condição do referido documento.

Não é cabível neste processo administrativo o exame da validade da certidão criminal, especialmente sua conformidade às NSCGJ e ao artigo 202 da Lei de Execução Penal.

Não há informação acerca do cumprimento das penas e ou suspensão, donde inviável a interpretação pretendida pela recorrente (certidão negativa).

O art. 18, parágrafo segundo, da Lei n. 6.766/79, exclui a possibilidade do registro diante da existência de ação penal referentemente a crime contra o patrimônio, não sendo necessário comprovar eventual prejuízo aos futuros adquirentes, como ocorre em outras hipóteses.

A existência de condenações criminais por crimes contra a Administração tem o mesmo efeito da ocorrência de ações em curso, notadamente pelo caráter definitivo daquela em comparação a estas.

O impedimento existente não tem caráter eterno, pelo contrário, tão só compete ao interessado a utilização dos institutos jurídicos para modificação desses efeitos a exemplo da reabilitação criminal; o que é inviável no âmbito deste processo administrativo.

O fundamento da impossibilidade do registro também é um elemento social, superando por expressa determinação legal o aspecto social da utilização do solo urbano.

Por fim, destaco outros precedentes que respaldam a confirmação da desqualificação registral em situações semelhantes: Apelação Cível n.º 439-6/5, relator Desembargador José Mário Antonio Cardinale, julgado em 06.12.2005; e Apelação Cível n.º 856-6/8, relator Desembargador Ruy Camilo, julgado em 11.11.2008.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Desembargador) - Discurso proferido, em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 - (Sessão Solene de 25.03.11).

INSTALAÇÃO DO ANO JUDICIÁRIO DE 2011
DISCURSO DO DES. GUILHERME G. STRENGER

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Roberto Bedran, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça; Excelentíssimo Senhor Ministro Antonio Cezar Peluso, Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça; Excelentíssimo Senhor Doutor Geraldo Alckmin, Governador do Estado de São Paulo; Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Celso Giglio, neste ato representando o Deputado Estadual Barros Munhoz, Presidente da Assembleia Legislativa Estadual; Excelentíssimo Senhor Dr. Gilberto Kassab, Prefeito de São Paulo; demais ilustres componentes da Mesa que nos honram com sua presença; Senhores Magistrados; Senhores Advogados; Senhores membros do Ministério Público; Funcionários; Senhores e Senhoras

Honra-me sobremaneira a distinção que me foi conferida por delegação do Senhor Presidente, de falar em nome da Corte, nesta sessão solene de Instalação do Ano Judiciário de 2011, instituída pelo Ministro Pedro Chaves, quando Presidente do Tribunal, no ano de 1961.

A tarefa é particularmente difícil, porquanto o povo acha-se descrente de suas instituições e o Poder Judiciário vem sendo alvo de críticas, algumas procedentes, outras injustas. Entretanto, procurarei traduzir de maneira fiel e comunicativa as noções que envolvem meu pensamento neste momento.

Há que se considerar, desde logo, que a Justiça, como qualquer outra atividade institucional, é um processo contínuo, nunca alcançado plenamente. Os desafios são constantes e a sociedade está mudando mais rápido de que nunca.

O primeiro e mais grave desafio da Justiça está relacionado ao atraso da prestação jurisdicional, que pode resultar em prejuízo irreparável para seus destinatários.

O Poder Judiciário vem enfrentando, há décadas, dificuldades que comprometem a Administração da Justiça, tais como, insuficiência de Magistrados, para prover todas as vagas; carreira excessivamente rápida, com juízes sendo promovidos sem experiência; estrutura deficiente, no que concerne aos funcionários e informatização e inadequação procedimental, quanto à

Acesso ao Sumário

necessidade de agilização dos processos.

Neste momento é importante ressaltar que, segundo consta na sexta edição do relatório da "Justiça em Números" divulgado em setembro do ano passado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil à época, tinha 86,6 (oitenta e seis milhões e seiscentos mil) processos judiciais em tramitação, sendo a Justiça Estadual a mais congestionada. O relatório revela ainda, que as despesas totais da Justiça em 2009 somaram R$ 37,3 (trinta e sete bilhões e trezentos milhões), 9% a mais do que no ano de 2008.

Por outro lado, de acordo com o CNJ, metade desta despesa é compensada com a arrecadação de receitas para o Poder Executivo, por meio de decisões do Judiciário.

Este diagnóstico demonstra que o Judiciário brasileiro, para cumprir sua missão de preservação dos valores fundamentais do direito deve ser dotado de efetiva autonomia e independência financeira.

Além disso, devemos salientar que existe uma lacuna entre o povo e o Judiciário, no que diz respeito à realidade enfrentada pelo Poder Judiciário, resultando daí sérias distorções, sempre em prejuízo do conceito da Magistratura.

É preciso chamar a atenção de toda a população para as dificuldades atualmente enfrentadas pelo Poder Judiciário, notadamente no que se refere à precariedade de seu corpo funcional e de sua estrutura física, que, como já mencionado, nem de longe se compatibilizam com a sempre crescente demanda da coletividade pela prestação jurisdicional e com as rigorosas metas de produtividade impostas aos integrantes da Magistratura Nacional.

Faz-se ainda necessário sensibilizar a opinião pública para a questão pertinente à independência do Poder Judiciário, a qual, além de se qualificar como um dos mais importantes instrumentos de restrição aos poderes políticos do Estado, é também imprescindível para o resguardo da intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais, bem assim para se conferir efetividade ao direito de acesso à Justiça por todos.

Acesso ao Sumário

A propósito, cabe aos órgãos de comunicação, que exercem relevante função, o dever de informar a sociedade em geral, com transparência, quanto à estrutura, função e objetivo do Poder Judiciário.

É indene de dúvidas que a realização da Justiça, valor supremo e essencial para o Estado Democrático de Direito, ostenta enorme importância na sociedade moderna, posto achar-se a atividade jurisdicional diretamente ajustada aos maiores anseios da população. O direito à tutela jurisdicional efetiva, prestada por juízes independentes e imparciais, constitui importante mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais e das liberdades individuais.

E, justamente em função da alta relevância do mister desempenhado

por todo aquele que se acha investido da função jurisdicional, é que se faz premente a necessidade de se garantir o dogma da independência do Judiciário, evitando-se, dentre outras coisas, a submissão deste Poder Estatal a decisões políticas inconstantes, voltadas, inclusive, ao decréscimo da remuneração dos Magistrados.

Nessa ordem de idéias, afigura-se igualmente importante enfatizar que o bom desempenho da atividade jurisdicional, tão almejado pela sociedade brasileira, pressupõe o respeito às prerrogativas da Magistratura, as quais, por sua vez, têm por objeto, fundamentalmente, a colocação dos órgãos do Judiciário a salvo de qualquer ingerência dos demais Poderes da República, capaz de comprometer a imparcialidade e o efetivo exercício do ativismo judicial.

Em outras palavras, a independência da Magistratura traduz-se em instrumento essencial à proteção da cidadania, da dignidade humana e dos direitos fundamentais que constituem a base da democracia nacional e do Estado de Direito.

Assim sendo, chega-se à inarredável conclusão de que o Estado de Direito não existirá se não houver um Judiciário independente, com uma Administração estruturada e eficaz.

Aliás, a Justiça, receptora das pretensões do povo, continua sendo ignorada pelos políticos, pois não rende votos e é mal falada pelo povo, sendo objeto de acusações destituídas de fundamento.

Lembrando as palavras do imortal Rui Barbosa, em sua "Oração aos Moços", "O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter pelas ações magnânimas. A intrepidez do Juiz, como a bravura do soldado, o arrebatam e fascinam. Os governos investem contra a Justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhe espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos Magistrados, que os enfrentem com dignidade e firmeza".

Outro ponto que merece ser abordado, nesta análise reflexiva acerca das dificuldades atualmente vivenciadas pelo Poder Judiciário, é o relativo à forma de provimento dos cargos da Magistratura de Carreira, regulamentada pela Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

Sobre esse tema, saliento desde logo, que a sistemática hoje adotada no concurso público para ingresso na carreira da Magistratura sempre privilegia, em sua primeira fase, a mera capacidade do concursando de memorizar a literalidade do arcabouço legislativo nacional, secundarizando sua constituição educacional e seu conhecimento humanístico, predicados indispensáveis para o bom desempenho das atividades inerentes aos

membros do Poder Judiciário brasileiro.

A propósito, destaco que a capacidade técnica do candidato, conquanto relevante, é um atributo passível de aprimoramento, por meio do estudo aprofundado das matérias exigidas pela banca examinadora do concurso. Já a formação moral, educacional e familiar do concursando – que constituem, a meu ver, características verdadeiramente imprescindíveis ao exercício satisfatório da atividade jurisdicional – são ínsitas ao indivíduo, não comportando aperfeiçoamento ao longo do tempo, e, por isso mesmo, reclamam uma análise mais acurada por parte dos examinadores, nas etapas subjetivas do concurso de ingresso à Magistratura, a fim de que se possa, ao término do certame, selecionar os candidatos efetivamente vocacionados à árdua tarefa de dizer o direito e realizar a Justiça no caso concreto.

Pese embora as dificuldades acima apontadas, fato é que, evidentemente, o Judiciário sabe de sua responsabilidade quanto ao diagnóstico de seus males e certamente os corrigirá com rigor.

A magistratura paulista confia plenamente nos novos integrantes do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores José Roberto Bedran, Presidente, José Santana, Vice-Presidente e Maurício da Costa Carvalho Vidigal,Corregedor Geral da Justiça, recentemente eleitos para completar o biênio 2009/2011.

Sabemos que o tempo é curto e que inúmeras preocupações se fazem sentir. Entretanto, o nosso Presidente José Roberto Bedran, com seu alto tirocínio e profundo conhecimento, certamente saberá estabelecer as prioridades.

Ao encerrar, convém rememorar as palavras do Ministro Cezar Peluso, proferidas em seu discurso , por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 realizada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

"As perspectivas do Poder Judiciário, para este ano de 2011, são ambiciosas. Mas, sozinhos, não poderemos concretizá-las na plenitude de suas forças. Não é por acaso que a Constituição prescreve, como afirmação, programa e tarefa, que os poderes são independentes, mas não podem deixar de ser harmônicos entre si. Se assim tem sido neste já algo longo período de estabilidade político-econômico, que é também obra inegável da atuação do Judiciário, a quadra histórica pede-nos um passo além na construção, não apenas de uma nova consciência cívica, mas sobretudo de uma revigorante cultura de solidariedade, interação e respeito institucionais entre os Poderes, nos limites que nos outorga a Constituição da República. É mister reafirmar, mediante ações concretas, as duas inseparáveis dimensões republicanas conciliadas no seu texto: a independência do Judiciário, que não abre mão desse predicado que constitui a essência de suas atribuições constitucionais, e a convivência harmônica dos

Acesso ao Sumário

Poderes".

Muito Obrigado.

GERALDO ALCKMIN (Governador do Estado de São Paulo) - Discurso proferido por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 - (Sessão Solene de 25.03.11).

Compareço à solenidade de abertura do ano judiciário, pela primeira vez, nesta gestão, na condição de governador do Estado de São Paulo.

Desejo, desde logo, aos profissionais do direito deste Estado - magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Procuradores do Estado, advogados, servidores da Justiça, estagiários –, um ano de trabalho muito proveitoso.

Mas, inicio estas breves palavras para lembrar e homenagear o Desembargador Viana Santos que, precocemente nos deixou, no curso do seu mandato como Presidente deste E. Tribunal de Justiça.

Tratou-se de uma perda à Magistratura paulista e, como tal, deve ser lembrada com pesar. Mas este é o curso da vida e, agora, o Tribunal de Justiça comemora a posse de seus novos Dirigentes, o Desembargador José Roberto Bedran, como Presidente, o Desembargador José Santana, como Vice Presidente, o Desembargador Maurício Vidigal, como Corregedor-Geral da Justiça.

Desejo a todos uma gestão profícua, sabedor dos desafios que irão enfrentar.

A importância de um Poder Judiciário forte, num regime democrático, é evidente e, São Paulo, ao longo de décadas, vem dando demonstração ao país da pujança e de seus Magistrados. Basta citar, como exemplos os Ministros do Supremo Tribunal Federal oriundos deste Tribunal, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowisk.

A construção do Estado de Direito em um país que teve regime ditatorial exige uma magistratura independente, atualizada e moderna.

Exige, ainda, o respeito ao princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que, felizmente, em nosso Estado, se faz presente.

Rui Barbosa, com maestria, afirmou que "fora da lei não há salvação" e, ao Poder Judiciário, compete interpretar e fazer cumprir a lei.

Nossa sociedade muita espera e precisa do Poder Judiciário, daí porque, atenta, acompanha, analisa e debate as decisões judiciais, em todas as suas esferas, porque tais decisões refletem e balizam o comportamento e retratam

Acesso ao Sumário

situações que modificam e afetam o cotidiano das pessoas.

Por isso o processo de aperfeiçoamento do sistema jurídico e da organização do Poder Judiciário é contínuo e ininterrupto.

O Conselho Nacional de Justiça vem promovendo alterações com objetivo de, no âmbito administrativo, modernizar alguns procedimentos e, o Poder Legislativo, ao seu passo, busca dinamizar o processo civil e penal.

Neste contexto, o Ministro Cezar Peluso, na abertura do Ano Judiciário, lançou a idéia de se firmar o III Pacto Republicano para "dar continuidade ao processo de aprimoramento da ordem jurídica e consolidar o processo de modernização da máquina judiciária".

É sabido que as dificuldades orçamentárias muitas vezes representam obstáculos às mudanças mais rápidas, especialmente como no caso de São Paulo, em função da estrutura do Poder Judiciário do Estado, necessária para atender a demanda.

Com efeito, tramitam, em primeira instância, segundo Comunicado 447/11-CG, publicado em 23 de março de 2011, mais de dezoito milhões e novecentos mil processos e, neste Tribunal, o maior do país, com trezentos e cinqüenta e quatro integrantes, somente em fevereiro, foram julgados 62.100 processos.

Isso comprova que a população paulista confia em seu Poder Judiciário e coloca os conflitos sob a sua análise. Tal constatação só aumenta a responsabilidade dos Magistrados.

Os Dirigentes, recém empossados, por certo saberão contornar os problemas com criatividade e ousadia.

Neste início de minha gestão, os Senhores Magistrados podem ter certeza que não fecharei os olhos aos problemas do Poder Judiciário, como não o farei em relação aos problemas dos demais órgãos públicos, porque são eles que prestam serviço à população, destinatária final dos serviços do Estado.

Dentro das limitações orçamentárias priorizando atividades essenciais, haveremos de encontrar um ponto de equilíbrio.

O trabalho não pode parar. Sem ser enfadonho com números, no último ano foram iniciadas 08 obras de construção de fóruns, e foram concluídas 05. E, neste ano, estão em construção 23 obras e mais 41 em fase de licitação.

Muito há que ser feito não só em relação a obras, mas em parcerias, convênios e novas alternativas para enfrentar o reingresso do condenado ao meio social, a recuperação de um adolescente infrator. Estado e sociedade devem se unir para enfrentar tais desafios.

A modernização do sistema judiciário passa, também, por equipar convenientemente o Ministério Público e a Defensoria Pública, porque formam

o tripé que sustenta a Justiça em seu sentido amplo, sempre com a imprescindível participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

Um povo sofrido e carente bate às portas destas instituições em busca de amparo e não podem ser ignorados. Da mesma forma esperam, destes mesmos órgãos, um trabalho sério, honesto e eficiente para que haja respeito aos direitos de cada um, a reparação do dano sofrido, enfim de paz social.

Muito obrigado.

ANTONIO CEZAR PELUSO (Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Conselho Nacional de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 - (Sessão Solene de 25.03.11).

Excelentíssimo Doutor Geraldo Alckmin, Governador do Estado;

Excelentíssimo Desembargador José Roberto Bedran, Presidente do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Deputado Celso Giglio, Vice-Presidente neste ato representando a Assembleia Legislativa;

cujas pessoas eu peço licença para saudar todas as autoridades que compõe a mesa e demais autoridades presentes;

Senhoras e senhores Desembargadores;

Juízes, colegas de magistratura;

Todos os representantes do Ministério Público;

da Advocacia;

Senhoras e senhores:

Como homem reconhecidamente avesso, não por virtude, mas por índole, a holofotes e a solenidades, como sabem todos, a elas compareço apenas quando absolutamente indispensável para exercício da honrosa representação institucional de que estou investido. Estou, hoje, abrindo uma exceção, uma exceção em circunstancias particulares. É não só a primeira vez que retorno a esta Casa após ter assumido, há quase oito anos atrás, o não menos honroso cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, mas também compareço a este Tribunal na condição de seu ex-membro, e onde judiquei por mais de 17 anos, dentre os mais de 30 que servi à magistratura paulista, da qual me orgulho de dizer sempre que sou um membro permanente.

Mas não o faço apenas nesta condição.

Compareço com o peso de todo o simbolismo da representação

institucional, como Chefe do Poder Judiciário nacional, como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, para manifestar, pública e particularmente, o apoio de todas essas instituições ao Tribunal de Justiça de São Paulo, num quadro, que me permitiria dizer, num quadro de crise, marcado não apenas por um acontecimento infausto recente, que nos enlutou a todos, mas, sobretudo, pela permanência, pelo caráter crônico de uma crise com que o Tribunal se defronta, por falta de condições materiais, aliás bem acentuada pela lembrança do nosso querido Procurador-Geral do Ministério Público, doutor Fernando Grella, sobre o aparato pelo qual é responsável este Tribunal de Justiça, muitas vezes privado dos meios necessários para responder às demandas do povo que aguarda ansiosamente, às vezes por anos a fio, resposta às suas pretensões judiciais.

E compareço para dizer que o Tribunal não poderia ter sido mais feliz de ter escolhido este Conselho Superior da Magistratura, e digo-o não apenas por ouvir dizer, mas porque sou capaz de testemunhar a seriedade destes três membros, em particular do meu velho amigo, meu revisor na saudosa 2ª Câmara de Direito Privado, o Desembargador José Roberto Bedran, a quem sempre concebi como presidente ideal deste Tribunal, pela sua seriedade, pela sua dedicação, pelo seu espírito público, pelo seu preparo jurídico, pela sua sensibilidade política e pela sua sensatez. Agora auxiliado pelo não menos velho amigo, Maurício Vidigal, de cuja retidão ética, dedicação permanente à causa da Justiça e equilíbrio, também dou testemunho, sentindo-me parte deste esforço coletivo dos juízes paulistas para tornar efetivo o compromisso que um dia assumiram quando se dedicaram à magistratura.

Tenho certeza absoluta, falando em nome do Poder Judiciário Nacional, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, de que os espíritos lúcidos dos senhores desembargadores de São Paulo não faltarão às tradições desta Casa, e, mais do que isso, às aspirações legítimas do povo. E este Tribunal pode, por sua vez, ter certeza absoluta de que o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, nos limites de minhas forças, nenhum deles tampouco faltará a esta Casa. Que Deus os ajude.

Acesso ao Sumário

FERNANDO GRELLA VIEIRA (Procurador Geral de Justiça) - Discurso proferido por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 - (Sessão Solene de 25.03.11).

(saudação nominal às autoridades presentes, cf. relação fornecida pelo cerimonial).

Este ato solene, tão caro às tradições do Poder Judiciário Paulista, marca

o início de um novo Ano Judiciário.

Muito mais do que o simples cumprimento de um dever protocolar, nossa presença, como representante do Ministério Público, é a renovação da mais efetiva realização do preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça e que garante a apreciação, pelo Poder Judiciário, de toda e qualquer lesão a direito.

Significa, também, a reafirmação de um desejo que não é exclusivo nosso – operadores do direito -, mas que se traduz, antes, em uma aspiração de toda a sociedade paulista.

Queremos externar, neste momento, toda a nossa confiança em mais um ano de trabalho profícuo e de tributar justas homenagens aos que detêm o grave e nobre encargo de conduzir os destinos da Justiça do estado de São Paulo.

O Ano Judiciário de 2011 começa com esta Egrégia Corte presidida pelo digníssimo desembargador José Roberto Bedran, que recentemente assumiu o cargo após o precoce falecimento do presidente Antonio Carlos Viana Santos.

Quis o destino, doutor Bedran, que Vossa Excelência abraçasse o mais alto posto deste Tribunal num momento de grande consternação para o Judiciário bandeirante.

Talvez seja apenas uma antecipação do que o futuro já lhe reservava, de forma absolutamente meritória, consagrando uma carreira irretocável, construída ao longo de quarenta e dois anos de magistratura.

Sua missão, meu caro desembargador Bedran, não será fácil, assim como não foi a do seu antecessor. O senhor tem nas mãos o desafio de gerir um dos maiores tribunais do mundo, senão o maior.

Bem sabemos da magnitude dos números deste Tribunal. A gigantesca máquina judiciária paulista tem mais de 2.050 juízes distribuídos pelas 1.117 varas instaladas no interior e pelas 268 varas instaladas na capital. São 355 desembargadores e mais de 43 mil funcionários. Todos empenhados na melhor aplicação da Justiça.

Os desafios são enormes. Basta lembrar que o aparato judiciário paulista tem hoje, sob sua responsabilidade, um volume de processos em andamento que ultrapassa os 18 milhões na primeira instância e chega a 840 mil em segunda instância.

É um número que não para de crescer. No ano passado, vale lembrar, foram distribuídos mais de 5 milhões de processos. Esse crescimento não decorre apenas da ampliação dos conflitos individuais e coletivos - o que é natural em um país de tamanha desigualdade social e de rápido crescimento populacional -, mas também porque vai aumentando a confiança da sociedade no Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

Na medida em que a prestação jurisdicional se dá de forma mais efetiva, como vem acontecendo, naturalmente alavanca a demanda e, assim, a cada dia temos e teremos mais cidadãos batendo às portas da Justiça em busca de uma solução para suas lides.

Por óbvio, há dificuldades a serem enfrentadas e aprimoramentos que se impõem. Mas a solução para isso se constrói de maneira gradual, com decisões administrativas corretas e com responsabilidade.

Importante consignar, neste momento, que o Ministério Público Estadual, como aliado ou colaborador, mantém seu irrestrito apoio a qualquer jornada que o Poder Judiciário haja por bem planejar e capitanear, com o escopo de esvaziar o conteúdo das críticas assacadas à morosidade da Justiça.

Dispomo-nos, dede logo, ao engajamento mais amplo e completo a qualquer experiência inovadora e criativa que venha a ser concebida e posta em execução por este Tribunal, destinada a dar a efetiva resposta prestacional ao cidadão, e, especialmente, para ampliar o acesso à Justiça dos paulistas menos aquinhoados.

Tenho certeza de que também é esta a disposição de outras instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública, tão bem representadas nesta cerimônia.

Confio na capacidade dos ilustres magistrados e dos demais nobres operadores do direito. Acredito na disposição de todos de fazer deste novo ano judiciário paulista muito mais do que um período de tempo a ser marcado nos calendários de papel e nas páginas de nossas agendas.

Podemos e devemos fazer deste novo ano judiciário um marco na história do direito bandeirante, transformando-o em um marcante período de realizações dignificantes e úteis à sociedade, a destinatária final de nosso trabalho.

Que Deus ilumine a todos nesta tarefa.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

MARCOS DA COSTA (Presidente em exercício da OAB - Secção São Paulo) - Discurso proferido por ocasião da cerimônia de Abertura do Ano Judiciário de 2011 - (Sessão Solene de 25.03.11).

Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte,

Excelentíssimo Senhor Governador,

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Demais autoridades,

Advogadas e Advogados,

Senhoras e Senhores,

É com muita honra que compareço nesta solenidade de instalação do ano judiciário para falar em nome dos 300 mil advogadas e advogados paulistas, advogados públicos e privados, profissionais liberais, empregados, sócios de bancas de advocacia, membros da AGU, das Procuradorias Estadual e municipais, advogados da Defensoria-Pública da União e advogados da Defensoria Pública de São Paulo, para homenagear e saudar esta Corte, seus novos dirigentes e a própria Justiça.

Senhor Governador,

Senhor Presidente desta Corte,

A advocacia paulista gostaria de estar em festa pela abertura do novo ano judiciário. Gostaria, em especial, de comemorar o passado glorioso de nossa Justiça. Gostaria de declarar, em versos, com toda a intensidade que trazem sempre as poesias do poeta Paulo Bonfim, nosso orgulho da Justiça Bandeirante.

Infelizmente, não é esse o sentimento que trazemos, nós, advogados, e estou certo, toda a família forense, em nossos corações.

Não podemos declarar que iniciamos este ano com sentimento de orgulho que a Justiça Paulista merece. Orgulhamo-nos, sim, dos homens que a compõem, dos nossos magistrados, dos nossos procuradores e promotores de Justiça, dos nossos servidores e das advogadas e dos advogados paulistas. Não, porém, de nossa Justiça.

A absoluta falta de estrutura para dar suporte às demandas sociais está tornando inócuo o esforço sobre-humano que tem sido desenvolvido por todos os operadores da Justiça, uma vez que os processos em São Paulo estão demorando mais de uma década em tramitação, na primeira e na segunda instâncias. Justiça tardia não é Justiça, é Injustiça qualificada, como afirmava o nosso patrono Rui Barbosa.

Os reflexos desse fato são sentidos na vida de cada cidadão de São Paulo. Não há que se falar no direito à segurança pública, à saúde, à educação, à assistência ao carente e ao idoso, no combate à violência à mulher, enfim, não há que se falar em direito algum sem que se tenha uma Justiça forte.

Até mesmo na formação da riqueza e do emprego de nosso Estado o impacto da demora judicial é sensível. Não há investimento onde não exista segurança jurídica. E não há segurança jurídica onde não há prestação jurisdicional tempestiva.

Não se desconsidera a necessidade de aprimoramento, de profissionalização da gestão da Justiça bandeirante.

Mas é preciso ponderar que até a busca por melhorias na gestão é dificultada diante da falta de recursos, onde até mesmo a produção de relatórios,

Acesso ao Sumário

pela falta de informatização, obriga os cartórios a fechar suas atividades por dias, para contar, na mão, os processos que neles tramitam.

Temos, atualmente, 350 Varas criadas e não instaladas em São Paulo.

Cartórios que deveriam ter 18 servidores, na sua grande maioria dispõem de 3, 4 funcionários, sem reposição das vagas em aberto.

90% do orçamento anual do Judiciário é comprometido com a folha de salários e, mesmo assim, não se dispõe de recursos para reposição salarial dos serventuários, sendo que 2010 foi marcado pela maior greve da história do Judiciário, com 4 meses de paralisação de nossos servidores.

Os 10% restantes do orçamento mal permitem honrar os custos fixos do Judiciário Paulista. Não há dinheiro para investimentos.

A informatização do Judiciário, que tem andado de vento em popa nas Cortes de todo o país, e que representa talvez a maior revolução da Justiça brasileira em toda a sua existência, está fundamentalmente parada em São Paulo por falta de investimentos.

Temos fóruns sem a menor condição de segurança, de salubridade, de acessibilidade. Para construção, melhoria e ampliação de fóruns, existem apenas 50 milhões previstos no orçamento.

A participação do Judiciário de São Paulo no orçamento do Estado é de apenas 4%. É a menor do Brasil, quer em relação ao que representa em termos de PIB estadual, quer no que tange à participação do Judiciário em seus respectivos orçamentos estaduais. Não há estado que invista menos em sua Justiça do que São Paulo.

Dos 19 milhões de processos que tramitam em São Paulo, basicamente a metade, 9 milhões, são de Execuções Fiscais. Da outra metade, em aproximadamente 25% o Poder Público participa como autor ou como réu. Ou seja, o Poder Público, que não cumpre a sua obrigação de prover o Poder Judiciário dos recursos necessários ao desenvolvimento de suas sagradas atividades, é o que mais concorre com o cidadão na demanda por serviços judiciais.

Acesso ao Sumário

Senhor Governador,

Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal,

A abertura de um novo ano judiciário não tem apenas o significado de refletirmos sobre o nosso passado. Tem também o de realimentarmos as nossas esperanças, com a mensagem de renovação que representam.

E é neste ponto, de renovação, de esperança, que a advocacia e a cidadania comemoram esta importante data.

E, com todo o respeito a todos os que um dia passaram por estes importantes cargos, a presença de Vossas Excelências, mais do que isso, o

histórico de cada um de Vossas Excelências, nos dão a certeza de que este ano será um marco na história de nossa Justiça bandeirante.

O nosso Governador Geraldo Alckmin, de tantas outras qualidades pessoais e morais pelas quais é reconhecido, tem dado demonstrações inequívocas de respeito à nossa Justiça.

Ainda candidato, esteve em nossa Casa, a Casa da Advocacia e da Cidadania, a nossa OAB, comprometendo-se com a causa da Justiça. E, registre-se, com menos de uma semana de Governo, convidou a OAB para presenciar a assinatura de um importante Decreto, que visa a quitar 80% dos precatórios pendentes em nosso Estado, em uma demonstração inequívoca de respeito às decisões judiciais e aos jurisdicionados credores do Estado.

Merece ser lembrado que em seu Governo anterior, o Excelentíssimo Governador Geraldo Alckmin mantinha participação do Judiciário no Orçamento Geral do Estado, em aproximadamente 5,6%, bem superior aos 4% destinados ao Tribunal para este exercício, e que se tivesse sido mantida nesses patamares, certamente impediria que a nossa Justiça estivesse, como hoje se encontra, com dramática falta de recursos.

Por isso, a presença do Excelentíssimo Senhor Governador nesta cerimônia, por seu passado, e pelos compromissos que assumiu com o futuro, representa, mais do que uma esperança, a certeza de que o Judiciário de São Paulo contará com forte apoio do Poder Executivo na destinação dos recursos imprescindíveis para cumprir sua sagrada missão de prestar Justiça aos cidadãos paulistas.

O mesmo se pode dizer em relação à Presidência da Assembléia Legislativa de São Paulo pelo nobre Deputado Barros Munhoz, advogado, a quem a advocacia mais uma vez apresenta um preito de reconhecimento por sempre, em todos os momentos, ter prestigiado a Justiça e, em especial, nossa OAB e os nossos 300 mil advogados paulistas.

Vossa Excelência que sempre ouviu a nossa Ordem quanto a assuntos de interesse da advocacia e da cidadania, abrindo por diversas vezes o Colégio de Líderes, como da última vez, no final do ano passado, para que pudéssemos todos, a advocacia, a magistratura, os servidores da Justiça, sustentar a necessidade de mudança desse orçamento geral do exercício de 2011, que reduziu, ainda mais, a um patamar histórico negativo, a destinação de verbas para o nosso Judiciário.

A presença de Vossa Excelência à frente de nossa Augusta Casa de Leis é, também, uma certeza de que poderemos contar com o Legislativo Paulista na busca de solução para a nossa Justiça.

A advocacia está em festa diante dos novos dirigentes desta Corte, do Desembargador **José Roberto Bedran**, como Presidente, que, aliás, em um gesto cheio de simbolismo, de forma inédita, a demonstrar o respeito por nossa OAB

e pela advocacia paulista, esteve em nossa Casa para entregar em mãos do nosso Presidente Luiz Flávio Borges D´Urso, o convite para que a OAB participasse desta solenidade,

Do Desembargador **José Santana,** como Vice-Presidente,

e do Desembargador **Maurício Vidigal**, como Corregedor-Geral,

homens dedicados e comprometidos com a causa da Justiça, que sempre honraram a tradição de grandes magistrados deste Tribunal de Justiça de São Paulo.

Vossas Excelências podem ter certeza de que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, estará em todos os momentos ao lado desta Corte, lutando nas trincheiras do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, pela consolidação do ideário da Liberdade, da Cidadania, da Justiça e da Democracia.

E, por tudo isso, já em palavras finais,

Por este momento especial em que se renovam as esperanças de melhorias em nossa Justiça,

Pelo movimento inédito de comunhão de esforços em prol de melhorias do Poder Judiciário de São Paulo, iniciado no ano passado, da OAB, da APAMAGIS, nas competentes mãos do Excelentíssimo Desembargador Paulo Dimas, do Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, Fernando Grella Vieira, pessoas para as quais a advocacia também rende homenagens pelo espírito de parceria com que sempre pautaram o relacionamento com a nossa OAB, das diversas entidades representativas dos servidores de nosso Judiciário, com as quais buscamos sempre o diálogo aberto e constante,

Diante dos novos dirigentes do nosso Judiciário,

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, propõe que este ano de 2011 seja o ano em que a causa da Justiça esteja no centro dos esforços do Poder Executivo e do Poder Legislativo, na compreensão de que não há missão mais nobre de um governante, nem há função mais inerente ao Poder Público do que buscar fazer justiça, assegurando, assim, a paz social.

o ano em que passemos a ver atitudes concretas, como da aprovação da Lei que repassa ao Poder Judiciário o resultado das taxas judiciais, o que, aliás, é uma determinação constitucional que está em vigor desde 2004, há 7 anos, portanto, mas não é cumprida em São Paulo;

o ano em que sejam suplementadas as verbas orçamentárias para que o Poder Judiciário possa bem desenvolver as suas atividades, com transparência e de modo compatível com as necessidades do povo que clama por Justiça, e que não pode esperar mais de uma década para recebê-la;

o ano em que o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias

e o Orçamento Geral do Estado respeitem a independência e a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário de forma efetiva;

o ano em que o sagrado direito de defesa e a garantia constitucional dos recursos a ela inerentes sejam definitivamente resguardados e, para tanto, é sempre necessário reiterar, é indispensável o respeito às prerrogativas profissionais dos nossos inscritos, que representam a garantia necessária para o desenvolvimento de nossos trabalhos e para a efetivação do devido processo legal;

o ano em que estaremos irmanados com as nossas entidades coirmãs, AASP e IASP, e que possamos consagrar a união entre todas as carreiras jurídicas, a magistratura, o ministério público e a advocacia;

o ano em que o jurisdicionado terá a certeza de que, em São Paulo, há Justiça.

E, por último, nesse momento auspicioso, diante da sinergia gerada pela conjunção de forças do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, que demonstram efetivo compromisso com a valorização da Justiça,

A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil propõe firmarmos um PACTO DE RESGATE DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Enfim, que 2011 seja o **ANO DA JUSTIÇA**!

Obrigado.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Desembargador) - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da solenidade de inauguração do retrato do Desembargador Celso Luiz Limongi, na galeria de retratos dos ex-Presidentes do Tribunal de Justiça – (Sessão solene de 11.04.11).

Sejam as minhas primeiras palavras de agradecimento e gratidão pela incumbência que recebi, pela rara oportunidade de expressar em público o sentimento de amizade e admiração que nutro pelo homenageado: Celso Luiz Limongi.

Não há como fugir de uma pequena digressão ao passado, apenas para pontuar a trajetória deste ilustre brasileiro, que se fez assim ilustre mais pela nobreza de caráter que sua humildade potencializou do que pela liturgia dos cargos e posições sociais.

Celso Limongi ingressou na Magistratura em 13 de janeiro de 1969, como juiz Substituto de Pirassununga, passando também pelas comarcas de Cardoso, Palmital e da Capital. Em 18 de abril de 1983, ascendeu ao Tribunal de Alçada Criminal e, em 20 de setembro de 1988, assumiu o cargo de Desembargador.

Acesso ao Sumário

Desde fevereiro de 2009, atua junto ao Superior Tribunal de Justiça.

São mais de 42 anos dedicados à judicatura com uma marca bem definida: ousadia.

Não há na atuação deste Magistrado, ao longo de tanto tempo, qualquer sinal de desarmonia ou inconsistência com o ideário que representa a rota segura de uma vida bem sucedida, que se deve a essa inquietação juvenil que instiga a todos que com ele têm a oportunidade do convívio.

São homens como Limongi, que, firmes nas posturas e decisões, refutam a indefinição dissimulada e as meias-verdades, sem, entretanto, perder a serenidade.

Com tais qualidades era natural que o homenageado enveredasse pelo caminho da política, no sentido mais sublime do termo, direcionando-se para a atuação associativa e sendo eleito vice-presidente da Associação Paulista de Magistrados no biênio 2002/2003, para em seguida assumir a presidência da entidade de classe no biênio 2004/2005.

A frente da APAMAGIS deu seqüência ao processo de readequação e redirecionamento da associação, congregando outras entidades, inclusive de servidores, para o combate às propostas subliminares de secundarização das Justiças dos Estados propugnadas em projetos de reformas constitucionais e infraconstitucionais que possuíam interesses mal disfarçados de transformar o Judiciário em mero departamento do poder Executivo.

Não tardou para que fossem reconhecidas a vivacidade de sua inteligência, a inquietude de seu espírito e a capacidade que tem de evoluir e reagir diante da realidade dos fatos. Por tudo isso, acabou sendo eleito vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, para o triênio 2005-2007.

Há, na minha concepção, em Celso, uma síntese multiforme, reunida em uma só pessoa. É alegre, cordial, otimista, ousado e ao mesmo tempo simples, como um franciscano. Aplica toda a sua sabedoria e conhecimento jurídico na preservação da dignidade humana, assegurando em todos os seus julgados a efetiva garantia dos direitos fundamentais. A dedicação com que se entrega a essa causa, ficou demonstrada em vários episódios.

Sob a nova ordem Constitucional, ditada pela Emenda nº 45 de 2004, foi convocado a integrar o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça e mais uma vez teve oportunidade de demonstrar coerência de suas convicções, formulando o pedido de que a vaga que lhe era oferecida fosse preenchida por eleição, como determinava a Constituição.

Esse pedido não foi acolhido mas, passando a integrar o referido Órgão, Limongi apresentou-se à disputa pela Presidência do Tribunal de Justiça como o Desembargador mais moderno, o 25° integrante na ordem de antigüidade.

Foi eleito para o biênio 2006/2007 e assumiu a presidência com grandes

expectativas e sem que se permitisse sequer imaginar a possibilidade de erro.

Na presidência do Tribunal, novamente afirmou suas convicções, sendo seu primeiro ato a convocação do Tribunal Pleno às eleições diretas para o Órgão Especial e para estabelecer as atribuições próprias desse Órgão. Com isso, reafirmou a condição do Pleno como instância máxima do Tribunal de Justiça.

Limongi levou à frente projetos que haviam sido provocados anos antes pela APAMAGIS e por associações de classe dos servidores e que ligavam à correção de distorções que somente se encontravam em São Paulo por força de seu gigantismo.

Destaco, também, a preocupação de sua administração com a infraestrutura e as condições de trabalho no Judiciário paulista. O homenageado implantou rede lógica em 95% das comarcas do Estado; instalou central de dados; adquiriu 20 mil computadores de mesa, significando um para cada escrevente; iniciou a implantação do Sistema de Automação Judiciária (SAJ); criou o Diário Oficial Eletrônico e a adesão ao sistema de pregão eletrônico.

Do ponto de vista do jurisdicionado houve a entrega de 49 prédios novos ou reformados. Deu-se cumprimento ao objetivo de dotar o sistema dos Juizados Especiais com Varas contendo Juízes Titulares, afastando a dupla jornada dos Magistrados que se dispunham a acréscimo de atribuições. Foram instaladas 98 varas de Juizados Especiais Cíveis e Criminais em todo Estado, dentre elas a que congrega o Juizado Especial de Pequenas, Médias e Micro Empresas. No total foram 178 Varas Judiciais instaladas, incluindo as do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó e as de Nazaré Paulista, Ouroeste, Pirangi, Artur Nogueira, Salto de Pirapora e Buri, todas no sistema digital. Também foram providas cinco Varas de Execuções Criminais da Capital, com a divisão de competências para melhor processamento de feitos que envolvem área bastante sensível da jurisdição.

Não há, aqui, a pretensão de esgotar a descrição das realizações de sua gestão: as obras falam por si.

A propósito, nos lembrou o ilustre Corregedor Geral de Justiça, Des. Maurício Vidigal, "se hoje compomos Tribunal que caminha em busca de práticas mais democráticas, de transparência, de eficiência na prestação de serviços, de presteza e segurança nos julgamentos, muito se deve ao trabalho de Celso. Ausente sua coragem, muito pouco teria feito. Inexistente sua tolerância, os atritos entre o velho e o novo teriam sido muito maiores, a divisão no Tribunal acentuada e os ânimos mais acirrados. Celso tratou a todos com serenidade e a ninguém desrespeitou. Embora poucos tivessem percebido, ele foi fiador de nossa unidade".

Democracia e cidadania são outros temas que nosso homenageado tão

Acesso ao Sumário

bem conhece e com proficiência aplica nas suas lições públicas de Direito quando julga. No e. STJ, onde substituiu, como Ministro, recentemente, ao afastar violação de direitos fundamentais e de liberdades públicas, assim se pronunciou: "O Judiciário não pode ser mero assistente do desenrolar do processo. A concessão indiscriminada de senhas foi uma autorização em branco, dando ensejo a uma verdadeira devassa na vida dos suspeitos e de qualquer pessoa. Se a Polícia desrespeita a norma e se o ministério Público passa por cima da irregularidade, não deve o judiciário conceder beneplácitos às violações da lei"[1].

Ao inaugurarmos este retrato na galeria daqueles que honraram este Tribunal de Justiça exercendo sua Presidência, temos a certeza de que a imagem mais forte e indelével está gravada nas nossas mentes e nas nossas almas: a que nos faz reconhecer o excepcional ser humano que é Celso Luiz Limongi.

Em nome do Tribunal de Justiça peço receba esta homenagem.

CELSO LUIZ LIMONGI (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 11.04.11)

Excelentíssimo Senhor Presidente José Roberto Bedran, caríssimo amigo e companheiro de concurso, tomando posse no mesmo dia;

Caríssimo Deputado Estadual Celso Giglio, primeiro Vice-Presidente da Assembleia Legislativa;

Meu caro Senhor Gilberto Kassab, digníssimo Prefeito do Município de São Paulo;

Desembargador José Santana, digníssimo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça;

Caríssimo Maurício da Costa Carvalho Vidigal, Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Desembargador Walter de Almeida Guilherme, digníssimo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo;

Doutor Olavo José Justo Pezote, digno Procurador-Chefe da Procuradoria Judiciária, representando o Procurador Geral do Estado de São Paulo;

Eminente Desembargador Antonio Luiz Reis Kuntz, decano do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Meu caríssimo Desembargador Artur Marques da Silva Filho, que me

Acesso ao Sumário

1 Cf. STJ derruba 'Castelo de Areia', in: O Estado de São Paulo de 07.04.2011, p.A3.

deixou comovido com suas palavras e a quem agradeço profundamente;

Desembargador Alceu Penteado Navarro, Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral do Estado;

Meu caro Sebastião Luiz Amorim, Desembargador Coordenador Geral dos aposentados da Associação dos Magistrados Brasileiros, representando o Presidente;

Desembargador Armando Sérgio Prado de Toledo, Diretor da Escola Paulista de Magistrados;

Doutor Jayme Martins de Oliveira Neto, Presidente do Instituto Paulista de Magistrados;

Caríssimo Desembargador Álvaro Lazzarini, ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo;

Doutora Daniela Cembranelli, digna Defensora Pública Geral do Estado de São Paulo;

Major da Força Aérea Nelson Mariano de Oliveira, representando o Comandante da Base Aérea de São Paulo;

Cel PM Osni Sérgio Sabatini, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça do Estado;

Doutor Sergei Cobra Arbex, digno Diretor Secretário Geral da Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo – CAASP, representando o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo;

Doutor Aristóbulo de Oliveira Freitas, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo;

Caríssimos Secretários do Tribunal Lilian Salvador Paula, Solange de Fátima;

Caríssimos Juízes, Desembargadores, advogados aqui presentes, membros do Ministério Público, autoridades civis, militares;

Queridos funcionários deste Tribunal;

Meus caríssimos companheiros de futebol;

Ana, minha mulher; meus filhos: Viviane Cristina, Cintia Maria, Eduardo José,

Em primeiro lugar fico comovido com a presença dos senhores aqui, e fico muito obrigado por essa presença, agradeço imensamente a presença de todos aqui. Muito obrigado.

Senhor Presidente agradeço pela homenagem.

O exercício da Presidência deste centenário Tribunal, sobre ter apresentando momentos difíceis, trouxe-me imensa honra e alegria, e esta solenidade igualmente me honra e alegra sobremaneira, já às vésperas de minha

aposentadoria.

Retorno no início de maio próximo para o meu Tribunal e esta solenidade será, certamente, a última oportunidade de dirigir-me ao público na condição de magistrado. Falo, portanto, como despedida.

Mas quisera eu homenagear este Tribunal por tudo o que ele representa no cenário jurídico do País, magistrados de grande cultura humanística e jurídica, de imensa capacidade de trabalho, dotados de rigor ético. Conjugação de virtudes que permite ao Tribunal inovar em busca de soluções para os mais prementes problemas a enfrentar, tanto que vários prêmios lhe foram conferidos. Quisera eu, como disse, homenageá-lo. Sou, no entanto, dele mero integrante, gravitando ao seu redor.

Há 42 anos tomei posse, juntamente com o nosso querido Presidente, como Juiz Substituto, designado para Pirassununga. Tarde ensolarada e quente daquele 13 de janeiro de 1969.

Após a cerimônia, com o coração em alvoroço, tomei o ônibus da Danúbio Azul, sentado à janela da esquerda, apreciava a paisagem que se descortinava enquanto o ônibus já alcançava o trecho a partir da qual, a Anhanguera passava a uma única pista. Bambuais nas duas margens da rodovia curvavam-se por sobre a estrada, como que formando um túnel natural. O perfume emanado de eucaliptais, vez por outro, invadia o ambiente. A tarde caía, o sol pincelava no céu os últimos raios de um dourado brilhante. O perfil cada vez mais escuro das serras, contrastava com o dourado do horizonte, ao mesmo tempo em que a noite, dissimuladamente, se insinuava, já cobrindo de vários matizes de azul marinho o espaço celeste, até tomar posse de todo o firmamento, concedendo, porém, que a lua e as estrelas se exibissem para o encantamento dos seres vivos: humanos, bichos, insetos. Uns aquietando-se, outros despertando e acalentando sonhos secretos e fantasias abstratas.

No dia seguinte, também de um calor intenso, pouco antes de uma hora, subi a praça em direção ao Fórum. Trajava um terno novo, calçava sapatos novos de cromo argentino, mais barato que o cromo alemão, e cheguei ao velhíssimo Fórum no meio de uma praça de terra batida. Perguntei pelo Juiz e me responderam que estavam aguardando um substituto. Era eu. Apresentei-me e se apresentaram os escrivães com os respectivos processos. Comecei a despachar enquanto um ventilador, desses de pé alto, roncava na rotação máxima, como um avião a levantar voo.

Acesso ao Sumário

Deus já estava, sem que eu soubesse, traçando os rumos de minha carreira. Tive constante preocupação com o destino da magistratura nacional e com o país. Hoje é ideia consensual, precisarmos de uma reforma política. A atual configuração do sistema político brasileiro não é de representação, porém de dominação política. Não é essencialmente democrática, mas de simulação

de uma democracia que é apenas formal, pois propícia à manipulação do poder, de conchavos políticos, de corrupção pública e de impunidade, tantas vezes, principalmente, das classes detentoras de Foro Criminal Especial a dificultar o andamento das ações penais originárias.

A Constituição permite a dominação por oligarquias corporativas avassaladoras, que se sobrepõem ao interesse público, coletivo. Oligarquias até de profissionais liberais lutando por vantagens advindas de leis e decretos, enquanto a grande massa popular fica sem representação, dependente de partidos políticos que deveriam representá-la, mas, às vezes, pensam primeiro nos seus próprios interesses. Daí por que cumpre ao Judiciário interpretar a lei nas suas omissões e vagueza e ser a voz dos hipossuficientes e dos excluídos. Por isso também, cada vez mais, o Supremo Tribunal se substitui ao Congresso, que não legisla. Vejam a adoção de filhos por homossexuais, relações homoafetivas, aborto do anencáfalo, células-tronco e tantos outros temas que precisariam, de uma forma ou de outra, ser disciplinados por lei, aliviando o trabalho dos juízes.

No Judiciário, os magistrados de primeira e de segunda instância ficam afastados do núcleo político das decisões internas e evitamos até debates a respeito. Mas não precisamos temer. Tudo deve ser debatido e assim a melhor solução advirá. O voto do magistrado de primeiro grau, para o Conselho Superior da Magistratura, pode e deve ser debatido, aprovado ou não aprovado. Um dia, penso não esteja longe, haverá maturidade política para isso e pode ser aprovado.

Do meu ponto de vista, e sempre com a devida licença e respeito, o plenário do Tribunal (os 360 Desembargadores) deve ter participação em decisões relevantes, como a eleição do Diretor da Escola Paulista da Magistratura, do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, da indicação dos candidatos do Quinto Constitucional. E quando presidi o Tribunal, o Plenário decidira, por proposta nossa, que o regimento interno seria de sua competência. Proposta abortada prontamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o que me pareceu um retrocesso.

E é tempo de pedir perdão. No início da minha carreira, li ou ouvi algo assim: "O juiz precisa ser humilde porque está sempre muito próximo do erro e da injustiça". Como humano e, pois, falível, tenho de pedir perdão, em primeiro lugar, aos meus jurisdicionados pelos erros cometidos, por injustiças ou por eventuais atrasos nos julgamentos. Depois, peço perdão, sim, à infância e aos adolescentes porque frustradas foram as tentativas de mitigar as angústias que os vitimavam. Aos meus colegas Desembargadores, e aos meus colegas magistrados de primeiro grau, também peço desculpas por algum mal que possa ter causado.

Da mesma forma, aos Advogados, Promotores e Procuradores de Justiça.

Peço, em especial, muitas desculpas aos nossos funcionários do Estado inteiro que, tão zelosamente, se dedicam às atividades forenses, pois não consegui corrigir injustiças em suas esferas de direito.

E como sempre, em último lugar, muitos perdões por tanta ausência à minha família; à Ana, aos meus filhos: Viviane Cristina, Cintia Maria, Eduardo José, as moças, advogadas, o Eduardo, músico e a Ana, minha cantora predileta, ao lado, não seria honesto esconder, da inesquecível Elis Regina.

A Deus nem preciso pedir perdão, porque Deus é magnânimo e onisciente, sabe que jamais agi com má fé para prejudicar, deliberadamente, quem quer que fosse. A Deus agradeço, sim, e de joelhos, tudo o que me proporcionou, tudo o que recebi e até os dissabores que servem para o nosso aperfeiçoamento espiritual.

Saio enriquecido, saio enriquecido de conhecimento, experiência e vivência proporcionados pelo Tribunal de Justiça. Saio enriquecido pela amizade de Advogados, membros do Ministério Público, pela amizade e respeito dos meus colegas Desembargadores. Os colegas de primeiro grau nunca me faltaram com a sua amizade e cordialidade. Foi uma convivência harmoniosa, a ponto de nossos jogos de futebol ser, por eles, escalado na condição de titular e insubstituível, sem precisar brandir o estatuto do idoso, que me outorga preferência legal para sair jogando...

De igual forma, nossos queridos funcionários de todo o estado, todas essas pessoas levo para a sala de visitas do meu coração. Todos cabem: afinal, o amor é abstrato e não ocupa espaço.

De "Despedida", apenas nosso príncipe dos poetas, Paulo Bomfim, falou com maestria.

Digo eu, tão só, que meu retrato, hoje descerrado, simboliza, fisicamente, a eterna, na plena acepção do termo, a eterna ligação de minha alma com este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Muito obrigado.

ALCEU PENTEADO NAVARRO (Desembargador) - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse do Desembargador Cesar Mecchi Morales. (Sessão solene de 24.10.11)

DISCURSO DE BOAS-VINDAS AO DESEMBARGADOR CESAR MECCHI MORALES

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Roberto Bedran, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Excelentíssimas autoridades cujos nomes já foram declinados,

Senhoras e senhores,

Hoje, neste octogenário Palácio da Justiça, o Judiciário paulista abre mais uma página de sua rica e edificante história, preenchida com a biografia daqueles que o representam e o dignificam: a posse de Cesar Mecchi Morales como desembargador desta Corte, trazendo consigo seu sopro jovial ao encontro da maturidade de seus pares que o recebem comovidos de entusiasmo.

Filho do juiz Manuel Morales e dona Cleide Mecchi Morales, iniciou sua trilha pelo fascinante caminho do Direito ingressando, em 1981, na Universidade de São Paulo.

Arriscaria dizer, desembargador Cesar, que sua vida estudantil nas Arcadas de São Francisco, inserida num período particularmente marcado por efemérides transformadoras dos rumos de nosso país, acabaria por influenciá-lo indelevelmente nas opções profissionais e acadêmicas que tomaria nos anos seguintes.

Era uma época de efervescência no processo de redemocratização pelo qual o Brasil passava e que tinha, entre tantos outros protagonistas, alguns dos mais luminares docentes daquela escola de Direito, homens com os quais Vossa Excelência por certo manteve algum tipo de contato, seja na condição de aluno, seja na condição de apoiador das bandeiras por eles empunhadas: Celso Lafer, Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari e o grande prócer da luta democrática, o inesquecível mestre Goffredo da Silva Telles Júnior.

Foi a aguerrida estudantada da qual Vossa Excelência fazia parte que trouxe Jânio Quadros, Rogê Ferreira e Luís Inácio Lula da Silva, candidatos à eleição para governador em 1982, a primeira após vinte anos, para um debate sem censura e aberto na Faculdade; que se embrenhou ativamente do movimento Diretas-Já que, em 1984, envolveu multidões no pleito pelo retorno do voto direto para Presidente da República; que se somou aos amplos setores da sociedade organizada sustentando e alicerçando a participação de Tancredo Neves no colégio eleitoral convocado para escolher o sucessor de João Baptista de Oliveira Figueiredo, o último presidente militar do Brasil.

O fato de sua turma, desembargador Morales, ter optado pelo nome do saudoso presidente eleito mas não empossado carrega uma forte simbologia de todo esse engajamento político-social que não demoraria a repercutir nas escolhas que Vossa Excelência faria para si mesmo.

A defesa dos interesses legítimos da sociedade logo o fizeram abraçar a carreira do Ministério Público, inicialmente no estado de Santa Catarina, em 1986. Porém, Cesar Morales só teve tempo de atuar como promotor fora de sua terra natal numa única comarca, a de Timbó: no mesmo ano, logrou brilhante aprovação para o Ministério Público paulista.

Após anos de intensa militância funcional, sua carreira de promotor de justiça alcançou ponto culminante nas oportunidades em que foi convidado para integrar a assessoria jurídica de quatro Procuradores-Gerais de Justiça: Luiz Antonio Guimarães Marrey, José Geraldo Filomeno, Rodrigo Rebello Pinho e, por último, Fernando Grella Vieira.

Em abril de 2009, veio o justo coroamento pela trajetória havida no Ministério Público, com sua ascensão ao cargo de Procurador de Justiça.

Mas o espírito vocacionado ao interesse público e ao bem-estar da sociedade em geral, forjado nos bancos das Arcadas, ainda levaram o hoje desembargador Cesar Morales a exercer, com sincera abnegação, funções relevantes no Poder Executivo tanto estadual como municipal.

Em 2005, foi vice-presidente da Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor. Entre 2007 e 2010, desempenhou o cargo de secretário-adjunto, primeiro da pasta de Transportes e depois da pasta de Serviços, da Prefeitura paulistana. Foi, nessas três ocasiões, o grande colaborador do professor Alexandre de Moraes, titular daqueles órgãos e seu colega de Ministério Público.

E essa mesma predisposição à causa pública muito provavelmente, desembargador Cesar Morales, o levou a abraçar, em suas cogitações doutrinárias, o Direito Constitucional, ramo basilar da ciência jurídica moderna do qual Vossa Excelência se tornou inicialmente especialista, pelo Centro de Extensão Universitária e, depois, mestre e doutor, pela Universidade de São Paulo, titulações que robusteceram sua carreira de professor de Teoria Geral do Estado longamente desenvolvida na Universidade Paulista.

Aliás, a sua virtuosa esposa, mestre e doutora Leiko Matsubara Morales, também conseguiu alcançar grande destaque na Faculdade de Letras da Universidade de São Paulo, como exímia professora de japonês, língua de seus ascendentes.

O desembargador Cesar Mecchi Morales chega a esta centenária Corte trazido pelo chamado "Quinto Constitucional", instituto que apareceu, pela primeira vez, entre nós, em decreto federal de 1930, tendo sido entronizado em nossas Cartas Magnas a partir de 1934 e segundo o qual são reservados vinte por cento das vagas dos tribunais estaduais e federais a membros do Ministério Público e advogados.

Acesso ao Sumário

Vossa Excelência passa a compor uma plêiade oriunda do Ministério Público bandeirante iniciada, há oitenta anos, pelo desembargador Márcio Munhoz e que teve, entre tantos nomes exponenciais, o desembargador Nereu Cesar de Moraes, que foi presidente desta Casa, Paulo Henrique Barbosa Pereira e Walter de Almeida Guilherme, meus presidentes no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

A magistratura paulista, com o ingresso do desembargador Cesar Morales

em seus quadros, tem a oportunidade de reafirmar a sua independência, ponto sempre crucial que, aliás, foi candentemente defendido, no distante ano de 1931, por Plínio Barreto, em reação às investidas do então chefe do governo provisório Getúlio Vargas para subjugar a toga. Escreveu, no jornal "O Estado de S.Paulo", o lendário jornalista e jurisconsulto:

"A independência da magistratura é um desses mitos essenciais para a vida coletiva. Não há o que substitua esse mito. No plano dos valores morais de ação social ele equivale ao mito da pureza individual do sacerdote que ministra o sacramento. Sem este mito, ninguém iria aos sacramentos e o culto religioso desapareceria. Sem aquele outro, ninguém apelaria para a justiça, nem lhe respeitaria as decisões e a sociedade jurídica estaria destruída".

Vossa Excelência, desembargador Cesar, trará suas melhores luzes e energias para enfrentar o gigantismo do Judiciário paulista.

Na sessão de instalação deste Tribunal, ocorrida em 3 de fevereiro de 1874 e presidida pelo conselheiro Alencar Araripe, eram sete desembargadores que o compunham. Hoje, somos trezentos e sessenta, contingente formado após a fusão dos Tribunais de Alçada com o Tribunal de Justiça.

Se o estado de São Paulo, quando cotejado com as demais unidades federadas, apresenta marcas verdadeiramente olímpicas, como 20% da população brasileira e, por consequência, 20% do eleitorado nacional, e também 20% do Produto Interno Bruto da Federação, nos assombra constatar que a Justiça Estadual paulista é, sozinha, responsável pelo processamento e julgamento de 40% de todas as ações ajuizadas no país.

Os dados impressionam, pois o território paulista é dividido em mais de 250 comarcas nas quais se integram mais de 2.000 juízes, auxiliados por um exército de cerca de 40.000 servidores.

Todos esses números tornam-se mais desafiadores ainda diante da morosa introdução do processo eletrônico e a complexa instalação dos fóruns informatizados, projetos infelizmente submetidos à crônica carência de recursos humanos e materiais a que está submetida a maior corte estadual do Brasil.

Contudo, longe de minhas palavras evocarem desalento, são de exortação à Vossa Excelência para que acrescente sua apurada sensibilidade cidadã ao nosso esforço de buscar soluções aos problemas que muito limitam uma prestação jurisdicional mais eficiente em prol do povo paulista.

E o tom de minha exortação encontra eco na linda oração que Paulo Bomfim, o Poeta de São Paulo, dirigiu aos seus amigos do Tribunal de Justiça:

"Ilumina-se o Palácio
Com luzes do alvorecer,
O futuro está chegando

E os passos não são perdidos;
No recordar das comarcas,
Na palpitação das câmaras,
No dourado das plenárias,
Em vossas mãos colocamos,
A esperança que renasce,
O ideal de Piratininga,
O brio de nossa gente,
A confiança que desponta
Na aurora de novos tempos!"

E, desembargador Cesar Morales, não tenho dúvida de que Vossa Excelência será um dos grandes arautos desses novos tempos!

Seja bem-vindo!

Alceu Penteado Navarro

FERNANDO GRELLA VIEIRA (Procurador Geral de Justiça) - Discurso proferido, em nome do Ministério Público do Estado de São Paulo, por ocasião da cerimônia de Posse do Desembargador Cesar Mecchi Morales - (Sessão Solene de 24.10.11).

É com grande satisfação que assistimos, hoje, à incorporação de mais um valoroso homem do Direito egresso do Ministério Público ao quadro de magistrados de segunda instância do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

O doutor César Mecchi Morales ocupa a vaga do quinto constitucional destinada ao Ministério Público como a coroação de uma carreira irretocável construída ao longo dos quase 25 anos em que ele se dedicou ao Parquet paulista.

Metade da vida do doutor César foi dedicada ao Ministério Público, instituição na qual sempre teve atuação séria e dedicada, exercendo suas funções com equilíbrio, dinamismo e competência.

Ainda jovem, posto que chega a esta Corte antes de completar 50 anos de vida, o magistrado que hoje assume traz toda a sua disposição para este Egrégio Tribunal que, sem qualquer sombra de dúvida, ganha um extraordinário reforço em seu quadro.

Homem de notável saber jurídico, dono de cultura ímpar, doutor César Morales tem também entre suas invejáveis credenciais uma vasta experiência profissional.

Como promotor de Justiça, atuou em comarcas do Interior e da Capital,

Acesso ao Sumário

atuando nas áreas cível, criminal, e em setores especializados como falência e mandados de segurança, sempre com extremado empenho.

Desenvolveu suas funções em Campinas, Vargem Grande do Sul, Pindamonhangaba, Mogi das Cruzes e na Capital, como já dito, vivenciando a realidade de várias regiões do mapa paulista, com suas diversidades sociológicas, sócio-econômicas e culturais.

Traz, ainda, a vivência na segunda instância, vez que vinha atuando como procurador de Justiça desde abril de 2009, data de sua promoção ao cargo, além de, anteriormente, ter sido convocado para oficiar perante a 4ª Procuradoria de Justiça entre 1995 e 1996.

Sua história funcional registra ainda sua atuação como assessor da Procuradoria-Geral de Justiça em diferentes gestões e, mais recentemente, na atual administração, como assessor da Diretoria-Geral do Ministério Público.

Emprestou, também, sua contribuição à administração pública ocupando, entre os anos de 2008 e 2009, os cargos de secretário-adjunto e depois titular da Secretaria Municipal de Transportes da Capital e, em seguida, o de secretário municipal de Serviços.

As condutas profissional e pessoal do doutor César Mecchi Morales, aliadas à sua capacidade técnica, nos dão a certeza de que ele muito contribuirá em benefício dos jurisdicionados, pois assume as graves e nobres incumbências da toga com a experiência, a maturidade, o conhecimento e a sensibilidade dos que já trilharam os caminhos da carreira no Ministério Público, igualmente comprometida com os ideais da Justiça.

Em nossa instituição, doutor César, vossa excelência deixa sua imagem consolidada pelo exemplo e pela postura.

Ao vestir a toga desta Corte de Justiça, a maior do País, vossa excelência traz o respeito, a estima e a admiração de todos aqueles que puderam dividir com o senhor a vivência na instituição ministerial, amealhando conhecimentos e testemunhando seu comportamento sempre cordial.

Temos a convicção de que vossa excelência saberá honrar o instituto do Quinto Constitucional, assim como fizeram e vêm fazendo outros tantos colegas de Ministério Público ao vestirem a toga de magistrado nesse Egrégio Tribunal de Justiça.

Expressamos, portanto, meu caro "magistrado" César Mecchi Morales, nossa certeza de que nesta nova etapa de sua vida se reeditará trajetória igual à que teve em nosso Ministério Público, pontificada de brilho e grandeza.

Sua posse traz a mais absoluta crença de que haverá de cumprir sua função como magistrado justo, à altura das gloriosas tradicionais do Tribunal de Justiça, a cujos integrantes trazemos, nessa oportunidade, a saudação afetuosa e respeitosa do Ministério Público.

Parabéns, e que Deus ilumine sua trajetória nesta Corte.

Muito obrigado!

CESAR MECCHI MORALES (Procurador de Justiça) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 24.10.11).

Exmo. Sr. Desembargador José Santana, DD. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

Exmos. Srs. Desembargadores do Colendo Órgão Especial e do Egrégio Conselho Superior da Magistratura.

Exmo Senhor Doutor Fernando Grella Vieira, eminente Procurador-Geral de Justiça, em cuja pessoa peço licença para saudar todos os integrantes do Ministério Público.

Exmo Sr.Dr. Alexandre de Moraes, em cuja pessoa saúdo todos os eminentes advogados que aqui se encontram.

Exmo. Sr. Dr. Luís Daniel Pereira Cintra, DD. Secretário Adjunto da Justiça e Defesa da Cidadania, neste ato representando Sua Excelência o Governador do Estado, em cuja pessoa peço licença para saudar todas as eminentes autoridades que compõe a Mesa, cujos nomes já foram declinados.

Senhores Magistrados, meus familiares, senhoras e senhores.

Pedem as centenárias tradições desta Casa que seu novo integrante profira algumas palavras ao ser empossado. As minhas serão muito simples e nem de longe rivalizarão com o brilho das orações que me antecederam, vindo mais do coração que do raciocínio. Gostaria de apenas compartilhar, com todos os que me distinguem com a presença, algumas lembranças e expectativas.

Principio por agradecer as bondosas e imerecidas referências com que fui brindado pelos eminentes oradores nesta sessão, Desembargador Alceu Penteado Navarro, Doutor Alexandre de Moraes e Doutor Fernando Grella Vieira, que bem sei, são produto muito mais da amizade e generosidade de Suas Excelências que dos eventuais e reduzidos méritos do empossando.

Acesso ao Sumário

Peço que todos relevem as dificuldades de lidar adequadamente com as emoções que afloram num momento como este, em que passo a integrar a mais alta Corte de Justiça de nosso Estado; especialmente porque, se vivo o início de um novo e extraordinário desafio, é também a hora de me despedir de uma notável e respeitada Instituição, o nosso querido Ministério Público, que foi meu segundo lar nos últimos vinte e cinco anos. Foi um período feliz, em que muito aprendi no convívio enriquecedor com os colegas, nos embates sempre respeitosos com os senhores advogados, na postulação e argumentação perante os magistrados

junto aos quais oficiei. De todos esses anos, destaco a grande honra que foi, para mim, integrar a equipe de três ex-Procuradores Gerais, Doutores Luiz Antonio Guimarães Marrey, José Geraldo Brito Filomeno, Rodrigo César Rebello Pinho, e do atual Procurador-Geral de Justiça, Dr. Fernando Grella Vieira.

Muito cedo aprendi a respeitar esta Casa. Volto no tempo; mais exatamente, ao ano de 1977. Ainda era estudante do primeiro grau quando, trazido por meu pai, vim trabalhar como auxiliar de escritório no Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, coordenado pelos saudosos Desembargadores João Batista de Arruda Sampaio e Dínio de Santis Garcia, e pelo não menos saudoso Procurador de Justiça, Doutor Jorge Leite Ribeiro. O curso estava à frente de seu tempo, destinando-se a preparar os bacharéis não apenas para o concurso, mas também para o bom exercício das funções de juiz e promotor, por isso incluindo aulas de Ética Profissional, Psicologia, Criminologia e disciplinas afins. Lembro-me perfeitamente da grande reverência de professores e alunos, toda vez que era feita menção a este Tribunal, cujo magnífico edifício eu contemplava, quase todos os dias, à distância.

Foi somente dois anos mais tarde que pela primeira vez ingressei neste Palácio da Justiça. Vim assistir, na Sala dos Retratos, ao exame oral que meu pai prestava no concurso para juiz. Seu êxito naquele certame foi um dos fatores que me incentivaram, no ano seguinte, a ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

E aqui, diante do meu professor naquela época, Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, que hoje é o diretor da Faculdade e muito me honra com sua presença, presto minha homenagem àquela venerável escola de humanismo, de cidadania, de inconformismo diante da injustiça. Sob as Arcadas se estuda um pouco de tudo, até mesmo Direito.

E se disse há pouco "ingressar na Faculdade", foi apenas por respeito às convenções da linguagem. Como sabem todos os que passamos pelas Arcadas, nesse caso não somos nós que entramos na faculdade; na verdade é ela, a "velha e sempre nova Academia", "onde mora a amizade e a alegria", que entra para sempre em nossas vidas, deixando marcas que o tempo não apaga.

Hoje, percorrido o processo que conjuga a honrosa indicação pelo Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, a formação da lista tríplice, pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal, e a nomeação pelo Exmo. Senhor Governador do Estado, apresento-me para assumir o elevado cargo de desembargador. Trata-se, como já disse, de um grande desafio, o maior que já enfrentei. Sei que não será fácil, mas procurarei honrar a confiança que em mim foi depositada por Vossas Excelências. A calorosa recepção que tenho recebido nesta Casa conforta-me com a certeza de que terei o imprescindível apoio dos novos colegas, experimentados na nobilíssima função de julgar.

Acesso ao Sumário

As responsabilidades do cargo são ainda maiores, considerando que venho ocupar a vaga deixada pela aposentadoria do eminente Desembargador José Roberto Bedaque, que após brilhante carreira no Ministério Público, emprestou seu invulgar talento a esta Corte, ao mesmo tempo em que prosseguiu em sua atividade acadêmica, consagrando-se como Professor Titular de nossa querida faculdade e, sem nenhum favor, como um dos maiores processualistas pátrios. Sem nenhuma pretensão de igualar tão notável trajetória, procurarei sempre tê-lo como referência de operosidade, rigor intelectual e busca da efetividade e presteza da tutela jurisdicional.

A verdadeira explosão da litigiosidade, nos dias que correm, representa imenso desafio à capacidade de trabalho dos magistrados paulistas, e especialmente deste Tribunal. É preciso atender aos reclamos por modernização e à crescente demanda dos que batem às portas da Justiça, observando o mandamento constitucional da duração razoável do processo. Mas, em seus 136 anos de existência, atravessando todas as turbulências do final do Império e de nossa história republicana, o Tribunal de Justiça de São Paulo sempre esteve à altura de sua alta missão; não será desta vez que deixará de enfrentar e vencer as dificuldades do momento. Reafirmo, hoje, o compromisso de dedicar-me com afinco para colaborar, ainda que modestamente, no ingente esforço de todos os membros desta Casa, no sentido de oferecer com celeridade a prestação jurisdicional, sem no entanto – e este é um apanágio desta Casa- sacrificar a excelência jurídica que sempre caracterizou os pronunciamentos desta Corte, paradigma para todo Brasil.

A caminhada foi longa, e claro que não a percorri sozinho. Por isso, o momento não é apenas de lembranças e de compromissos, mas também de reconhecimento e gratidão.

Em versos de uma conhecida canção popular, imortalizada na voz de Elis Regina, Atahualpa Yupanqui disse que seus irmãos eram tantos, que não poderia contá-los. Afortunadamente, posso dizer o mesmo em relação a meus amigos. Não há como referir-me a todos, nem mesmo, como gostaria, aos que hoje me dão a alegria e a honra da presença nesta solenidade. Mas, mesmo correndo risco de ser injusto pelas inevitáveis omissões, não posso deixar de expressar meus agradecimentos a algumas pessoas sem as quais não teria chegado aqui.

Acredito, eminente Desembargador Alceu Penteado Navarro, na força dos símbolos e nas atitudes que dizem muito mais do que as palavras. Ser conduzido para este Plenário por Vossa Excelência, e ouvir sua saudação em nome do Tribunal, foi mais do que uma grande honra para mim; foram gestos plenos de significados, que sempre guardarei entre minhas melhores recordações.

Ao eminente Procurador Geral de Justiça Doutor Fernando Grella Vieira, encontro dificuldades para expressar em meras palavras toda a minha admiração

Acesso ao Sumário

e respeito, por suas invejáveis qualidades pessoais e profissionais. Direi apenas, que fazer parte da equipe de Vossa Excelência, ainda que por pouco tempo, foi um fecho de ouro para minha carreira como Promotor e Procurador de Justiça.

Ao mestre de todos nós, Alexandre de Moraes, que ainda muito jovem já inscreveu seu nome como um dos maiores juristas do país, manifesto meu orgulho por privar de sua amizade e por ter sido e continuar sendo seu aluno e auxiliar direto. Agradeço-lhe pelas oportunidades de atuar na administração estadual e municipal, em áreas delicadas como a ressocialização de adolescentes infratores e a gestão de alguns dos mais relevantes serviços públicos, propiciando-me uma rica experiência que será de grande valia no exercício da atividade jurisdicional.

Agradeço também ao eminente Min. Celso de Mello, padrão insuperável de honradez, idealismo e vocação para a ciência jurídica.

Aos estimados amigos, o Procurador de Justiça Mágino Alves Barbosa Filho, e os Desembargadores Geraldo Wohlers, Ana de Lourdes Coutinho Silva, Walter Fonseca, Hermann Herschander, Oswaldo Palu, Jarbas Gomes, Sérgio Shimura e Antonio Nascimento, agradeço pelo extraordinário apoio e incentivo.

Como todos sabemos, nada se consegue na vida sem o apoio da família, começo e alicerce de tudo; a meus pais Cleide e Manuel nunca poderei agradecer adequadamente pela dedicação com que criaram os filhos, pela formação que me propiciaram e por haverem ensinado os caminhos certos a percorrer; a meu pai, ainda, devo o exemplo de uma carreira vitoriosa e retilínea na magistratura. À minha sogra, Dª Nobuko Matsubara, minha admiração por sua generosidade e nobreza de espírito; lamento muito que meu estimado e saudoso sogro, Sr. Takeo Matsubara, aqui não esteja para compartilhar este momento. A lembrança de meus queridos avós, Joana e João Mecchi, estará sempre presente. Aos meus irmãos e demais familiares aqui presentes, minha gratidão pela convivência sempre fraterna.

O maior e mais especial agradecimento é uma renovação daquele que faço, todos os dias, ao Senhor dos nossos destinos, por haver reservado para mim uma esposa como Leiko, companheira de todas as horas, nos bons e nos maus momentos, pelo seu amor, carinho e incondicional apoio, fundamentais para o que sou e para tudo o que faço. E é a você, Leiko, que vou pedir, aumentando ainda mais minha eterna dívida, um pouco mais de compreensão e paciência, por conta das horas e dias que a magistratura vai roubar de nosso convívio.

Senhor Vice-Presidente, senhores membros da Corte, estou pronto para iniciar o trabalho.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

ALEXANDRE DE MORAES (Advogado) - Discurso proferido, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção São Paulo, por ocasião da cerimônia de Posse do Desembargador Cesar Mecchi Morales - (Sessão Solene de 24.10.11).

Exelentíssimo Sr. Vice Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador José Santana, em nome de quem, cumprimento o Digno Presidente desse Tribunal, Des. Bedran e todos os Desembargadores presentes.

Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Desembargador Walter Guilherme e Excelentíssimo Sr. Vice Presidente e Corregedor do TRE, Des. Alceu Navarro, em nome dos quais tomo a liberdade de cumprimentar todos os demais magistrados presentes.

Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Fernando Grella Vieira, em nome de quem cumprimentos todos os membros do Ministério Público aqui presentes.

Caros colegas advogados. Srs. e Sras.

Quero também cumprimentar sua esposa LEIKO e em seu nome cumprimentar todos os seus familiares.

Senhor Presidente, é com muita humildade e imensa satisfação, que compareço – PELA PRIMEIRA VEZ NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – à essa Sessão Solene do Egrégio Órgão Especial do mais do que secular TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, criado pelo Decreto Legislativo Imperial nº 2.342, de 6 de agosto de 1873, como Tribunal da Relação de São Paulo e Paraná, e logo instalado em 3 de fevereiro de 1874, em endereço próximo ao atual, à Rua Boa Vista, nº 20, que precedeu ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA, previsto na Constituição Estadual de 1891 e criado pela Lei Paulista de Organização Judiciária de 1891, com sua composição inicial de nove juízes, **imaginem Vossas Excelências.**

Acesso ao Sumário

Em 1911, mais precisamente, em 21 de junho, o então Secretário da Justiça e da Segurança Pública e futuro Presidente da República, Washington Luis formalizou a Ramos de Azevedo a elaboração de projeto de construção do Palácio da Justiça, cujo Fórum Cível foi inaugurado em 12 de novembro de 1926 e o Criminal, com esse famoso plenário do Tribunal do Júri, em 15 de abril de 1927; sendo que, somente em fins de dezembro de 1932, houve a transferência definitiva do Poder Judiciário para o PALÁCIO DA JUSTIÇA, imóvel posteriormente tombado pelo Condephaat, em 29 de dezembro de 1991, e que hoje, abre suas portas para empossar seu mais novo integrante DESEMBARGADOR, CESAR MECCHI MORALES.

Consolidava-se, assim, o nascimento da mais importante JUSTIÇA ESTADUAL REPUBLICANA, a Magistratura Paulista, cujos integrantes,

demonstrando secular autonomia e independência, auxiliaram e permanecem auxiliando na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A histórica afirmação do Poder Judiciário Bandeirante como defensor dos direitos e garantias fundamentais, apesar de toda sorte de dificuldades econômicas, sociais, culturais e políticas, teve início com os primeiros passos republicanos, com a necessária alteração da mentalidade aristocrática para a consagração da igualdade republicana e limitação dos poderes do Estado, permanecendo inalterada até os dias de hoje.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, para que exerça sua função de guardião das leis e garantidor da ordem na estrutura governamental republicana.

Nessa constante luta pelos ideais republicanos e democráticos, os MAGISTRADOS PAULISTAS sempre serviram de exemplo para toda NAÇÃO BRASILEIRA, atuando com coragem, dedicação, seriedade e sincero amor à causa pública, reafirmando as idéias libertárias de PLATÃO, ARISTÓTELES, ROSSEAU, JEFFERSON e tantos outros, sobre a necessidade dos governantes respeitarem e honrarem as leis, acima de suas vontades e idiossincrasias pessoais.

Para que isso exista é necessária uma JUSTIÇA EFETIVA e isso só se obtém com um JUDICIÁRIO FORTE, ALTIVO, PROBO e INDEPENDENTE, como o PODER JUDICIÁRIO PAULISTA.

Com esses mesmos ideais, CÉSAR MECCHI MORALES iniciou sua sólida formação acadêmica formando-se em Ciências Jurídicas pela nossa Tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde também obteve os títulos de Mestre e Doutor em Direito Constitucional, sempre demonstrando seu intenso compromisso com a ciência jurídica e a luta por um Mundo mais justo e igualitário; jamais se afastando das lições aprendidas há muito tempo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO DE MELLO, então Promotor de Justiça em São Paulo, desde os tempos em que teve a honra de auxiliá-lo como estagiário do Ministério Público.

Lições essas que se pautavam na fiel observância e respeito ao IDEAL REPUBLICANO e a ÉTICA CONSTITUCIONAL, pois, como sempre adverte o DECANO DE NOSSA MAIS ALTA CORTE *"não basta somente conhecer a Constituição. Mais do que isso, impõe-se respeitá-la, forjando-se, no espírito dos governantes e dos cidadãos, a consciência de sua inquestionável superioridade"*.

OBJETIVOS sempre perseguidos pelo PROMOTOR DE JUSTIÇA E PROCURADOR DE JUSTIÇA CESAR MORALES, nos quase 25 (vinte e cinco) anos de atuação no Ministério Público de São Paulo e em suas honrosas e brilhantes passagens pelo Poder Executivo, seja no Executivo Estadual,

Acesso ao Sumário

quando tive a honra de, como Secretaria da Justiça e Presidente da Febem, hoje Fundação Casa, tê-lo como Vice-Presidente, seja no Executivo Municipal, onde auxiliou-me por três anos, inicialmente como Secretário-adjunto de Transportes e, posteriormente, como Secretário-adjunto de Serviços.

Porém, o Desembargador Cesar Mecchi Morales é mais do que um exemplar estudioso, incansável membro do Ministério Público e brilhante homem público; é o amigo CÉSAR; homem simples, digno, probo e leal. HOMEM DE GRANDE CARÁTER.

E é ao AMIGO CÉSAR, em nome de todos aqueles que o admiram e que puderam ou não estar presentes na sessão de hoje, que tomo a liberdade de finalizar essas breves palavras, citando MARCO TÚLIO CÍCERO, em diálogo composto em 44 a.C sobre a "Amizade".

"A amizade encerra em si inumeráveis utilidades. Para onde quer que te voltes, lá está ela a teu alcance; não há lugar onde não esteja; nunca é intempestiva, nunca é molesta. Por isso, nem o fogo nem a água são usados em tantos lugares quanto a amizade. E aqui não falo da amizade vulgar e medíocre, que no entanto, ela própria, deleita e é útil: falo da amizade verdadeira e perfeita, como a conheceram poucos. Pois a amizade faz a felicidade mais esplêndida e, pela partilha e comunicação, ameniza a adversidade... Eis, pois, que a amizade apresenta vantagens muito numerosas e importantíssimas; mas a que a todas ultrapassa é a de inspirar uma doce confiança no futuro sem permitir que os ânimos desfaleçam ou sucumbam. Assim, quem contempla um amigo verdadeiro contempla como que uma imagem de si mesmo... É a virtude que promove e conserva a amizade. Pois é nela que está a harmonia das coisas, nela está a estabilidade, nela está a constância".

E, continua CÍCERO, em trecho essencial de ser lembrado em um momento em que um novo membro passa a fazer parte da mais tradicional CORTE DE JUSTIÇA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA, "falamos dos amigos que vemos, dos quais nos fala a tradição, daqueles que encontramos no dia a dia, neles devemos **buscar nossos modelos**, sobretudo quando mais se aproximam da sabedoria".

Acesso ao Sumário

É a firmeza de CARÁTER, a excelência de TRABALHO, a certeza de COMPETÊNCIA e a absoluta HONESTIDADE que o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO tem como modelo de seus atuais integrantes e certamente são esses predicados que o DESEMBARGADOR CESAR MORALES reforçará a partir desse momento.

Tenho a honra e felicidade de poder chamar o ora empossando Desembargador Cesar Mecchi Morales de AMIGO e tenho a eterna obrigação de agradecê-lo pela amizade sincera, harmoniosa e firme em todos os momentos.

MAS, mais do que isso, TENHO A ABSOLUTA CERTEZA DE QUE

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO está em festa, e de que a SOCIEDADE PAULISTA deve ficar confiante, pois um NOVO MAGISTRADO SÉRIO, COMPETENTE E TRABALHADOR somará esforços nesse grande TRIBUNAL DE JUSTIÇA para garantir os DIREITOS DE TODOS OS CIDADÃOS PAULISTAS.

Que DEUS abençoe esse TRIBUNAL e seu mais novo integrante.

Muito obrigado.

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO (Desembargador) - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Francisco Giaquinto, Francisco Eduardo Loureiro e Miguel Marques e Silva. (Sessão solene de 23.09.11)

Excelentíssimo Senhor Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem saúdo a todos os componentes da mesa, e demais autoridades presentes.

Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Eduardo Loureiro, Francisco Giaquinto e Miguel Marques e Silva.

Senhores Desembargadores, Juízes, membros do Ministério Público, advogados, funcionários.

Senhoras e Senhoras,

Francisco Eduardo Loureiro, Francisco Giaquinto e Miguel Marques e Silva.

Três Juízes que hoje chegam, merecidamente, após brilhantes carreiras, em primeiro grau, e auxiliando em segundo, ao cargo de Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

É um dia de festa para os três, seus familiares e amigos.

Mas quem se sente homenageado sou eu, pelo privilégio que os três novos Desembargadores e o Senhor Presidente da Corte me concederam de saudá-los.

Essa escolha me deixou muito feliz. É um dos momentos mais importantes e gratificantes da minha vida.

Por isso, minhas primeiras palavras são de agradecimento por essa distinção que me concederam.

Embora todos aqui conheçam bem os homenageados, é sempre bom lembrar alguns tópicos importantes da vida profissional de cada um deles, todos Juízes de carreira, que ingressaram na magistratura por concurso público.

O Desembargador Francisco Loureiro iniciou a carreira como Juiz

Acesso ao Sumário

substituto em Santo André, e depois atuou, já como titular, nas comarcas de Cândido Mota, Franco da Rocha, auxiliar da Capital, 2ª Vara Criminal de Pinheiros, 3ª Vara Cível Central, substituto em segundo grau.

Além disso, Sua Excelência tem intensa atividade acadêmica, escreveu e publicou diversos artigos e livros jurídicos.

O Desembargador Francisco Giaquinto começou sua carreira como Juiz substituto em Sorocaba, depois Osasco. Posteriormente assumiu, como titular, as comarcas de Cananéia, Ibiúna, auxiliar da Capital, 4ª Vara Cível de Osasco, 3ª Vara Cível de Santo Amaro, Juiz substituto em 2º grau.

O Desembargador Miguel Marques e Silva iniciou como Juiz substituto em Mogi-Mirim, transferindo-se para São Bernardo do Campo. Foi titular nas comarcas de Lorena, foro distrital de Piquete, 2ª Vara de Penápolis, auxiliar da Capital, 1ª Vara Cível de São Miguel Paulista, 10ª Vara Criminal Central da Capital, Departamento de Execuções Criminais, substituto em segundo grau.

Também é professor, mestre em Direito Processual Penal pela PUC.

Como se vê, os três novos Desembargadores trazem, além do profundo conhecimento jurídico, uma vasta experiência profissional acumulada ao longo da atuação em diversas comarcas e varas, conhecimento e experiência agora colocados para o difícil trabalho em 2ª Instância, que implica em enorme responsabilidade, pois consiste em rever decisões dos excelentes magistrados que compõem o primeiro grau de jurisdição em São Paulo, lembrando que, ao mesmo tempo, é praticamente a última possibilidade para as partes alcançarem a Justiça pretendida.

O Tribunal ganha muito com a chegada dos Desembargadores Francisco Loureiro, Francisco Giaquinto e Miguel Marques. São magistrados experientes, como se vê pelas suas trajetórias, qualificados tecnicamente, produtivos, dedicados, idealistas.

Trazem, como sempre acontece nessas circunstâncias, uma nova visão, a visão peculiar que têm da norma jurídica, do Direito, da Justiça.

Acesso ao Sumário

E assim o Tribunal vai aperfeiçoando seus julgamentos, formando e modernizando sua jurisprudência.

Cada um dos três novos Desembargadores, a par das virtudes referidas, têm traços distintos e marcantes de personalidade e de conduta.

O Desembargador Francisco Loureiro é bastante técnico, domina com extrema facilidade os conceitos e princípios jurídicos. E essa característica aparece sempre em suas decisões. Sua Excelência expressa com muita facilidade suas idéias, proporcionando imediata compreensão das mesmas. É bom ouvi-lo, seja nos julgamentos ou nas magníficas aulas que profere.

Em uma palestra que proferiu em Limeira falou durante pouco mais de uma

hora. Eu e os demais presentes ficamos todo tempo atentos e conseguimos, ao final, aprender bastante sobre o tema então desenvolvido que era simplesmente, vocação hereditária, um dos assuntos mais difíceis e chatos do Direito!!!

Aproveito também a oportunidade para, na pessoa do Des. Francisco Loureiro, cujo saudoso pai, José Eduardo Loureiro, presidiu a seção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, homenagear os senhores advogados, sem os quais impossível a distribuição da Justiça.

O Desembargador Francisco Giaquinto também domina com perfeição os princípios da ciência jurídica, e é muito objetivo nos seus julgamentos. Objetividade que não prejudica em nada o exame dos processos em que atua, ao contrário. Sua Excelência tem elogiável e invejável capacidade de síntese. Em dois ou três parágrafos consegue atingir a essência das questões que lhe são colocadas à apreciação e lhes dar solução inatacável. Transmite facilmente o conceito jurídico que forma a decisão. Confesso que, em meus votos, há tempos, venho me valendo de precedentes relatados pelo Desembargador Giaquinto.

O Desembargador Miguel Marques e Silva é profundo conhecedor do Direito Criminal, especialista nesse campo.

É também um Magistrado bastante objetivo na análise dos casos criminais que examina, e seus julgamentos são sempre embasados por elementos técnicos que lhes dão sustentação jurídica inabalável. Mas, ao mesmo tempo, o Desembargador Miguel Marques tem preocupação permanente com a recuperação pessoal e social dos condenados. Tanto que, por designação da Corregedoria Geral da Justiça, ocupou por muito tempo o cargo de Juiz responsável pelo Departamento de Execuções Criminais do Estado, realizando ali profícuo trabalho, por todos reconhecido.

Sua Excelência também ajudou a criar e instalar, e até hoje coordena, o Juizado Especial Criminal dos Estádios em São Paulo, juntamente com os Desembargadores Guilherme Strenger e Sérgio Ribas.

Enfim, cada um na sua área especial e preferencial de atuação tem desempenhado com muita competência e idealismo as funções jurisdicionais, honrando a Magistratura de São Paulo.

Mas há traços comuns aos três.

A simplicidade, a idoneidade, a preocupação com o ser humano, a abertura da alma. Lembrando o poeta Vinicius de Moraes, “estão sempre com as mãos estendidas para a amizade”.

A grandeza de alma dos três novos Desembargadores, para mim, é a característica comum a todos. E a principal de suas virtudes. Prova disso é a quantidade de amigos verdadeiros que têm, grande parte hoje aqui presente.

Nunca decepcionaram esses amigos. Nós, seus amigos, não estamos aqui cumprindo uma obrigação social. Nós estamos aqui para compartilhar

com Loureiro, Giaquinto e Miguel a felicidade desse momento de consagração profissional e pessoal. Para prestar-lhes homenagem e agradecer a amizade e o carinho que sempre nos dedicaram.

Viemos para abraçá-los, e também a seus familiares mais próximos: Lúcia Maria, esposa do Des. Loureiro, Thomas e Marília, seus filhos; Magali, esposa do Des. Giaquinto, e seus filhos Giancarlo e Marco Antonio; Rogério, Felipe e Raquel, filhos do Des. Miguel Marques.

O apoio dessas pessoas foi e continua sendo fundamental para os três.

Aqui permito-me lembrar de um amigo de todos nós, e dos três empossandos, que me pediu que os cumprimentasse por ele, que, em razão de problemas de saúde, não está presente. Mas que estaria, com certeza, se tivesse condições. E que logo voltará ao nosso convívio diário. Ele é a alma poética do Tribunal. Falo de Paulo Bonfim, que está em casa se recuperando, e que sempre veio abraçar os novos Desembargadores. Estaria sentado ali.... Lembrando uma canção de todos conhecida, "naquele canto está faltando ele, e a ausência dele está doendo em nós".

Nosso abraço ao Paulo e os votos de que fique bom, que volte para nós.

Concluindo, Sr. Presidente, e senhores Desembargadores, Francisco Loureiro, Francisco Giaquinto e Miguel Marques e Silva.

Vossas Excelências são por nós recebidos com a certeza de que vêm contribuir para que o nosso Tribunal cada vez melhore mais a distribuição da Justiça em nosso Estado, com julgamentos rápidos, consistentes tecnicamente e justos.

O Tribunal de Justiça se engrandece com a chegada de Vossas Excelências. Sejam felizes, e que Deus os abençoe e os ilumine, nos julgamentos e na vida.

Obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

FRANCISCO GIAQUINTO (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 23.09.11).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Roberto Bedran, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades, senhores e senhoras presentes;

Agradeço ao Excelentíssimo Desembargador Ademir de Carvalho Benedito, meu querido e estimado amigo, que em nome do Tribunal de Justiça, nos saudou com palavras de recebimento e incentivo;

O ato solene de hoje é mais que um ato de posse para mim, se me permitem,

é um ato de conquista, ao chegar ao posto tão almejado da magistratura paulista. Conquista esta, alcançada com estudo, trabalho e dedicação de minha parte, incentivo, apoio e compreensão da minha família.

Gostaria de agradecer algumas pessoas que tiveram responsabilidade direta no fato de eu estar aqui hoje.

Meus agradecimentos aos eminentes Desembargadores do Tribunal de Justiça de são Paulo que me concederam a honraria de estar neste importante cargo judicante que hora assumo;

Aos colegas juízes e amigos que deixo de declinar nomes para que não peque pelo esquecimento de citar algum; a vocês que me apoiaram e me incentivaram na minha caminhada na magistratura, minha lembrança e gratidão;

A minha querida mãe, Nina, que aqui presente hoje está e ao meu falecido e inesquecível genitor, Antonio; ambos me ensinaram por ações concretas a importância da vida em família, da integridade, da honestidade, do amor ao próximo e do valor do trabalho;

A minha esposa Magali, de uma forma singular e particular, sempre esteve ao meu lado, com muita compreensão me apoiando na difícil vida de uma magistrado, pelo grande tempo que dele se toma para estudo e decisão, involuntariamente, sacrificando a vida em família pelo trabalho que, não raro, avança a madrugada, finais de semana e feriados.

Aos meus filhos Giancarlo e Marco Antonio, pelas alegrias constantes que me proporcionam, fortalecendo-me sobremaneira diuturnamente;

Agradeço a Deus por estar vivendo este momento.

Quero ressaltar o orgulho e honra de passar a integrar este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem dúvida o mais importante Tribunal Estadual do Brasil.

Pela objetividade, já gostaria de encerrar a minha fala ressaltando não desconhecer que os desafios continuam doravante, sempre pedindo a Deus que me ilumine e guie nas decisões; me apoiando nas palavras de esperanças ditas pelo filósofo italiano Dante Alighieri, em sua obra "Divina Comédia", como devoto de Santa Luzia que era, que lhe teria reestabelecido a vista abalada: "Como as flores que o gelo noturnal inclinou e cerrou, e o sol aclara agora, e eretas abrem-se afinal, assim passei do medo, que prostraram meu coração, à audácia que irrompeu, e respondi com mente franca e clara: "Piedosa aquela que me socorreu e tu cortês que tão pronta resposta deste ao intento que ela promoveu, tornaste minha mente tão disposta, com as palavras tuas, a proceder, que já voltei à primeira proposta. Vamos que a hora é dos dois um só querer: tu condutor, tu senhor e tu mestre". Assim lhe disse e, quando o vi mover-se, entrei pelo caminho árduo e silvestre".

Agradeço a presença de todos prestigiando a presente solenidade. Muito

Acesso ao Sumário

obrigado.

MIGUEL MARQUES E SILVA (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 23.09.11).

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Roberto Bedran, DD Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Senhor Desembargador Mauricio da Costa Carvalho Vidigal, DD. Corregedor Geral da Justiça, Excelentíssimo Senhor Dr. Antonio Ferreira Pinto, DD. Secretário de Estado da Segurança Pública de São Paulo, na pessoa de quem quero cumprimentar as demais autoridades civis e militares nominadas ao início deste ato, caros colegas desembargadores, Juízes de Direito, Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, Delegados de Polícia, ilustríssimos srs. Advogados, srs. Oficiais da Polícia Militar, funcionários, meus queridos familiares, senhores e senhoras.

Hoje, ao alcançar o cargo de desembargador do mais importante Tribunal de Justiça do nosso país, não poderia deixar de ressaltar que tudo teve início com os ensinamentos colhidos dentro de casa enquanto ainda criança, quando meus pais mencionavam a importância do trabalho e da honestidade e me ensinaram a trilhar o caminho do bem. Naquela época, nos anos sessenta, eu comecei a trabalhar, ajudando-os na roça, pois de início trabalhavam na lavoura. Meu saudoso pai sempre dizia que, além do curso primário, ele me daria o de datilografia, para que eu pudesse seguir na vida. Mas me deu muito mais. Ele, minha mãe, e meus cinco irmãos (eu sou o mais velho de seis irmãos), muito me ajudaram a vencer batalhas e a chegar a esta vitória, a mais importante da minha vida. Por isso agradeço muito a todos eles, razão maior desse objetivo agora alcançado.

Tenho que agradecer, ainda, a muitas outras pessoas com as quais cruzei na vida em razão das diversas funções que exerci, as quais sempre contribuíram de uma maneira ou de outra para que eu me aprimorasse e pudesse chegar até aqui. Pessoas que conheci quando trabalhei como entregador de jornais e gráfico nos três jornais da cidade de Tupã (Jornal da Região, Folha do Povo e Jornal Tupã); como “office-boy” e auxiliar de escritório na empresa S/A Paulista, nesta Capital; como oficial instrutivo no Tribunal de Contas deste Estado, como escriturário no Instituto de Química da Universidade de São Paulo, como investigador de polícia no DEIC em São Paulo, como estagiário de advocacia, delegado de polícia substituto em Belo Horizonte, promotor de justiça em São Paulo, juiz de direito e juiz substituto em 2° grau deste Tribunal, e também nas

funções de professor nas universidades UNIBAN e UNIBERO, assim como na Escola Paulista da Magistratura.

Muitas destas pessoas, jornalistas, advogados, policiais civis e militares, políticos, magistrados, membros do Ministério Público, pessoas simples, tornaram-se verdadeiros amigos que realmente ajudaram e me estimularam nesta caminhada.

Devo, ainda, um agradecimento especial aos colegas da 13ª Câmara Criminal, que tão bem me acolheram quando assumi o cargo de juiz substituto em 2° grau, os quais, com seus votos e ensinamentos nas inúmeras sessões de que participei, realmente fizeram com que eu me preparasse para assumir nesta oportunidade o cargo de desembargador. São esses colegas, hoje também meus amigos, os ilustres desembargadores San Juan França, França Carvalho, René Ricupero, Cardoso Perpétuo, Lopes da Silva e Augusto Siqueira, bem como o Procurador de Justiça Dr. Ruy Cid Martins Vianna. Também quero agradecer, de igual maneira, aos colegas da 14ª Câmara Criminal, com os quais tive o prazer de conviver quando das sessões do 7° Grupo de Câmaras de Direito Criminal, ilustres desembargadores Wilson Barreira, Fernando Torres Garcia, Hermann Herschander, Sérgio Ribas, Walter Silva e Marco Antonio de Lorenzi.

Não posso deixar de agradecer, também, a todos os funcionários deste Egrégio Tribunal de Justiça, de todas as varas e comarcas pelas quais passei, aos funcionários do meu gabinete de trabalho, Elisabete, Kátia, Stacy, Marcelo, Neimar, Tiago e Cristian, que muito me auxiliaram numa jornada que, embora não seja das mais fáceis, é muito gratificante, dado o seu objetivo maior de distribuir justiça, "dando a cada um o que é seu".

Um agradecimento especial aos meus filhos, Rogério, Filipe e Raquel, que tudo faz crer vão seguir o meu caminho, à minha nora Natália e à minha netinha Manuela, aqui presentes, que são na verdade o alicerce da razão da minha existência.

Evidentemente, senhores e senhoras, é uma grande honra, motivo de muito orgulho, ter alcançado o cargo do qual agora tomo posse. Mas, por outro lado, a responsabilidade para exercê-lo também é muito maior, pela obrigação de distribuir a justiça em face das desigualdades encontradas em nossa sociedade. Por isso não vejo o magistrado como um escravo da lei, como muitos entendem, inclusive Montesquieu, que apregoou "que o juiz é apenas a boca que fala a lei". É nosso dever, em cada caso concreto, valorar as provas, segundo o que nos apresentam os autos, a fim de que possamos bem aplicar o direito, dando a cada um o que é justo, sem nos apegarmos à letra quase sempre fria da norma jurídica. Neste sentido, a lição de Eduardo Couture, nos mandamentos do advogado por ele redigidos, citados pelo saudoso mestre André Franco Montoro em sua obra "Introdução à ciência do Direito", quando diz: "Teu dever é lutar pelo direito,

mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça".

Assim, senhor Presidente, ao encerrar, desejo reafirmar que tudo farei para continuar aplicando decisões justas, humanas, com a ajuda sempre presente do Senhor Jesus Cristo, pois "Ele é o caminho, a verdade e a vida".

Muito obrigado.

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 23.09.11).

São duas as maiores virtudes de um discurso: a brevidade e a objetividade.

Essas palavras têm apenas a finalidade de lembrar, primeiro, a importância para todo magistrado de tomar posse como Desembargador do Tribunal de Justiça e, segundo, agradecer àqueles que tornaram isso possível.

É uma honra e uma distinção tomar hoje posse nesta Corte, especialmente pelas mãos do Presidente, Desembargador José Roberto Bedran, que ao longo de minha carreira sempre tomei como modelo de juiz e que me distingue com amizade de mais de uma década. É gratificante ser empossado por V. Excelência, um grande Presidente do Tribunal de Justiça.

Permaneci nos últimos seis anos como Juiz Substituto em Segundo Grau, sempre na 4ª. Câmara de Direito Privado, onde proferi cerca de 14.000 votos. O maior desafio hoje de todos os Magistrados de SP é conciliar uma produção brutal sem comprometer a qualidade dos julgamentos. Prometo, com as minhas limitações, empenhar todo esforço e as melhores práticas para atingir esse objetivo. Uso o termo objetivo e não Meta, especialmente no. 2, que causou arrepios a todos nós.

Devo agradecer a todos aqueles que me permitiram chegar a este momento.

Inicio pela minha equipe: Alexandre, Érika, as duas Amandas, Willian, Rafael e a estagiária Caetana. Agradeço todo o esforço e o bem humorado ambiente de trabalho.

Agradeço a minha mãe Ines, mulher forte de quem recebi a palavra e o senso de justiça, e a meu pai, José Eduardo Loureiro.

A ausência de meu pai, falecido há um ano, faz forte presença, pois foi não foi apenas exemplo de seriedade, mas me sobretudo me ensinou um ofício. Aprendi com ele a gostar do direito e a sustentar decisões em momentos que seria cômodo ceder. Sua sagacidade, coragem e seu amor pela profissão, grande

advogado e batonier que foi, marcaram minha formação e foram determinantes nas direções que tomei.

Não posso deixar de agradecer também a três profissionais a quem devo minha formação jurídica: o advogado Amando de Barros Sobrinho, e os Des. Plínio Neves da Cunha Cintra e Renan Lotufo.

Finalmente, agradeço a Lucia minha companheira de todas as horas, que se mostrou disposta a estar do meu lado independente do custo de minhas escolhas. Com ela, vieram aqueles que me fizeram pai – Marília e Thomás – motivo maior de meu orgulho e realização.

Não posso deixar de agradecer aos meus irmãos, e a cada dia dou mais valor aos laços fraternos. São laços intensos, capazes de sustentar momentos de dor, e de proporcionar momentos de grande alegria. Eduardo, Jayme, Leopoldo , João e, especialmente Bianca, presença firme e cuidadosa, com eles partilho o olhar de cumplicidade e a certeza de que apesar da diversidade de estilos estaremos sempre unidos. Lembro ainda de Angela, irmã querida que partiu cedo, mas que está no liame de nossa união.

Da minha carreira elejo o melhor: os amigos. Aqueles cujas afinidades eletivas determinaram as relações que sustentaram as ocasiões difíceis e (*sic*) momentos de alegria e que hoje reencontro aqui. Tive oportunidade de trabalhar com grandes juízes, homens decentes, que deram e dão dignidade à magistratura. Entre eles, não posso esquecer os meus colegas da Quarta Câmara de Direito Privado, que me aturaram nos últimos seis anos: Desembargadores Ênio Zuliani, Maia da Cunha, Teixeira Leite, Fábio Quadros, Natan Zelinschi e Carlos Trevisan.

Nos últimos 26 anos tive em Primeiro Grau uma carreira que me realizou inteiramente. Espero, com humildade, que a fase que agora se inicia neste Tribunal de Justiça tenha o mesmo destino. Se isso ocorrer, serei um juiz feliz.

Obrigado

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES (Desembargadora) - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Jeferson Moreira de Carvalho, Cláudio Hamilton Barbosa e Irineu Jorge Fava. (Sessão solene de 27.10.11)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ

SANTANA, DIGNÍSSIMO VICE-PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

E, EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR MAURÍCIO DA COSTA CARVALHO VIGIDAL, DIGNÍSSIMO CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

Em suas insignes pessoas, peço vênia, para cumprimentar a todas as autoridades civis e militares presentes a esta solenidade de posse dos Desembargadores:

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, CLÁUDIO HAMILTON BARBOSA E IRINEU JORGE FAVA.

Colegas Magistrados, Promotores de Justiça, Advogados, Funcionários, Senhoras e Senhores.

Senti-me, profundamente, honrada com o convite de Sua Excelência, o insigne Presidente Desembargador **JOSÉ ROBERTO BEDRAN**, para, em nome desta Augusta Corte de Justiça, saudar os novos desembargadores que, agora, passam a integrá-la.

Gostaria de ter o dom da oratória para expressar em palavras, aos queridos colegas ora empossados, toda a minha admiração pelo trabalho por eles desempenhado durante toda a sua carreira, como juízes exemplares, éticos, cumpridores de suas obrigações e ciosos da sua responsabilidade perante o jurisdicionado.

Foi um longo caminho, trilhado com muita persistência, estudo, noites não dormidas, renúncia ao convívio familiar, na busca incessante da solução mais justa para cada conflito.

A carreira, desde o seu início, nas mais distantes Comarcas do Estado, não é fácil e requer coragem e dedicação**,** e, hoje, **MAGISTRADOS** vocacionados que são, chegam a seu ápice, cercados dos seus queridos familiares, amigos e colegas, e, como um atleta que sobe ao pódio depois de uma grande vitória, merecidamente, são laureados com o "Colar do Mérito Judiciário".

Os desembargadores ora empossados ascendem ao Tribunal de Justiça em momento em que o **JUDICIÁRIO**, atacado por todos os lados, a pretexto de não estar cumprindo, a tempo e a hora, a sua nobre missão de julgar, está tentando se modernizar, adaptando-se aos novos tempos, à era digital, à era das informações "on line", do processo virtual, e, em breve, do julgamento virtual, superando inúmeros percalços que são do conhecimento de todos, principalmente, o excesso de processos e a crônica falta de verbas.

É uma luta árdua, algumas vezes inglória, mas a direção deste E. Tribunal não tem poupado esforços para que a prestação jurisdicional seja plena, efetiva e justa, e, com isso, atenda aos anseios da população que, consciente de seus direitos, bate às suas portas e espera a solução rápida dos conflitos.

O mundo moderno exige que o **MAGISTRADO** seja um jurista com sensibilidade e inteligência emocional, ético, apto a enfrentar desafios dos mais diversos, e que, também, tenha uma formação humanística que lhe permita conhecer noções gerais acerca de sociologia, filosofia, ética, deontologia, liderança, administração, etc... e que, além disso, saiba se relacionar com os outros Poderes e com a mídia.

O **MAGISTRADO PAULISTA**, dentre os quais sempre se destacaram os Desembargadores hoje empossados, **JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, CLÁUDIO HAMILTON BARBOSA E IRINEU JORGE FAVA,** sem dúvida, apesar de todas as dificuldades e da quantidade cada vez maior de processos submetidos à sua apreciação e que devem ser julgados com a máxima brevidade, não foge ao seu mister e está, constantemente, preocupado com a qualidade de suas decisões e em pautar a sua conduta na ética, para atingir o ideal de praticar a verdadeira **JUSTIÇA,** seguindo o preceito milenar de **"DAR A CADA UM O QUE É SEU".**

É certo que os **MAGISTRADOS PAULISTAS**, embora alvo de críticas, no mais das vezes infundadas, trabalham para mais de suas forças e, mesmo nas situações mais adversas, alcançam produtividade extraordinária e incomparável com o padrão nacional e internacional.

Aos Desembargadores ora empossados, que irão compor, de forma permanente, e engrandecer este Tribunal, credor do merecido prestígio de ser um colegiado que eleva e dignifica a Magistratura Paulista e as instituições do Estado de São Paulo, as nossas congratulações e votos de pleno sucesso, como coroamento de suas carreiras ímpares, profícuas e virtuosas.

Sejam bem-vindos:

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, meu conterrâneo da cidade de Taubaté, bacharel em Direito pela renomada Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté, Turma de **1979**, onde, também, tive a honra de estudar e da qual meu pai foi fundador, diretor e reitor, ingressou na Magistratura no ano de **1985**, tendo sido designado para a **Comarca de Sorocaba**, e, desde então, vem exercendo de maneira exemplar a nobre função de julgar. A cidade de Taubaté, onde nasceu, se orgulha de vê-lo entre nós, integrando a mais alta Corte de Justiça do Estado. E, de um modo especial, tenho certeza se orgulham, seus queridos pais, **TARCÍSIO MOREIRA DE CARVALHO e ÁUREA NATHÁLIA DE CARVALHO**; sua esposa **ELEN MARIA DE OLIVEIRA VALENTE CARVALHO** e suas filhas, **MARIA NATÁLIA, LÍGIA e LUIZA**.

CLÁUDIO HAMILTON BARBOSA, bacharel em Direito pela renomada Faculdade de Direito de Franca, Turma de **1971**, ingressou na Magistratura no ano de **1.980**, meu colega de turma, do glorioso 146º. Concurso de Ingresso à Magistratura, o primeiro no qual foram aprovadas mulheres,

tendo sido designado para a **Comarca de Franca**, onde iniciou a sua carreira de Magistrado de escol sempre voltado ao cultivo do Direito e à realização da justiça. Seus queridos pais, **JEREMIAS BARBOSA e LÁZARA BRASILINA BARBOSA**, se aqui estivessem, sua esposa **MARIA CRISTINA JARDINI BARBOSA**, e seus filhos **MARCUS VINICIUS, ANDRÉ LUIS e MARIA CLÁUDIA**, sem dúvida, compartilham da sua alegria ao alcançar o elevado cargo de Desembargador.

E, **IRINEU JORGE FAVA**, bacharel em Direito pela renomada Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Turma de **1.979**, ingressou na Magistratura no ano de **1.985**, tendo sido designado para a **Comarca de Bauru** e, a partir de então, vem se dedicando, incansavelmente, dando o melhor de si, na solução dos conflitos que lhe são apresentados, a fazer Justiça, meu querido amigo, com quem tive a honra de trabalhar, até a sua promoção, na 13ª. Câmara de Direito Privado e, na nossa querida **APAMAGIS**. Seu querido pai, **IRINEU CELESTINO FAVA**, e sua querida mãe, Odette Jorge Fava, se aqui estivesse; sua esposa **ANDREA DE CÁTIA FAVA** e suas filhas **MARIA RITA, MARIA VICTÓRIA e MARIA CLARA**, com certeza estão felizes, depois de tantos anos consagrados à Magistratura, com a sua ascensão ao topo da carreira.

Finalizando esta breve oração, é oportuno ressaltar que, a par da atribuição de julgar - decidir com firmeza e justiça, conforme o direito, as grandes e as pequenas causas, cada juiz está empenhado em uma luta constante pelo respeito ao Estado de Direito e para a preservação e o aperfeiçoamento do Judiciário e da atividade jurisdicional.

Sejam felizes e Deus os abençoe.

CLÁUDIO HAMILTON BARBOSA (Juiz de Direito) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 27.10.11).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DOUTOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN, pessoa em que cumprimento todas as Autoridades presentes, já declinadas pelo Protocolo.

SENHORAS e **SENHORES**.

Reitero as palavras do ilustre colega que me antecedeu, posto que expôs acerca da carreira e percalços inerentes à atividade jurisdicional.

O momento é de grande emoção, vez que retorno aos primeiros passos aqui caminhados há mais de trinta anos.

Com alegria e humildade, alcançamos o cargo em que ora somos

empossados. E nada foi feito sozinho.

Jamais faltou o apoio dos familiares, amigos, funcionários que também passaram à condição de amigos, uma vez que com estes passamos grande parte do nosso tempo e dos nossos dias.

A gratidão é uma das virtudes essenciais à vida humana.

Assim, sou grato primeiro a Deus, pelos dons da vida e da assistência diária; à minha mãe e avô, ambos falecidos, pela formação moral; a minha esposa Cristina, pelo companheirismo e renúncia, sem cobranças; aos meus filhos Marcus, André e Maria Claudia, pela compreensão nos momentos de ausência face aos compromissos assumidos e cumpridos.

Aos colegas magistrados pela amizade e atenção, com lembrança especial do digno Desembargador Claudio Gonçalves da Silva, que cedo foi guindado ao plano espiritual, mas deixou marcas indeléveis pela proximidade e relação fraternal diária.

Meu carinho especial aos dedicados, atenciosos e respeitadores colaboradores da vida diária pelas cidades nas quais judiquei: Igarapava, Franca, e, finalmente, na 4ª Vara de Acidentes de Trabalho da Capital.

Divido com todos o momento marcante, considerando que todos tiveram e têm fundamental importância na minha vida, foram e são imprescindíveis à alegria que hoje desfruto.

A todos, meu muito obrigado.

Claudio Hamilton Barbosa

Desembargador

IRINEU JORGE FAVA (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 27.10.11).

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Roberto Bedran, Digníssimo Presidente desta Egrégia Corte, em cujo nome eu peço vênia a todos os demais presentes para saudar as autoridades civis e militares já nomeadas pelo Cerimonial;

Caros colegas;

Membros do Ministério Público;

Advogados;

Servidores;

Senhoras e senhores;

Acesso ao Sumário

Meus queridos parentes;

Pretendo ser muito breve, como exige a solenidade, e estou aqui mais para enaltecer a minha emoção pela data de hoje, mas não posso deixar de registrar, como todos nós sabemos, que o Judiciário passa atualmente por um momento um tanto quanto turbulento. Somos vítimas de incansáveis campanhas, muitas vezes irresponsáveis, infundadas, com o intuído de denegrir, de menosprezar ou de até intimidar os magistrados e a própria instituição. Mas nós sabemos que a judicatura é feita pela intrepidez, dedicação e coragem dos magistrados.

Eu não acredito nela, mas, se existe alguma chamada "teoria da conspiração", certamente ela não nos vencerá.

Mas o momento, como eu disse, é de alegria, porque neste ato nós tomamos posse; e é um momento para mim, particularmente, muito emocionante porque quando ingressei na carreira, via este momento uma distância muito grande, um sonho quase inatingível, e hoje eu vejo ele se concretizar.

E o momento maior da alegria, eu não poderia me furtar aos agradecimentos. Não os agradecimentos protocolares, frios, ou formais, mas agradecimentos sinceros de todos aqueles que me ajudaram a trilhar o caminho escolhido, do judiciário, da judicatura e hoje chegar aqui.

Não posso me esquecer, primeiramente, da minha família; meu pai está aqui presente, a minha mãe infelizmente não está conosco fisicamente, mas tenho certeza que em algum lugar muito bom no plano espiritual, ela nos vê, nos assiste e torce por todos nós.

As minhas filhas: Maria Rita, que não reside com a gente aqui, mas fora sabe, acompanha esta solenidade; Maria Vitória e a pequena Maria Clara, como disse a Zélia, a flor mais nova no jardim da minha vida. A minha sobrinha que hoje também veio me prestigiar, Amanda; minha prima Marcia; meu cunhado Fabio e, fundamentalmente, a minha esposa Andrea de Cátia, pessoa que me fez viver algo que todos nós buscamos que é a felicidade. A você, meu amor, minha eterna gratidão e meu eterno amor.

Acesso ao Sumário

Quero também agradecer, não poderia deixar de sê-lo, aos funcionários, aos colegas, que fizeram parte também desta trajetória, desde a minha primeira entrância como titular da cidade de Cafelândia - e hoje eu tenho a honra de receber aqui o Diretor do cartório de Cafelândia, que é o Carlos Rubi, nosso amigo de longa data presente - por Rancharia, por Araçatuba, por Lins, pela 22ª Vara Cível - vi aqui a escrivã Maísa; a Flávia, escrevente. As funcionárias do meu gabinete que me aturaram durante esses 5 anos que já integro o Tribunal, não é? São pessoas que também estão comigo, que fazem parte diretamente dessa trajetória, a quem eu agradeço no fundo do meu coração.

E peço a Deus que continue me dando força e saúde para continuar lutando e cumprindo o meu dever como eu venho fazendo até agora.

Muito obrigado.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 27.10.11).

Excelentíssimo Senhor Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, MD Presidente do E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja estampa de simplicidade é sobreposta pelo talento com o qual vem administrando o Tribunal, Excelentíssimo Senhor Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, MD Presidente do E.Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, quem tem demonstrado enorme capacidade administrativa e a preocupação diária com os Magistrados do Estado de São Paulo, Excelentíssima Senhora Desembargadora ZELIA MARIA ANTUNES ALVES, minha conterrânea e uma das primeiras mulheres a ingressar na Magistratura Paulista, pessoas nas quais cumprimento todas as autoridades presentes e já nomeadas.

Senhores Desembargadores, Senhores Juízes, Prezados familiares, Senhores funcionários, senhores e senhoras.

A antiguidade prevaleceu para definir quem seria o orador responsável por uma manifestação política, não obstante a oratória reconhecida dos demais desembargadores empossados.

Então, cumpro minha missão, afirmando inicialmente que o momento em que estamos vivendo é um momento emocionante para todos nós, mas, penso eu, minhas palavras não serão emotivas, minhas palavras serão palavras de realidade, serão palavras para marcar posição.

As palavras emotivas ficaram sob a responsabilidade dos Desembargadores Paulo Hamilton e Irineu Fava.

Dalmo de Abreu Dallari em sua obra denominada O Poder dos Juízes expressou que:

"**O Poder Judiciário tem situação peculiar, pois, ou por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política, o Legislativo e o Executivo nunca deram a devida atenção aos problemas relacionados com a organização judiciária e o acesso do povo aos juízes. Poucos percebem que isso tem muita importância num sistema político que pretende ser democrático**."

É este o Poder que integramos, é neste Poder que ingressamos e tomamos posse, e é neste Poder que democraticamente exercemos jurisdição.

Não obstante a esta constatação quando tomamos posse no cargo de Juiz

Substituto, além do compromisso solene de cumprirmos a Constituição Brasileira, cada um de nós, assumimos compromissos próprios. Compromissos de bem exercer a magistratura, com presteza na função jurisdicional, de trabalharmos incansavelmente na distribuição de justiça, de termos um comportamento profissional, familiar e pessoal digno com o cargo de magistrado.

O tempo passou muito rápido e acreditamos que cumprimos nossos compromissos.

No dia 1º de setembro deste ano, por volta de 13 horas, quando da posse singela na sala do Senhor Desembargador Presidente, renovamos internamente nossos compromissos.

Agora, Senhores e Senhoras, nesta cerimônia de posse, além do compromisso solene que acabamos de assumir, renovamos nossos compromissos pessoais do dia da posse como Juiz Substituto, e esta renovação é com mais ênfase, com mais compromisso e com mais sabedoria e responsabilidade, porque agora temos a experiência de julgar.

Com a experiência que agora temos vamos contribuir melhor para a democracia deste Pais, porque como ensina Antoine Garapon, Pesquisador dos Instituto de Altos Estudos da Justiça, em França, na sua obra " *Le Gardien des Promesses",*

" A democracia não desmorona, ela se transforma pelo direito" " O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas geraram".

Nos cabe, por isso, contribuir para a verdadeira democracia, e para isto cumprir nossos compromissos e sempre estar prontos à defesa do Poder Judiciário e dos magistrados.

Durante este tempo experimentamos bons e maus momentos como magistrados, o que nos forjou e nos fortaleceu para continuarmos nossa missão.

Temos menos tempo pela frente do que o tempo que já judicamos, mas isto não nos esmorece, ao contrário nos fortalece para continuarmos distribuindo justiça e defendendo o Poder Judiciário, defendendo a Magistratura, defendendo os Juízes, e de maneira especial, os Juízes Paulistas de todos os ataques que possam sofrer.

Os Juízes muitas vezes são atacados e não têm a imprensa para a defesa imediata.

Contornando os ataques, somos um Poder que congrega homens e mulheres responsáveis por resolverem os conflitos sociais. É o Poder Judiciário que acalma a sociedade, por isso, qualquer ataque deve ser imediatamente revidado.

Acesso ao Sumário

Senhor Presidente, em nossa trajetória conhecemos muitos magistrados. Dos magistrados paulistas podemos dizer a Vossa Excelência, que com certeza têm ciência do que falo, dizer aos presentes e dizer para a população de nosso grande Estado de São Paulo, que os magistrados paulistas não se escondem atrás da toga.

Os magistrados paulistas vestem a toga, mas antes de vesti-la estão à frente dela. Estão à frente porque mostram seus nomes, mostram suas faces, mostram seus comportamentos e mostram seu trabalho.

Em São Paulo quem não tem a dignidade de vestir a toga é alijado da estrutura, por isso, qualquer afirmação em sentido contrário, venha de Brasília, venha da mídia, que tem o dever da verdade, como dito por Rui Barbosa, mas que muitas vezes priva o cidadão da presunção de inocência, venha de onde vier, não atinje os magistrados do Estado de São Paulo.

Senhores e Senhoras, como disse no inicio, queremos marcar uma posição e a posição é esta. Renovamos nossos compromissos solenes e pessoais de cada um, de estar à frente e vestir a toga, para com dignidade sermos o Estado na solução dos conflitos sociais e transmitir a população à certeza que suas causas serão julgadas por um Poder que contribui para o pleno exercício da democracia. Também, firmar a posição da defesa imediata e intransigivel de todo ataque indevido.

Firmada a posição não poderia deixar de agradecer aos nossos familiares que durante todo este tempo foram o nosso suporte para chegarmos até este momento, a todos os funcionários com quais trabalhamos e de modo especial, aos que trabalham conosco atualmente, que são as pessoas que profissionalmente pensam conosco.

Por fim, para finalizar, tirando de Piero Calamandrei em " Eles, os Juízes vistos por nós, os advogados" que :

" sabemos que a consciência de ter gasto a melhor parte de nossas vidas a assegurar a justa felicidade alheia, nos dará paz e esperança até ao último sopro."

E ainda, que Deus nos ilumine, porque, lembrando Rui Barbosa outra vez,

"Não há justiça, onde não haja Deus."

Obrigado a todos pela atenção.

JOSÉ MARIA MENDES GOMES (Desembargador) - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores José Antonio Encinas Manfré, Paulo Pastore Filho, Luís

Fernando Balieiro Lodi e Manoel Justino Bezerra Filho. (Sessão solene de 18.02.13)

Exmo. Senhor Presidente IVAN SARTORI

Ao saudar Vossa Excelência, peço vênia para render homenagens, também, às demais autoridades, pessoas gradas e convidados presentes a esta solenidade.

Exmas. Desembargadoras e Desembargadores.

Exmas. Senhoras Juízas e Juízes.

Dignos representantes do Ministério Público.

Ilustres advogadas e advogados.

Senhoras funcionárias e funcionários.

Gentilíssimas senhoras.

Meus senhores.

Senhor Presidente.

Agradeço, desde logo, a honraria com que Vossa Excelência me distinguiu ao convidar-me para assumir esta augusta tribuna e dar as boas vindas, em nome da Corte, aos seus novos integrantes.

A delicadeza do gesto fidalgo de Vossa Excelência permitiu que este velho Juiz traduzisse, em singela oração, os sentimentos mais puros de alegria, acompanhados de votos muito escolhidos de felicidade pessoal a cada um deles.

Sabemos que os novéis desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ, LUÍS FERNANDO BALIEIRO LODI e PAULO PASTORE FILHO aqui chegaram por legítimo direito de conquista para cumprir a última etapa de carreiras reconhecidamente vitoriosas.

Esta é uma verdade apodítica e por isso mesmo, eles prescindem de outras e detalhadas apresentações curriculares ou geobiográficas.

No entanto, tenho motivos de sobra e inescondíveis, que me permitem acrescentar mais alguns dados e ornamentos às suas irretocáveis folhas de serviços.

Chegam, eles, envergando primorosa qualificação profissional e intelectual, graças à experiência haurida nas lides judiciárias e sedimentada através do estudo sério e persistente das ciências jurídicas e sociais, ambas alimentadas pela curiosidade do mais saber e perquirição de questões fundamentais do conhecimento humano.

As adversidades naturais que o magistrado enfrenta, as durezas das pedras que ferem a trajetória do juiz probo, honrado, digno e eficiente, como sói

acontecer com os

empossados, já os forjaram para o julgamento colegiado, pois são cultos, sem ostentação; serenos, mas não contemplativos; independentes sem arrogância; determinados, corajosos e inovadores, sem imprudência, a mesma coragem de Confúcio "**porque veem o justo e o fazem**".

São homens de bem, voltados para o bem. Seres comuns, feitos de carne e osso, sujeitos às imperfeições, como aquele concebido por ***Ingenieros***, que se não se distingue por virtudes excelsas, não compadece com defeitos imperdoáveis.

Cada qual à sua maneira, no correr dos dias, "**descobriu a verdade entre as mentiras, resistiu às tentações, não se deixou levar pelas malquerenças, manteve-se irresignado diante das iniquidades, mas, ainda sim, estabeleceu os limites do justo, com mãos seguras e olhar esperto, intérprete da palavra e do espírito vivificador da Lei**" (De Nicola, RJTJ 95/582).

Cientes da maldade, dos abusos, da violência, desatinos e impunidade do mundo em que vivemos, mundo esse sujeito a rápidas mudanças e agitado por questões de grande complexidade, não se deixaram abater e de conservarem-se alegres e afáveis, sublimando, naqueles, a crença na bondade da alma, a única virtude, segundo penso, salvadora da paz e da harmonia.

Creem, em suma, que a justiça, tanto mais se torna efetiva e pacificadora, quanto mais for distribuída igualitária e bondosamente.

Chegam, finalmente, a esta Casa, acolitados pelo respeito que adquiriram, confortados pela amizade dos seus amigos, pela admiração dos seus familiares queridos e pela confiança irrestrita dos jurisdicionados.

Vieram para viver, lutar com paixão, dando o melhor das suas vidas, que, infelizmente, são transitórias, incorporando-se aos nossos embates, que não são poucos, e às nossas tradições, que são muitas, caminhando pela "**fé e não pela vista**", segundo a prédica de São Paulo Apóstolo.

Não nos esqueçamos de que "**somente vive quem luta, quem traz na alma e sobre o peito, um desígnio inabalável, quem galga o áspero cume de um destino alevantado, quem vai pensativo e cheio de sublime aspiração, levando diante dos olhos, toda noite, todo o dia, ou um santo trabalho ou uma grande paixão**" (in Julgados – RT 164/550).

Sem medo de errar, Senhor Presidente, afirmo que os magistrados paulistas, homens e mulheres devotados, carregam sobre os ombros um trabalho infindável, porém santificado, e levam dentro do peito uma grande paixão, às vezes nem sempre correspondida.

Os juízes paulistas assumiram desde até onde os olhos alcançam, o compromisso com a liberdade de expressão e independência, sem alardes ou altanerias, desfraldaram ao longo do tempo secular da nossa história, bandeira de luta inquebrantável, pela qual aceitam os seus elevados compromissos,

Acesso ao Sumário

obedecem, tão-só, as suas consciências e cumprem, sem desvios, o seu destino.

Permita-me, Senhor Presidente, dizer, ainda, que nós, os juízes paulistas, não concordamos com as críticas, no mais das vezes injustas e gratuitas, desfechadas contra a honorabilidade, a ética, a eficiência e a dignidade do Poder Judiciário, poder que é o alicerce básico, o fundamento primeiro que empresta segurança ao regime democrático republicano e ao estado de direito, sem o qual só restaria intranquilidade,

desgoverno, barco à deriva, prenúncio de naufrágio.

Os juízes paulistas estão e sempre estiveram vigilantes, jamais descuidaram da defesa dos seus predicamentos e postam-se, atualmente, como observadores atentos e apreensivos, quanto à virtual possibilidade de interferência indevida dos atributos da autonomia, independência e liberdade, que lhes conferem o ordenamento constitucional e as leis ordinárias, com vistas a uma prestação jurisdicional ágil, escorreita, pronta e eficaz.

Senhor Presidente, já vou terminando esta oração deslustrada.

Afinal, disse mais do que podia e menos do que devia.

Porém, Senhor Presidente, peço-lhe que seja um pouco mais paciente, pois não terminarei sem antes cumprimenta-lo pela lúcida, proveitosa e transparente gestão à frente dos destinos do Poder Judiciário Bandeirante.

Tarefa árdua, mas cujos frutos já estão despontando para nosso gáudio e maior prestígio da instituição.

Não será demais lembrar que, sob a liderança de Vossa Excelência, coadjuvada pelos ilustríssimos integrantes do Conselho Superior da Magistratura, dos insignes juízes assessores e funcionários abnegados, em pouco mais de um ano empreendeu realizações longamente sonhadas, hoje, por suas mãos, tornadas realidade.

Permito-me citar, dentre tantas, algumas delas:

*Início das nomeações dos assistentes judiciários para os juízes de primeiro grau, já tendo sido nomeados 592 assistentes.

*Criação do Grupo de Apoio às Unidades Judiciárias (cartório itinerante para socorro dos cartórios ordinários);

E mais:

*Capacitação de 20.502 servidores participantes das aulas/palestras organizadas pela CETRA e encontro com todos os 878 gestores das Regiões Administrativas.

*Descentralização administrativa do Tribunal de Justiça com a criação das Regiões Administrativas.

E ainda:

*Implantação do processo digital no Fórum João Mendes Jr., maior fórum

Acesso ao Sumário

da América Latina, o que sem dúvida, agilizará a prestação jurisdicional.

Por último, a derradeira palavra aos novos colegas.

Sei que aguardaram este dia festivo, como o vigia espera a aurora de cada manhã.

Expectativa e ansiedade lhes sobram.

Estão prontos e acabados para iniciar o trabalho, que é inesgotável, o mais rápido possível, sem vagares.

Temos plena certeza que alcançarão os seus objetivos.

Mas, para tanto, lembrem-se do conselho de Mário Quintana:

"**O segredo não é correr atrás das borboletas, não apanhá-las, sacrificá-las. O segredo é cuidar bem do jardim, para que elas venham até você leves, graciosas, coloridas e esvoaçantes**."

Muito obrigado.

JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 18.02.13).

Ínclito Desembargador *Ivan Ricardo Garisio Sartori*, *digníssimo* Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Excelentíssimos membros do Colendo Conselho Superior da Magistratura, Excelentíssimo Deputado Estadual *Dilador Borges Damasceno*: nas augustas pessoas de Vossas Excelências, com vênia, homenageio as demais nobres autoridades nomeadas e o distinto auditório, todos que prestigiam a meus preclaros colegas de toga aqui postados e eu, que, neste momento de júbilo, solenemente alcançamos o maior degrau na missão da judicatura nesta terra bandeirante.

Pelas honrosas referências com as quais me distinguiram, também externo agradecimento e preitos aos eminentes Des. *José Maria Mendes Gomes*, designado por essa augusta Presidência da Corte, ao insigne Subprocurador-Geral da Justiça Dr. *Arnaldo Hossepian Salles Lima Junior*, representante da douta Procuradoria-Geral da Justiça, e ao ilustre Dr. *Antonio Carlos Rodrigues do Amaral* (Conselheiro Estadual e Presidente da Comissão de Direito e Negócios Internacionais da Secção de São Paulo), que o fez pela digna Ordem dos Advogados do Brasil. E na pessoa do Dr. *Rodrigues do Amaral*, meu colega de magistério na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, tenho também a satisfação de cumprimentar a digna direção e os colegas do professorado presentes nesta Sala.

Senhoras. Senhores.

Acesso ao Sumário

A todos peço licença, ainda como muito singela forma de prestar lhes satisfação, para brevemente expressar-me assim: tive a benção de ser filho de pessoas que me foram, e o são, exemplos de retidão e desvelo à família, dona *Alice Encinas Manfré* – querida mãe a qual, para minha felicidade, presente nesta solenidade após deslocar-se de nossa longínqua e inesquecível Cafelândia-, e *João Antonio Manfré*, honrado e saudoso pai, os quais também me proporcionaram ótimos irmãos, *Maria do Carmo* e Dr. *João Roberto*, e, em suma, uma família em que Deus sempre foi e continua o Senhor.

Tendo obtido a graduação de bacharel no final e 1979, pouco depois tive a ventura de ser advogado, período frutuoso no qual se me alargaram as experiências sobre a natureza, conflitos, práticas, anseios e esperanças do ser humano, além de, simultaneamente ditoso e inesquecível convívio com dignos colegas causídicos, delegados de Polícia, promotores de Justiça e Juízes de Direito, realidades que me fortaleceram alcançar o desiderato da MAGISTRATURA.

Contava eu trinta e um anos de idade e era pai de dois dos três maravilhosos filhos meus e da esposa Rosa, a extraordinária companheira sem a qual dificilmente atingiria esse objetivo.

Aliás, movido também pelos exemplos de meus pais e avós, procurei ter sempre presente, do *Eclesiástico (VII-6)*, a seguinte regra: *"Não pretendas ser juiz, se não tens coragem para fazer frente às injustiças, para que não temas à vista do poderoso e não te exponhas a proceder contra a Equidade"*. E que *"deve o magistrado esquecer-se de si, para fazer respeitar os direitos de que é guardião"*, como é da obra do saudoso e emérito Edgard de Moura Bittencourt[1].

Outrossim, não posso deixar de me referir, embora de modo abreviado, à querida *Rosa*, modelo de esposa, mãe e amiga de todas as horas, que, inicialmente com nossos filhos pequenos, me acompanhou em comarcas distantes do Oeste, e posteriormente a esta Capital, nas quais muitos desafios foram e são enfrentados, e, com ela e as graças de *Deus*, transpostos – e os empenhos nessa diretriz continuam -, presente sempre ainda a grande causa de estar representando o Poder Judiciário de São Paulo, cujo exercício, assim como o fizeram e atuam tantos colegas, elegi como sacerdócio e sob a perene advertência do *Cristo*, conforme *São Lucas*, de que "*A mesma medida que vocês usarem para medir os outros Deus usará para medir vocês*".

Acesso ao Sumário

Após treze anos de minha atuação no interior, direcionei-me à Capital com vistas à progressão na carreira a culminar no cargo de Desembargador. Desses anos, em nove judiquei em Araçatuba, da qual me tornei cidadão por deferência da Câmara de Vereadores e onde granjeei fraternos amigos, em seguida a, também, com muita satisfação, haver passado por Paulo de Faria e

1 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. Editora Universitária de Direito, 2ª edição revista, 1982, página 133.

Pereira Barreto como titular.

Portanto, promovido em outubro de 1998, passei a ser Juiz Titular da 2ª Vara da Família e das Sucessões Central de São Paulo.

Após aproximadamente cinco anos e meio nesse Juízo de Entrância Especial, desde abril de 2004, passei, ininterruptamente, a atuar em segundo grau de jurisdição, inicialmente no extinto 1º Tribunal de Alçada Civil como convocado e, na sequência, em diversas Câmaras deste Egrégio Tribunal de Justiça: 5ª, 6ª e 7ª de Direito Privado, 8ª de Direito Criminal e, por fim, Câmara Especial, passagens estas nas quais experimentei e felicidade de conviver com magistrados cultíssimos e exemplares, da dimensão das nobilitantes tradições da Corte.

Pela magnanimidade da maioria dos insignes componentes do Órgão Especial deste mais que centenário Tribunal, no início de 2011 fui eleito representante da classe dos Juízes de Direito para compor o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Corte judiciária da União esta na qual primeiramente atuei com Substituto e, posteriormente, pelo espaço de um ano e três meses, na condição de magistrado Titular.

Para ascender ao cargo de desembargador deste Tribunal de Justiça, recentemente, afastei-me da jurisdição eleitoral. Contudo, somente após concluídas as últimas eleições municipais. Nessa Corte, o TRE, que tive a honra de integrar, deixei inesquecíveis amigos, além de ter haurido relevantes lições ilustres colegas, assim como dos dignos membros do Ministério Público e da Advocacia, aliás, mercê de Deus, como tive a felicidade durante a também singela trajetória nesta altaneira Justiça Comum paulista.

Ínclito Desembargador Presidente, senhoras e senhores: como de meu dever, não manchei minha toga; ela é limpa. Se erros tive, próprios da falibilidade humana, a Deus peço misericórdia. Mas conforta-me que, se existiram, e podem ter ocorrido, não foram marcados por voluntariedade.

A propósito, modestamente, também empenhei-me, como o faço, para cumprir as seguintes e elevadas palavras do eminente desembargador Pedro Barbosa Pereira Filho apontadas pelo ilustre e saudoso magistrado Edgard de Moura Bittencourt: "*Pede auxílio de Deus para que "a serenidade não se confunda com a indiferença; a prudência não se transforme em omissão; o sentimento não se degrade em sentimentalismo; a compreensão não se dissimule na complacência; a retidão não se traduza na intolerância; o rigor não chegue à iniquidade; a severidade não esqueça a caridade, a independência não tome nunca a veste do orgulho".*[2]

Não bastassem essas referências à minha carreira, nesta Capital de sequência ao magistério jurídico, e, assim, porque não comprometido o

2 BITTENCOURT, Edgard de Moura. Obra citada, p. 153.

primado da judicatura. Com efeito, após ter atuado em outras instituições, faz dez anos leciono na Universidade Presbiteriana Mackenzie, além de haver obtido graduações de Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica.

Por força das pesquisas, do convívio frequente com alunos e colegas de professorado, essa atuação acadêmica foi-me satisfatória, como o é, máxime, por concorrer para os indispensáveis aprimoramento e atualização com vistas à sobranceira função judicante.

Por outro lado, nestes vinte e sete (27) anos de carreira pude vivenciar a superveniência de profundas alterações fático-sociais que, natural e consequentemente, repercutiram no Direito e na Instituição Judiciária.

Com efeito, e assim extrai-se da lição de RIPERT, é o Direito eterna conquista que, não obstante, quando aparentar existência de paz, em realidade tão somente consubstancia trégua, pois da essência estar sob constante crise revisional[3].

Nessa conformidade, destaco sabida e mais recente materialização de fenômeno segundo o qual, consoante bem aponta Maria Tereza Aina Sadek, "*Traços novos têm imprimido mudanças na feição do Judiciário. A instituição judicial de hoje apresenta alterações que guardam distância de suas características do passado (...) São novos instrumentos, novos valores, novos órgãos, novas atuações. Todos esses fatores somados e combinados têm incutido na instituição elementos que a impelem na direção de uma nova construção institucional (...) Dificilmente se encontrará outra instituição que tenha se transformado tanto e em tão pouco espaço de tempo (...)*"[4].

Ademais, tenho presente que essas mudanças decorreram da Constituição da República de 1988, que alterou a dinâmica institucional do País, além de outras por força do processo de consolidação democrática e da Emenda Constitucional 45/2004, a qual instaurou a Reforma do Judiciário. E, com foco propriamente na atividade jurisdicional, para cingir-me a uma das faces das múltiplas realidades desencadeadas por esses paradigmas, essa configuração não se limitou às definições de Instituição ou dos respectivos integrantes, pois revelou-se também sob a perspectiva do quantitativo, ou seja, em relação aos superlativos números de processos, decisões e magistrados. Portanto, cresceram exponencialmente e geraram mudanças de magnitude. Por sinal, ainda a respeito da prestação jurisdicional, dentre outros adventos, salienta-se que a celeridade processual [como apropriado e inafastável] foi elevada a direito fundamental

Acesso ao Sumário

3 Nesse sentido, basicamente, alocução referente à cerimônia de vitaliciamento dos magistrados aprovados no 155º concurso de ingresso na Magistratura paulista (RJTJESP, 127:333).

4 SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: *Uma nova construção institucional*. Revista da Escola Nacional da Magistratura – Ano VII, ed. nº 6 – Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2012, página 392.

dos cidadãos[5].

Consequentemente, demandas multifárias – das consideradas simples às mais complexas – são realidades próprias também da rapidez, ou melhor, da instantaneidade das informações num mundo a cujo respeito o termo *globalização* não mais é tão atual. Ademais, o consumismo, o imediatismo e o indiferentismo de muitos em relação a valores antes de proeminência à sociedade são também quadros a desafiar constantes e mais numerosas e qualificadas soluções pela instituição judiciária, certo ser o homem o destinatário e centro das tutelas estatais cujas necessidades, portanto, se amplificam em espantosa velocidade.

Daí a necessidade de crescentes meios em dimensão compatível a fazer face a todos os serviços que essa dinâmica impõe, entre o mais, pelo continuado aperfeiçoamento referente à informática, bem assim com a progressiva implementação de formas alternativas de solução dos correspondentes conflitos, casos, por exemplo, de conciliação e mediação.

Tenho ainda presente: como a vida é de ser recriada a cada momento: recomeço hoje como se fosse o primeiro.

Derradeiramente, são-me referências as seguintes expressões do insigne desembargador José Jorge Tannus ao proferir o respectivo discurso de posse neste Tribunal: "*Não nos atemoriza a dificuldade crescente que o Juiz vai encontrando ao galgar os postos mais elevados da carreira, pois sabemos que vamos poder mirar, sempre, no exemplo daqueles que nos precederam e que já deram ou vem dando as primícias de seu labor incansável e a luz fulgurante de seus espíritos devotados à missão de julgar*" [6].

Tudo que puder continuarei fazendo para ser digno da investidura, dos eminentes colegas que me antecederam nesta Corte – aos quais reverencio – e da honrosa presença dos senhores nesta cerimônia.

A todos, muitíssimo grato.

Des. José Antonio Encinas Manfré.

LUÍS FERNANDO BALIEIRO LODI (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 18.02.13).

Exmo. Sr. Dr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, em nome de quem, respeitosamente, cumprimento todos os demais integrantes da Mesa.

5 SADEK, Maria Tereza Aina. Obra citada, páginas 393, 396 e 397.

6 RITJESP: 88, 481.

Senhores Desembargadores, Juízes, Representantes do Ministério Público, Advogados, Servidores do Poder Judiciário, Senhoras e Senhores.

Tempos atrás uma pessoa me disse que gostaria de conversar comigo para saber o que leva uma pessoa a ser um Juiz; como vem acontecendo já há alguns anos, referida pessoa não teve tempo para escutar a resposta e não voltou mais ao assunto.

E a resposta é simples: Deus, a quem faço o meu primeiro e maior agradecimento.

Só ele pode dividir parte de seus infinitos Poderes com pessoas humanas; deu-nos Deus o Poder de julgar os atos de nossos semelhantes e de curar as almas, faceta esta que não tinha percebido até que ouvi de uma pessoa totalmente leiga a afirmação de que somos "médicos de almas".

O tempo de Magistratura me fez ver quão certa estava aquela assertiva e a chamar a atenção de todos os Servidores que comigo trabalharam e trabalham no sentido de que atrás de cada autos de um processo há pelo menos duas vidas envolvidas, vidas que dependem de uma interferência Estatal que, oriunda de um Poder, tem a força de mudar a própria Sociedade.

Desde cedo, Senhor Presidente, ainda em Lins onde iniciei minha carreira, sob orientação segura dos Drs. Muniz, Antonio Fernando Bittencourt Leão e Edson Mesquita de Paula, percebi que a matéria prima dos Juízes está nas ruas e não nos autos.

Passados estes anos chego a uma conclusão: tive três grandes professoras nesta vida: a Sra. Aura Domingues de Almeida, minha primeira professora, que hoje me dá a honra de estar presente nesta posse, a própria vida, que continua me ensinando diuturnamente, e a Magistratura que agora, embora afastado de um contato direto com partes, com testemunhas, continua me ensinando e mostrando quanto o nosso Poder é vital para a estruturação social e Republicana.

Para isto conto com os ensinamentos dos Eminentes Desembargadores Coutinho de Arruda, Jovino de Silos, José Maria Simões de Vergueiro e Miguel Petroni Neto, com os quais venho e continuarei trabalhando na 16.ª Câmara de Direito Privado: a eles agradeço terem me recebido e aceito.

Devo meus primeiros ensinamentos neste Tribunal aos Eminentes Desembargadores Álvaro Torres Junior, Luiz Correia Lima, Luiz Carlos de Barros; devo muito ao Desembargador Eduardo Siqueira, com o qual iniciamos a trajetória da 37.ª Câmara de Direito Privado.

Agradeço muito aos Desembargadores Tasso Duarte de Melo e Roberto Mac Cracken, que me ensinaram o valor do Quinto Constitucional, trazendo para dentro de nossa Câmara experiências que não vivenciei, realidades que não conheci.

O caminho não é fácil, Senhor Presidente, justamente porque sempre

queremos o melhor, o mais justo; e como é difícil fazer Justiça junto a uma Sociedade que passa por mutações constantes, mudanças nem sempre benéficas; como é difícil fazer Justiça quando se percebe que os valores sociais básicos estão dando lugar a outros não tão nobres. Graças a Deus, num momento de desesperança, contei com o apoio dos Magistrados e amigos Alexandre Malfatti e Aloísio Sérgio Rezende Silveira, aos quais agradeço publicamente.

Quando despedi do nobre e Eminente Desembargador Candido Alem, em sua última sessão antes de sua aposentadoria, disse-me ele: "Lodi, faça Justiça". É esta a nossa função, realmente; dela não podemos afastar porque é este exercício de Poder que a sociedade espera de nós.

Quero agradecer à minha esposa e companheira Tatiana, que sempre esteve ao meu lado, nos momentos fáceis e difíceis da carreira, me apoiando e valorizando a responsabilidade que Deus me outorgou quando tomei posse como Juiz Substituto.

Quero agradecer à minha filhinha, Maria Clara, que com seu amor, com seu carinho, me fortalece na caminhada.

Agradeço aos meus braços, direito e esquerdo, Marco Aurélio, Danielle, Regina, Paula, Dagmar e Alessandra, meus companheiros fiéis de Gabinete: sem vocês eu não teria chegado até aqui, com certeza.

Quero agradecer a este Tribunal, pela liberdade que sempre me deu, para que eu decidisse da melhor forma, de acordo com minha consciência, liberdade esta que faz a Justiça Paulista ser o que é.

Falando em liberdade, Senhor Presidente, e finalizando, agradeço aos meus Pais, Marly e José Lodi, que nunca interferiram em minhas opões, quer pelo Curso Universitário, quer pela escolha da profissão; obrigado, também, pelo apoio que me deram durante estes vinte e sete anos de carreira.

Muito obrigado.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 18.02.13).

Peço licença para, em nome do Presidente Ivan Sartori, saudar todos os presentes, familiares, colegas, funcionários, amigos.

O momento é de regozijo por alçar o patamar máximo da carreira da gloriosa Magistratura Paulista; no entanto, é também de reflexão sobre o momento histórico que atravessamos, de tentativa de avaliação do momento político do poder jurisdicional.

Acesso ao Sumário

A Magistratura Paulista jamais será composta pelo assim chamado "**Juiz de Napoleão**", o juiz que serve o executivo como Napoleão exigia dos juízes; a Magistratura Paulista sempre será o "**Juiz Montesquieu**", sempre será o órgão de poder que zela pelo direito de cada pessoa, por mais humilde; não está aqui para servir o poder de plantão.

Esta introdução é necessária para examinar nosso Judiciário ante o CNJ, órgão constitucional preenchido por nomeação do Executivo, mesmo que indiretamente. Sem esquecer inegáveis boas ações administrativas do CNJ, o que se lamenta é o tratamento que se dá a SP. **SP sozinho responde por mais de 52%** do movimento judiciário do país e tem características próprias que precisam ser cuidadosamente consideradas.

Tome-se apenas como exemplo dos enganos em relação a SP, o que ocorreu recentemente, com 80 juízes aprovados em concurso público, concurso que é por todo pais tido como absolutamente correto, 80 juízes que tiveram sua nomeação suspensa liminarmente por aproximados 6 meses, por decisão isolada de um conselheiro do CNJ, obstando todo o trabalho jurisdicional que prestariam. Ao final, o CNJ determinou aquilo que todos sabiam que seria determinado, ou seja, nomeação de todos os aprovados no árduo concurso de ingresso, repita-se, concurso mais que secularmente respeitado no País todo. Ou, outro exemplo, a campanha midiática desencadeada pela última Corregedora do CNJ com o apoio constante da imprensa para, ao final, chegar-se ao reconhecimento de que SP atuava de forma justa e correta, reconhecimento oficial da própria Corregedora ao finfar seu périplo correcional.

Tudo isso vem em desprestígio da Magistratura, sem que haja qualquer voz que se levante em favor das garantias que não são da Magistratura e sim, dos jurisdicionados.

A pergunta que se faz é: qual o tipo de Judiciário que SP quer e precisa. Será possível pretender que os juízes sejam tratados como tarefeiros obedientes e silenciosos, submetidos a "escala industrial de produção". Aliás, durante a execração midiática dos últimos anos, apenas a AASP é que se levantou, dizendo em um editorial de seu prestigioso boletim, que não se pode exigir **"produção a todo custo"** na atividade do juiz, certamente lembrada que o ato de julgar é ato de ponderação, é ato que pode mudar toda uma vida, toda uma história, toda uma sociedade. Os juízes de SP estão no limite da pressão e no limite do trabalho, quem conhece o judiciário paulista sabe disto.

Acesso ao Sumário

Fica aqui um brado de alerta contra a tentativa de transformação dos juízes em empregados do executivo. Os juízes são empregados sim, mas do povo e o povo precisa saber que o enfraquecimento do judiciário coloca em risco a garantia do direito de cada um.

Fica aqui o apelo para que todas as pessoas de consciência do nosso

glorioso Estado de São Paulo, para que as prestigiosas OAB, AASP, IASP, não se esqueçam que, entre os bens imprescindíveis deste nosso Estado, estão a correção, o preparo, a integridade, a operosidade e a honestidade de sua Magistratura, que está sempre alerta para o aperfeiçoamento de seu corpo de juízes.

Agradeço a todos os presentes, abraço meus diletos amigos de jornada, os Des. Encinas Manfré, Paulo Pastore, Balieiro Lodi e meu querido amigo, o competente, correto, dedicado e polêmico Des. Luiz Beethoven, tão polêmico que nem compareceu a esta cerimônia.

E agradeço, finalmente ao nosso querido **amigo e Presidente Des. Ivan Sartori** que com sua energia jovem, sua coragem, sua dedicação diuturna e sua inquebrantável vontade de servir o povo paulista, está sabendo conduzir a Magistratura Bandeirante com absoluta maestria nestes tempos de apreensão e de expectativa.

PAULO PASTORE FILHO (Juiz Substituto em Segundo Grau) - Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome - (Sessão solene de 18.02.13).

Exmo. Sr. Presidente deste E. Tribunal na presença de quem, peço vênia, para cumprimentar todos os demais Desembargadores e autoridades presentes.

Vinte e seis anos foi o tempo para chegar ao topo de minha carreira como magistrado.

Por óbvio não cheguei a este ponto sozinho, porque o nosso crescimento e a nossa evolução ocorrem por meio de nossos semelhantes, pela convivência e pelas experiências que elas proporcionam.

Hoje, portanto, mais do que qualquer discurso sobre a dimensão histórica do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e de ser seu integrante, o momento, a meu ver, é de externar profunda gratidão.

Gratidão aos excelentes colegas que compuseram do Primeiro Tribunal de Alçada e aqueles que compõem o Tribunal de Justiça pela convivência amena, salutar, instrutiva.

Gratidão aos amigos que granjeei na magistratura, seja pelo apoio nos momentos difíceis, seja pela alegria compartilhada da companhia diária.

Gratidão aos amigos de fora da magistratura hoje aqui presentes, compartilhando comigo a felicidade de um momento ímpar de minha vida.

Gratidão aos funcionários de meu gabinete, igualmente meus grandes amigos, Daniela, Renata, Celso, Magarete, Roberto e Marcelo, que tornam o trabalho diário tranquilo, eficiente e produtivo.

Gratidão aos meus irmãos, especialmente ao meu irmão Paulo Eduardo, pelas lições de amor incondicional e por dividir comigo as amarguras do

Acesso ao Sumário

crescimento, pelas frases inspiradoras e pelo exemplo de coragem.

Gratidão à minha mãe não só pela minha existência, mas pelas lições de força, de amor, de alegria e de confiança na vida.

Gratidão ao meu filho Daniel e minha nora Suzana, meus super-heróis, que possuem o poder incrível de transformar minhas tristezas e dores em alegria e esperança, especialmente, agora, com uma arma poderosa chamada Helena.

Gratidão à minha esposa, Vaneide, que já por trinta e seis anos reaviva em mim o meu melhor e me ajuda na correção do meu pior.

Deus não poderia ter colocado anjo melhor em minha caminhada.

A todos o meu muito obrigado.

Acesso ao Sumário