REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 23 – ANO 4

SETEMBRO E OUTUBRO DE 2017

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 23
b) Apelações 104
c) Embargos de Declaração 368

Seção de Direito Público:

a) Ações Rescisórias 383
b) Agravos de Instrumento 386
c) Apelações 432
d) Apelações/Reexames Necessários 508
e) Conflitos de Competência 550
f) Embargos de Declaração 554
g) Reexames Necessários 558

2- Jurisprudência Criminal:

a) Apelações 578
b) Embargos Infringentes e de Nulidade 640
c) *Habeas Corpus* 645
d) Mandados de Segurança 667
e) Recursos em Sentido Estrito 683
f) Revisões Criminais 688

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 725
b) Agravos Regimentais 760
c) Arguições de Inconstitucionalidade 775
d) Conflitos de Competência 784
e) Dissídios Coletivos de Greve 844

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 849
b) Apelações/Reexames Necessários 868
c) Conflitos de Competência 879
d) Conflitos de Jurisdição 897
e) *Habeas Corpus* 902

5- Câmara Especial de Presidentes 910

6- Conselho Superior da Magistratura 945

7- Noticiário 960

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

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

Palácio da Justiça, Rua Onze de Agosto, s/nº, 1º andar
sala 114, São Paulo-SP, 01018-010
Telefone (11) 3117-2801
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano IV, n. 23, set./out. 2017 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2017.

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 PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BARTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
FRANCISCO Antonio CASCONI
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
ADEMIR de Carvalho BENEDITO

PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho
SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
ALEX Tadeu Monteiro Zilenovski

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Manuel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JÚNIOR**
Desembargadora DORA APARECIDA MARTINS**
Desembargador RENATO GENZANI FILHO**

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI (Presidente)
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO (Vice-Presidente)
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho (Presidente da Seção de Direito Criminal)

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

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

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

Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO***
Desembargadora CHRISTINE SANTINI
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA*

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

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS***
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES*

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

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

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI***
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA***
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA DISPONÍVEL)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO***
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargadora FERNANDA GOMES CAMACHO**

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

Desembargador VITO José GUGLIELMI***
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY MOREIRA FARRAPO**
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**
Desembargador RODRIGO NOGUEIRA*

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

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

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR***
Desembargador LUÍS MÁRIO GALBETTI
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIRÓZ GOMES**

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

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL***
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargador ALEXANDRE COELHO**
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER**
Desembargadora MÔNICA RODRIGUES DIAS DE CARVALHO*

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

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

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador José Carlos COSTA NETTO***
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargadora MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA*

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

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador RONNIE HERBERT BARROS SOARES*

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

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

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO MARINO NETO
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargadora CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI*

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 612/616)

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

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho Silva da Fonseca
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva***
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI***
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargador MAURICIO PESSOA

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 EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargadora LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros***
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes***
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

18ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira***
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MARIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO***
Desembargador ROBERTO MAIA Filho
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS*

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622 OU 510)

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

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR***
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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 SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

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 SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SÉRGIO SEIJI SHIMURA***

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

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador WALTER Rocha BARONE***
Desembargadora JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO
Desembargadora SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

25ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI

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

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

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

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

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT***
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador MARCOS GOZZO*

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

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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

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

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

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

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

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERCEIRA-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 ADILSON DE ARAUJO
Desembargador CARLOS NUNES Neto***
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS*

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

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA***
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (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 MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA***
Desembargador TERCIO PIRES**

34ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador CARLOS VIEIRA VON ADAMEK**

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

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

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME***
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

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

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

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

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

Desembargador SÉRGIO GOMES***
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

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

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 4ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 737/2016)

28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**

29ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI***
Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA

30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA***
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**

32ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES***
Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

33ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI***
Desembargador ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

34ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

35ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU Jorge FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes

36ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS***
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI

38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador HUGO CREPALDI Neto
Desembargador LUÍS FERNANDO NISHI
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

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 — 10:00 horas — PJ)

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

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

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE***
Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI

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

Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS***
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA
Desembargador LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA***
Desembargador FERNÃO BORBA FRANCO**

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

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

Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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

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

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

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

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

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

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI***
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

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

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

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OSVALDO José DE OLIVEIRA
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE***
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

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

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO***
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador RAUL JOSÉ DE FELICE
Desembargador ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (sala 211 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO***
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
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 ALDEMAR José Ferreira da SILVA***
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO
(Resolução nº 737/2016)

10ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

11ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior***
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO

12ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA

13ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT***
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

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

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (salas 227/229 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador Luis FERNANDO NISHI***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ***
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2ª Câmara de Direito Criminal (salas 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargador SILMAR FERNANDES
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES
Desembargador Antônio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
Desembargador AIRTON VIEIRA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:30 horas — PJ)

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargadora IVANA DAVID**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN***
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador JUVENAL José DUARTE
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO**

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva***
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargador MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

7ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO***
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS
Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN***
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JUNIOR
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
Desembargadora ELY AMIOKA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/506)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

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

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA
Desembargador PAULO Antonio ROSSI***
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

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

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO***
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA***
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220 OU 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador José Ruy BORGES PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO
Desembargador Gilberto LEME Marcos GARCIA***
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 737/2016)

9ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE***
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargadora IVANA DAVID**

11ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES***
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

12ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

*** — 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)

Kenarik Boujikian
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 Aparicio Coelho Prado Neto
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio

Rosangela Maria Telles
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloisa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
Sérgio Mazina Martins
João Batista de Mello Paula Lima
Sérgio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Euripedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Correa da Silva
Carmen Lucia da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Silvia Maria Facchina Esposito Martinez
Ely Amioka
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes
João Antunes dos Santos Neto
Fernanda Gomes Camacho
Afonso de Barros Faro Júnior
Antonio Carlos Alves Braga Júnior
Gilberto Ferreira da Cruz
Dora Aparecida Martins
Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho
Antonio Luiz Tavares de Almeida
Kleber Leyser de Aquino
Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes
Renato Genzani Filho
Jaime Ferreira Menino
Ana Maria Alonso Baldy Moreira Farrapo
Rodolfo Pellizari
Daniela Ida Menegatti Milano
Clara Maria Araújo Xavier
Fernão Borba Franco

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2114855-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante VITHAL PRODUTORA DE VÍDEOS LTDA., é agravada GLAIZER GIMENES GARCIA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.178)**

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

São Paulo, 29 de agosto de 2017.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. Agravante registrada com o mesmo nome fantasia, mesmo objeto social e mesmo endereço da executada. Continuidade da atividade empresarial pelo mesmo sócio. Nítido caráter fraudulento que justifica a inclusão da agravante no polo passivo da demanda. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se o agravante contra decisão proferida pela Doutora *Adriana Gatto Martins Bonemer* que, em ação de indenização por danos morais, rejeitou sua impugnação ao cumprimento de sentença e deferiu o pedido de pesquisa via *Infojud, Renajud* e *Bacenjud*, com o respectivo bloqueio de valores e bens encontrados em nome da agravante.

Acesso ao Sumário

Sustentou, no recurso, que a agravada ajuizou ação de indenização contra *Nova TV* e seus sócios; que, em fase de cumprimento de sentença, foi citada para integrar o polo passivo da demanda; que a sentença condenatória foi proferida em abril de 2012; que os débitos oriundos da condenação não estavam contabilizados; que não pode responder pela obrigação fixada na sentença.

Indeferida a antecipação da tutela e dispensadas as informações, os agravados responderam ao recurso e pediram a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização que, em fase de cumprimento de sentença, reconheceu a sucessão de empresas entre a executada "*Nova TV*" e a agravante "*Vithal Produtora de Vídeos Ltda.*", determinando sua inclusão no polo passivo da demanda.

A decisão agravada rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença ofertada pela agravante, nos termos seguintes:

"Vistos.

Fls. 508/512: Trata-se de impugnação ao cumprimento de sentença oposta por VITHAL PRODUTORA DE VÍDEOS LTDA alegando, em síntese, que, em 04 de novembro de 2014, firmou contrato com a empresa NOVA TV PRODUÇÕES INDEPENDENTES LTDA para transferência das quotas sociais; que no contrato firmado entre as empresas, constou que todas as obrigações e créditos da NOVA TV PRODUÇÕES LTDA seriam única e exclusivamente da vendedora (cláusula nº 4); que a sentença foi proferida no dia 26/04/2012, o que demonstra que a dívida já existia quando da assinatura do contrato; que a empresa impugnante passou a existir apenas em 25/03/2015, e que, na realidade, houve um trespasse e não transferência de cotas, tendo em vista o encerramento das atividades da empresa NOVA TV; que o débito proveniente da condenação da NOVA TV não foi contabilizado, razão pela qual não é responsável pela execução. Requereu a sua exclusão do polo passivo da ação, bem como a inclusão dos sócios da empresa NOVA TV, Sr. PLÍNIO AUGUSTO LEMOS JORGE e ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE, no polo passivo da ação, pois deram baixa na empresa, em 22/05/2015.

O contrato de compra e venda, assinado em 04/11/2014, firmado entre PLÍNIO AUGUSTO LEMOS JORGE e ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE com VICTOR DO COUTO ROSA, não foi registrado, constando, apenas, o reconhecimento, por semelhança, das assinaturas de VICTOR DO COUTO ROSA e da testemunha EINAR DO COUTO ROSA (fls. 520/521).

Manifestou-se a impugnada (fls. 529/533) alegando que não foi comunicada sobre a transferência das empresas, o que invalida o negócio firmado entre as empresas, conforme artigo 1.145, do Código Civil. Requereu a pesquisa, via Infojud, Renajud e Bacenjud, com o respectivo

Acesso ao Sumário

bloqueio de valores e bens em nome do impugnante. Requereu, ainda, a expedição de ofício ao CIRETRAN para que informe a relação de veículos registrados em nome da impugnante, nos últimos dois anos, para aferição de tentativa de dilapidação do patrimônio.

É o relatório. DECIDO.

A impugnante é parte legítima, pois o contrato entabulado com a empresa devedora não foi registrado perante o Registro Público. Para que a venda do estabelecimento comercial seja formalizada, e tenha validade perante terceiros, é indispensável a observação de diversos requisitos legais, dentre os quais os determinados no artigo 1.144, do Código Civil: 'O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Ademais, não consta que a empresa devedora tenha deixado bens suficientes para saldar a dívida, de modo que a empresa adquirente responde pelos débitos da empresa sucedida. Nesse sentido, prevê o artigo 1.145, do Código Civil: 'Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Por fim, eventual legitimidade dos sócios da empresa devedora para figurar no polo passivo da execução não afasta a legitimida da empresa impugnante, que ademais não detem legitimidade para pleitear a inclusão dos sócios da empresa devedora no polo passivo.

Pelo exposto, rejeito a impugnação. Em razão da sucumbência, a parte impugnante arcará com custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da parte exequente, que arbitro em R$ 900,00, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

Fls. 524/526: a impugnação está prejudicada, pela preclusão consumativa.

Fls. 532: defiro integralmente.

Providencie a Serventia.

Int."

Na hipótese dos autos, as quotas da empresa executada *Nova TV* foram transferidas para *Victor do Couto Rosa* (fls. 44/45), que procedeu a sua baixa (fls. 22), e registrou, com o mesmo nome fantasia - NOVA TV -, objeto social e endereço da executada, a empresa *Vithal Produtora de Vídeos Ltda.*, ora agravante (fls. 23).

Em que pesem os argumentos da agravante, tudo leva a crer que, mesmo após a baixa da empresa executada, sua atividade empresarial teve continuidade, no mesmo estabelecimento comercial e pelo sócio adquirente das quotas da

Acesso ao Sumário

NOVA TV, agora, através da empresa agravante.

A agravante, na qualidade de sucessora, adquirente do estabelecimento comercial da executada, sub-roga-se nas obrigações da empresa sucedida, o que justifica sua inclusão no polo passivo da demanda, bem como, a determinação de busca e constrição de seus bens, nos termos do artigo 1.146 do Código Civil.

Vale notar que a dívida executada é decorrente de sentença proferida em 26.04.2012, e, ainda que não estivesse contabilizada, responde o adquirente e sucessor da empresa.

Por fim, a imposição de penalidade por litigância de má-fé pretendida pela agravada não se justifica, na medida em que a conduta lesiva que deve receber a punição é aquela inspirada na intenção de prejudicar, situação que não se caracterizou na hipótese.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso para manter a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045243-40.2017.8.26.0000, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que são agravantes MARIA XIMENDES DOS SANTOS e LEONIDAS FERREIRA DOS SANTOS, são agravados FLAVIO ALVES CAMARGO, MARIA DE OLIVEIRA CLARO, MARIO MARTINS CLARO, MARIO RUBENS MURGO, RAFAELA MOINHOS, ILDA MARIA CEZARINO MONTEIRO, JULIANA MARIA MONTEIRO CAMARGO, MUNICIPIO DE LUTÉCIA, CEZARINO BATAGINI - ESPOLIO, CLEIDE MARIA MORRO AFONSO e AUGUSTO AFONSO FILHO.

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 28.618)**

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

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: USUCAPIÃO-ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - MEMORIAL DESCRITIVO

GEORREFERENCIADO - Imprescindibilidade da certidão técnica de individualização do imóvel em observância ao princípio registral da especialidade - Existência de interesse público que justificou a alteração da Lei 6.015/73, com a introdução do § 3º ao art. 255 - Lei nº 10.261/2001 - Existência de previsão legal de isenção aos serviços técnicos necessários para áreas inferiores a quatro módulos fiscais - Autores que se enquadram como destinatários da benesse, limitada a produção da prova referida - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Ximendes dos Santos e outro contra a r. decisão digitalizada às fls. 29, que indeferiu pedido de concessão da justiça gratuita para a realização do georreferenciamento.

Aduzem que ao procederem ao levantamento dos custos na realização do georreferenciamento constataram um valor excessivamente alto para suportarem com os proventos de aposentadoria que recebem junto ao INSS, de aproximadamente 3,5 salários mínimos, razão pela qual pleitearam o benefício da assistência judiciária apenas para o ato. Salientam que a decisão de indeferimento tomou por base a declaração de renda apresentada há mais de dez anos, que não mais reflete sua situação econômica, inexistindo nos autos elementos que indiquem a suficiência de recursos. Pontuam que a contratação de advogado não afasta o benefício.

Invocam a isenção dos custos financeiros garantida por lei a todos os proprietários de imóveis rurais que possuam áreas não superiores a quatro módulos fiscais, a teor do disposto no art. 8º, "caput", §1º e §2º do Decreto nº 4.449/02, que regulamenta a Lei nº 10.267/01, que alterou os artigos 176 e 225, §3º da Lei nº 6.015/73.

Discorda da necessidade de remessa às visas próprias para ajuizamento de ação com fito de assegurar o direito à isenção, já previsto em lei, considerando a decisão desarrazoada neste ponto e contrária ao princípio da economia processual.

Postula o provimento do recurso e a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para o fim de ser o georreferenciamento realizado através de perícia custeada pelo Estado (fls. 01/10).

Recurso devidamente instruído. Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição. Prescindíveis providências outras, passa-se ao julgamento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Com efeito, como bem pontuou o Magistrado, a cópia das declarações de rendas apresentada não se coaduna com a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, haja vista a existência de bens. Alegam os recorrentes que as declarações são antigas e não correspondem à situação atual, mas não juntam comprovantes recentes dos bens e direitos, demonstrando apenas o recebimento dos proventos beneficiários atuais. É fato que a existência de bens pode demonstrar patrimônio que não condiz com os rendimentos declarados, e por isso a omissão não afasta a possibilidade de outras fontes de renda.

No entanto, razão assiste aos agravantes quanto a isenção concedida a detentores de área inferior a quatro módulos fiscais.

Dita a Lei nº 6.015/73 no art. 225 a necessidade de certificação administrativa pelo INCRA, através da apresentação de memorial descritivo georreferenciado (Sistema Geodésico Brasileiro) para correta descrição e delimitação do imóvel, visando maior segurança registral e evitar sobreposições de áreas.

Mostrando igual preocupação na individualização do registro imobiliário, da mesma forma o dispôs o art. 9, § 9º do Decreto nº 4.449/02, a saber:

> "*Art. 9º. A identificação do imóvel rural, na forma do §3º do art. 176 e do §3º do art. 225 da Lei nº 6.015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.*
>
> *(...)*
>
> *§9º. Em nenhuma hipótese a adequação do imóvel às exigências do art. 176, §§ 3º e 4º, e do art. 225, § 3º, da Lei nº 6.015, de 1973, poderá ser feita sem a certificação do memorial descritivo expedida pelo INCRA*"

Assim, em observância ao princípio registral da especialidade, imprescindível seja o imóvel devidamente identificado, especialmente nas ações de usucapião por tratarem modo de aquisição originária da propriedade.

À vista do interesse público envolvendo a questão, e face a exigibilidade imediata, sobreveio alteração da Lei dos Registros Públicos com a edição da Lei nº 10.261/2001, que concedeu isenção do custo financeiro referente aos serviços técnicos para a realização do memorial de identificação, aos imóveis com áreas inferiores a quatro módulos fiscais, perante mera declaração de identificação do imóvel rural, a saber:

> *Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos,*

Acesso ao Sumário

as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se essa fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. (Renumerado do art. 228 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

(...)

§3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, ***garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais***. (Incluído pela Lei nº 10.267/01). (g.n.).

Na mesma linha de raciocínio, dispôs o art. 8º da Lei 4.449/02:

Art. 8º. Os custos financeiros de quem tratam o §3º do art. 176 e o §3º do art. 225 da Lei nº 6.015, de 1973, compreendem os serviços técnicos necessários à identificação do imóvel, ***garantida a isenção ao proprietário de imóvel rural cujo somatório das áreas não exceda a quatro módulos fiscais****. (g.n.).*

Destarte, prevista a isenção de custas para a efetivação do memorial georreferencial, garantida pela Lei de Registros Públicos, o Juiz pode concedê-la nos termos da lei, sem necessidade de interposição de ação própria para garantia de direito reconhecido.

Conclui-se que a isenção se aplica *a todos* os proprietários de áreas não superiores a quatro módulos fiscais.

No mais, frisa-se que os autores postularam a gratuidade apenas ao ato relativo à perícia, possível de acolhimento à luz do art. 99, §5º do CPC.

Na esteira do entendimento esposado, e considerando a área a ser usucapida, forçoso reconhecer que o caso se enquadra na situação da isenção, impondo-se o acolhimento do reclamo.

Confira-se, a respeito, o posicionamento jurisprudencial desta E. Corte:

"USUCAPIÃO - MEMORIAL DESCRITIVO GEORREFERENCIADO - Necessidade para identificação do imóvel usucapiendo - Parte beneficiária da assistência judiciária gratuita - Área do imóvel inferior a quatro módulos fiscais - Isenção de custos financeiros assegurada - Decisão parcialmente reformada - Agravo Parcialmente Provido." (2ª Câmara de Direito Privado; Relator: Giffoni Ferreira; Comarca: Piedade; j. 16/09/2014).

"Usucapião extraordinário rural - Determinação de providência de

Acesso ao Sumário

regularização do memorial descritivo sob pena de extinção e desprovimento do pedido de expedição de ofício ao INCRA - Necessidade de memorial descritivo nos termos do art. 225, § 3º da Lei 6.015/73 - Isenção de custas aos proprietários de imóveis de até quatro módulos fiscais, e que compreendem os serviços técnicos necessários à identificação do imóvel - Autor que se enquadra no requisito para benefício da gratuidade - Recurso provido." (9ª Câmara de Direito Privado; Relator: João Carlos Garcia; Comarca: Socorro; j. 21/09/2010).

"USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL - Determinação de providência de regularização do memorial descritivo - Extinção decorrente da demora, diante de dificuldade financeira - Necessidade de memorial descritivo nos termos do art. 225, §3º da Lei 6.015/73 - Isenção de custas aos proprietários de imóveis de até quatro módulos fiscais, e que compreendem os serviços técnicos necessários à identificação do imóvel, conforme Decreto nº 4.449/2002 - Autor que se enquadra no requisito para benefício da gratuidade - Sentença anulada para fins de possibilitar regular instrução do feito - RECURSO PROVIDO." (7ª Câmara de Direito Privado; Relator: Elcio Trujillo; Comarca: Taubaté; j.08/04/2009).

"Usucapião extraordinária. Exigência de memorial descritivo e georreferenciamento do local para identificação precisa do imóvel. Isenção de custas garantida aos proprietários de área não excedente a quatro módulos rurais. Inteligência do art. 225, § 3º da Lei nº 6.015/1973 c/c art 9º, §9º do Decreto n. 4.449/2002. Assistência judiciária gratuita concedida aos autores. Perícia que deve ser custeada pelo Estado. Decisão reformada em parte, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (6ª Câmara de Direito Privado; Relator: Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; j. 03/04/2014).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento ao recurso para reconhecer que os autores possuem o direito de isenção para o ato processual consistente na realização do memorial descritivo georreferenciado, a ser custeado pelo Estado, concedendo-lhes os benefícios da assistência judiciária em relação ao ato.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215775-81.2016.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que é agravante LADY ANNE DA SILVA NASCIMENTO, é agravado ASSOCIAÇÃO RESIDENCIAL ECOLÓGICA PATRIMÔNIO DO CARMO AREPC.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20379)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 26 de setembro de 2017.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. SUBSTABELECIMENTO SEM RESERVA DE PODERES EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VERBA PERTENCENTE AO ADVOGADO SUBSTABELECENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Decisão que, nos autos de "ação de cobrança" movida pela Associação agravada, após ter a agravante iniciado o cumprimento de sentença para a execução dos honorários de sucumbência, dispôs que a advogada exequente não faz jus ao recebimento de honorários referente à fase de conhecimento onde a autora foi defendida por outra advogada.

2. Agravante que foi constituída já na fase de cumprimento de sentença e nenhum trabalho desempenhou na fase de conhecimento. Honorários de sucumbência determinados na sentença exequenda que pertencem ao advogado que efetivamente atuou na fase de conhecimento, mesmo que destituído posteriormente. Exegese do art. 23 da Lei Federal n.º 8906/94 e do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (art. 85, § 2º, do CPC/2015). Precedentes.

3. Decisão mantida.

4. Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada à p. 19 (fls. 502 na origem), que, nos autos de "ação de cobrança" movida pela Associação agravada em face de Roseane Ribeiro, após ter a agravante iniciado o cumprimento de sentença para a execução dos honorários de sucumbência,

Acesso ao Sumário

dispôs que a advogada exequente:

> "não faz jus ao recebimento de honorários referente à fase de conhecimento onde a autora foi defendida por outra advogada. Quanto aos honorários referentes a sua participação na fase de cumprimento de sentença, a questão somente será decidida quando houve numerário depositado nos autos passível de levantamento pelos credores, pois, somente nessa ocasião é que será possível valorar a participação de cada advogado na fase de execução. Assim, aguarde-se o momento oportuno para apreciação do pleito de fls. 472/474."

Insurge-se a advogada exequente, aduzindo em suma que: a) embora não tenha atuado na fase de conhecimento, os advogados que representaram sua cliente nesta fase substabeleceram sem reservas os poderes a eles conferidos, de forma que transferiram à agravante parte do direito sobre os honorários de sucumbência; b) possui, assim, legitimidade exclusiva para receber 50% dos honorários fixados pela sucumbência da parte contrária nos autos; e c) a decisão recorrida é contrária à melhor leitura do art. 85, § 14, do CPC/2015.

Recurso processado, sem a concessão de efeito ativo (p. 24).

Contraminuta não apresentada (Certidão de p. 27).

É o relatório.

I) Em que pesem as alegações da agravante, o presente recurso não merece provimento.

Isso porque, o fato de ter havido o substabelecimento sem reserva de poderes pela advogada que representou processualmente a parte vencedora da demanda até o trânsito em julgado da sentença condenatória (Dra. Simone Massenzi Savordelli OAB/SP n.º 183.960), não implica no alegado direito ao rateio dos honorários de sucumbência pela agravante.

II) Ora, conforme se depreende do quanto disposto no art. 23 da Lei Federal nº 8.906/94, os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Ou seja, a verba pertence ao advogado que efetivamente atuou na fase de conhecimento, mesmo que destituído posteriormente.

Ademais, não se pode olvidar que a verba é fixada diante de serviços efetivamente realizados pelo causídico e levando em consideração os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC/1973 (correspondente ao art. 85, § 2º, do CPC/2015), em especial, o grau de zelo do profissional e todo o trabalho por ele desempenhado até a decisão final.

III) No caso, tem-se que a agravante foi constituída quando já iniciada a fase de cumprimento de sentença e nenhum trabalho desempenhou na fase de conhecimento, portanto, não há qualquer fundamento na pretensão de rateio dos

Acesso ao Sumário

honorários sucumbenciais. Em outras palavras, os honorários de sucumbência determinados na sentença exequenda pertencem ao advogado que efetivamente atuou na fase de conhecimento.

IV) Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS RECURSOS ESPECIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. PROCESSO CIVIL. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS.

(...) 6. Havendo mais de um advogado nos autos, sucessivamente e sem vínculo entre si, cada um receberá seus honorários de forma proporcional aos **serviços efetivamente realizados**. 7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no REsp 1255041/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 14/06/2013) - destacou-se

No mesmo sentido, a jurisprudência deste E. TJSP:

"PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS E CONTRATUAIS SUBSTABELECIMENTO NA FASE DE EXECUÇÃO.

1. Advogado que atuou na fase de conhecimento e substabeleceu, sem reserva, seus poderes na fase executiva. **Integralidade dos honorários pertencentes ao substabelecente. Exegese do art. 23 da Lei nº 8.906/09.**

2. Basta que o advogado faça juntar aos autos o contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, para que o juiz determine que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou (art. 22, § 4º). Decisão reformada. Recurso provido" (AI nº 2177899-29.2015.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 09/12/2015) destacou-se

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Insurgência contra decisão que determinou que os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento fossem calculados de forma proporcional, tendo em vista a constituição de novos patronos pelos autores. **Hipótese em que o referido ingresso se deu em fase de execução de sentença. Impossibilidade. Verba pertence ao advogado que atuou na fase de conhecimento. Exegese dos artigos 21 e 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.** Decisão reformada. RECURSO PROVIDO". (AI nº 2058626-56.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 20/10/2015) - destacou-se

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Honorários Advocatícios - Advogado que atuou na fase de conhecimento e substabeleceu, sem

reversa, seus poderes na fase executiva - Execução autônoma dos honorários em relação ao crédito da exequente - Possibilidade - Dicção dos artigos 23 e 24 da lei 8.906/1994 - Decisão reformada - Recurso provido." (AI nº 2160508-61.2015.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Rocha, j. 09/10/2015)

"Agravo de Instrumento - processual civil - honorários advocatícios - substabelecimento sem reservas na fase de cumprimento de sentença - **honorários arbitrados na sentença pertencem ao advogado que atuou na fase de conhecimento como remuneração do serviço profissional então prestado** - constituindo-se novo advogado, a este somente cabem os eventuais honorários da execução, nos termos do parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil - Precedentes - decisão mantida - Recurso não provido" (AI nº 2099909-93.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, 5ª Câmara de Direito Privado, j. em 30/07/2014) - destacou-se

"Agravo de instrumento. Honorários sucumbenciais. Disputa entre advogado que atuou na fase de conhecimento e cliente, que executa a sentença representada por outro causídico. **Verba cabente ao primeiro, nos termos do art. 23 do Estatuto da Advocacia. O substabelecimento sem reservas não tem o condão de transmitir ao substabelecido os honorários sucumbenciais arbitrados, anteriormente, a seu favor. Tais honorários, nesse caso, já integravam o patrimônio do substabelecente.** Agravo desprovido". (AI nº 0032411-82.2012.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 29/01/2013) - destacou-se

V) Conclui-se, assim, que é o caso de integral manutenção da r. decisão recorrida.

VI) Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

VII) Nesses termos, **nega-se provimento ao agravo de instrumento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231780-81.2016.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante ALESSANDRA CALADO TAMANTINI, é agravado LOSCHIAVO ENGENHARIA E EMPREENDIMENTO LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença em ação de obrigação de fazer. Decisão recorrida determina bloqueio de valor depositado em conta poupança. Inconformismo do executado, buscando levantamento integral, pautado na impenhorabilidade da verba constrita, em virtude de seu caráter alimentar. Provimento. Valor bloqueado proveniente de poupança e inferior a 40 salários mínimos. Impenhorabilidade ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Exegese do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alessandra Calado Tamantini contra decisões proferidas pelo E. Juiz de Direito Ayrton Vidolin Marques Júnior, da 1ª Vara Cível do Foro de Caraguatatuba que, no curso de cumprimento de sentença de obrigação de fazer, determinou a penhora de quantia depositada em conta poupança da agravante, indeferindo pedido de reconsideração, nos seguintes termos:

> "Alessandra Calado Tamantini apresentou alegação de impenhorabilidade do valor de R$ 5.877,17, por ter sido bloqueado em poupança e inferior a 40 salários mínimos (fls. 63-64).
>
> Decido.
>
> Em verdade, **não se trata de penhora** em execução por quantia certa, quando então haveria proteção de impenhorabilidade.
>
> O que está ocorrendo é a adoção de **providência assecuratórias** para que se possibilite o **resultado prático equivalente** à obrigação de fazer que

Acesso ao Sumário

não foi cumprida pela executada.

Portanto, os valores não foram penhorados para repasse ao exequente. Foram **arrecadados** para que seja permitido o cumprimento da obrigação de fazer.

(...).

Nesse contexto, **indefiro o pedido** de fls. 63-64." (fls. 24)

"**Vistos. Indefiro** o pedido de reconsideração. Mantenho a decisão nos termos em que proferida." (fls. 105).

A agravante objetiva a reforma da decisão agravada para liberar a conta poupança, determinando-se seu desbloqueio.

Nas razões recursais, defende a impenhorabilidade do valor bloqueado e penhorado pela incidência da regra do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, que determina a impenhorabilidade de valores depositados em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos, montante em que se inseriria a quantia ora discutida. Afirma também que o valor bloqueado seria dotado de caráter alimentar, posto que a impenhorabilidade da conta poupança até o limite de 40 salários mínimos visa salvaguardar as condições de subsistência mínima dos executados.

Recurso recebido e processado com efeito suspensivo parcial, apenas para evitar levantamento de quantia bloqueada.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 118).

Informações não foram prestadas pelo juízo de primeiro grau.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

De fato, o valor bloqueado pelo juízo *a quo* é revestido de impenhorabilidade, posto que proveniente de conta poupança e em quantia inferior a 40 salários mínimos.

Em que pese a justificativa de que tal valor fora arrecadado para possibilitar o cumprimento da obrigação de fazer, sendo efetivamente destinado ao abatimento das dívidas, é certo que possui natureza alimentar, servindo para a subsistência da recorrente, conforme por ela alegada em suas razões. A impenhorabilidade desta espécie de crédito estaria fundamentalmente ligada, portanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Acesso ao Sumário

Essa é a lição de Hermes Zaneti Júnior:

"**A impenhorabilidade é atualmente ligada aos direitos fundamentais. Sua matriz constitucional não é o direito *à* propriedade, mas o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988)** e, além deste, o autorregramento da vontade (direito fundamental civil, *introdução*, 2.1.), a função social da empresa (como desdobramento dos interesses

públicos e dos direitos individuais e coletivos dos empregados), entre outros direitos fundamentais que poderão ensejar impenhorabilidades.

O executado tem seus bens e patrimônios protegidos, na medida em que a legislação estabelece limites à execução para preservação de direitos fundamentais."

(ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 824 ao 925. Coleção comentários ao Código de Processo Civil; v. 14 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 173 - grifo nosso)

No mesmo sentido, também pelo entendimento de impenhorabilidade em casos semelhantes, recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPENHORABILIDADE. DEPÓSITO EM CADERNETA DE POUPANÇA ATÉ O LIMITE DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS**. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. É impenhorável valor depositado em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos, devendo-se ter, quanto a esse comando, interpretação restritiva, admitindo-se, apenas, a mitigação dessa ordem, no caso de pensão alimentícia ou de comprovada má-fé ou fraude, o que não se verifica no caso dos autos. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt no AgInt no AREsp 868809/SE, rel. min. RAUL ARAÚJO, T4 - QUARTA TURMA, j. 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. **REGRA DE IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 833 DO CPC. LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. CABIMENTO.**

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. **Segundo a jurisprudência pacificada deste STJ 'é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda." (REsp 1.340.120/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).**

Acesso ao Sumário

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(REsp 1666893/PR, rel. min. HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, j. 13/06/2017, DJe 30/06/2017)

Logo, inexistindo a hipótese de má-fé ou de desvirtuamento da conta poupança, deve ser conferida a tranquila exegese do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, no sentido de que o saldo de poupança não será objeto de penhora até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, patamar que não foi superado pelo valor depositado, na proporção detida pela agravante.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso, determinado o levantamento da penhora sobre o valor integral depositado na conta poupança.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094105-42.2017.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante MARCONI AMARO DO NASCIMENTO, é agravado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª 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 28893)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPACHO SEM CONTEÚDO DECISÓRIO - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE APENAS SE REPORTOU À DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto pelo autor que visa o levantamento de valores depositados em juízo.

Recurso processado pelo DES. SÉRGIO SHIMURA no impedimento ocasional deste Relator e sem pedido de tutela provisória de urgência.

Decorrido o prazo sem contraminuta.

É o relatório.

Trata-se de ação revisional de contrato bancário em fase de cumprimento de sentença.

O presente agravo foi interposto do seguinte despacho:

"Vistos.

A petição de fls. 273/276 é a mesma apresentada no incidente e já foi apreciada naqueles autos.

Atente-se o autor ao já certificado à fl. 270.

Int." (fls. 276).

Como se vê, não há conteúdo decisório a ensejar a interposição deste recurso.

Pronunciamento judicial, proferido nos autos da ação principal, que apenas se reportou à anterior decisão proferida nos autos do cumprimento de sentença.

Ademais, verifica-se que, a anterior decisão do julgador singular a respeito da matéria recursal foi proferida nos autos do cumprimento de sentença em 17.04.2017 nos seguintes termos:

"(...) Quanto ao pedido de levantamento de valores, manifeste-se o executado. O silêncio será interpretado como anuência ao pedido (...)" (fls. 294).

Ou seja, não se pode nem afirmar que houve lesividade ao recorrente já que seu pedido ainda está pendente de apreciação em primeira instância.

Ademais, qualquer manifestação deste Tribunal acerca do tema ofenderia o duplo grau de jurisdição.

Possibilidade, ainda, de o recorrente renovar a discussão quando o Juiz se pronunciar, de modo concreto, sobre a questão incidental na fase de cumprimento de sentença, que lhe possa causar gravame.

Agravo que, nessas condições, não deve ser conhecido.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032744-24.2017.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante TRANSPORTADORA RIOPARDENSE LTDA., é agravada CGMP - CENTRO DE GESTÃO DE MEIOS DE PAGAMENTO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14619)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: SERVIÇO DE PAGAMENTOS SEM PARAR - Transportadora que o utilizava em modalidade pós-paga - Financiamento das despesas de pedágio pela prestadora de serviços - Análise de crédito que aponta o agravamento injustificado do risco de inadimplência - Inúmeras pendências comerciais, protestos e ações judiciais constantes do extrato do Serasa - Atrasos nos pagamentos anteriores a justificar a alteração da modalidade pós-paga para pré-paga por fato imputável à contratante, ora agravante - Liminar revogada - Agravo de instrumento desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

V i s t o s,

Cuida-se de agravo de instrumento interposto diante da r. decisão copiada nas páginas 40/41 que negou tutela de urgência para manutenção de serviço "sem parar" na modalidade pós pago por se tratar de contrato com prazo determinado e por prever, inclusive, a possibilidade de alteração do limite de crédito do cliente. Tudo mediante prévia e tempestiva notificação.

Aduz a recorrente que haveria imposição de alteração unilateral do contrato que ao invés de permitir o desconto do valor em conta corrente, exige depósito de importância em dinheiro para que o valor dos pagamentos de pedágio sejam abatidos. A mudança traria inúmeros problemas para a agravante

que atua no ramo de transportes. Os créditos seriam mantidos para cada veículo mesmo se não utilizados, havendo valores expressivos. Tal seria excessivamente oneroso e, na discordância, pretende rescindir o contrato. Haveria violação do princípio da boa-fé. Diante do monopólio, não haveria como rescindir. Sempre pagou suas faturas.

Deferida a medida liminar em sede recursal para suspender a alteração da modalidade contratual e de pagamento até apreciação da questão pela Colenda Turma Julgadora (fls. 117).

Em contraminuta, a agravada afirmou que paga os valores dos pedágios devidos pelos clientes ainda que deles não receba no vencimento da fatura. Não atuaria de forma exclusiva ou em sistema de monopólio, podendo as transportadoras utilizar vale-pedágio, propiciando uma alternativa de pagamento. O cliente efetua pagamento mediante débito em conta ou cartão de crédito. Obtém financiamento dos gastos inerentes. O contrato seria válido. Não haveria relação de consumo, posto que não se trataria de destinatário final. A alteração não implicaria em ato ilícito ou abusivo, havendo histórico de inadimplências, havendo ainda indicativos para tanto na análise de crédito. São 16 veículos e o risco da inadimplência é da recorrida. Incontroverso que comunicou com antecedência a alteração do plano de serviços da agravante para "plano empresa pré-automático". A alteração do plano e o estabelecimento do limite de crédito até o montante do pré-pagamento seriam lícitas e com previsão na cláusula 10.5 do contrato entabulado entre as partes. A conta do consumo do contratante seria formada pelo valor do período ou soma os veículos cadastrados, permanecendo disponíveis para utilização sem prazo de validade. Vários foram os períodos de atraso de pagamento que lista, constando ainda inúmeras pendências comerciais (18), protestos (254) e ações judiciais (21) e duas dívidas vencidas no montante de R$ 1.504.138,13. O vale-pedágio pode ser utilizado, possibilitando o pagamento antecipado e a alteração não pode inviabilizar os serviços da autora (fls. 122/141).

É o relatório.

Sem embargo de tratar-se de contrato de adesão e de não estar demonstrado no agravo se os créditos são ou não exigidos por veículos, permitindo, assim, manutenção ociosa de valores à disposição da concessionária que não são utilizados, os contratos são regidos pelo princípio da boa-fé, só se justificando a manutenção da forma de contratação quando as partes não dão causa para a rescisão ou modificação para outra que não implique em risco para a continuidade.

Se alguma delas age de forma a agravar o risco da outra, não se pode dizer unilateral a mudança, mas sim justificada pela alteração das condições que uma delas apresentou à outra no momento da contratação.

Exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as

Acesso ao Sumário

tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato.

Preceitua o art. 422 do Código Civil que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Ora, a recorrente silenciou a respeito da situação financeira que vive e dos diversos atrasos nos pagamentos constantes da longa lista apresentada pela parte contrária.

Da página 133/143 dos autos principais se verifica o extrato do Serasa demonstrando que a recorrente possui realmente 18 pendências comerciais, 254 protestos e 21 ações judiciais, ao que se pode perceber que o risco de financiar os custos de pedágio dos seus veículos tornou-se grande, não se podendo exigir que a seja suportado pela recorrida, o que por si só é causa de revogação da medida liminar concedida e desacolhimento da pretensão recursal, prevalecendo o que foi decidido pelo MM. Juízo de primeiro grau, ao menos nesta fase de cognição sumária.

E a Meritíssima Juíza de primeiro grau bem observou que o contrato comporta rescisão por qualquer das partes mediante aviso escrito à outra, com antecedência de trinta dias (cláusulas 10.1 e 10.2), podendo ser revisto e alterado periodicamente de acordo com a avaliação financeira e ser estabelecido limite de crédito (cláusula 3.4), o que motivou justificadamente a alteração contratual por fato imputável à agravante, não se podendo classifica-la como unilateralmente imposta pela agravada.

Afinal, a vida financeira e o nome na praça em tais condições são impeditivos da obtenção de crédito, não escapando o negócio das partes dessa regra basilar de mercado.

Diante do exposto, cassada a medida liminar, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084077-15.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS - FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS, são agravados MELISSA LEITE DE OLIVEIRA e ML DE OLIVEIRA CONFECÇÕES ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Ação de execução em fase de cumprimento de sentença - Cessão de crédito - Comprovação - Sucessão processual do polo ativo autorizada pelo art. 778, § 1º, III do CPC - Desnecessidade de anuência do devedor. Recurso provido.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão interlocutória de fls. 61 que, em ação de execução de título extrajudicial, em fase de cumprimento de sentença, rejeitou os embargos de declaração opostos contra a decisão copiada às fls. 57, que indeferiu o pedido do agravante para substituir o banco Itaú no polo passivo da execução, sob o fundamento de que a matéria já tinha sido decidida às fls. 243 dos autos principais.

Recorre o agravante (fls. 01/13) pretendendo a reversão da decisão, requerendo a substituição processual, matéria que não se encontra preclusa, e que não pode subsistir o indeferimento pelo MM. Juiz *a quo* da referida substituição, uma vez que foram juntados aos autos documentos que comprovam a referida cessão de crédito. Afirma que a substituição processual é matéria de ordem pública, não podendo o MM. Juiz *a quo* deixar de apreciar o pedido formulado por não ser contemporâneo à lide, e que há autorização legal à substituição do polo ativo da lide pelo cessionário, ora agravante, nos termos do art. 109, §1º do CPC e art. 778, §1º, III do CPC. Subsidiariamente, pede que possa figurar como assistente litisconsorcial, nos termos do art. 109, §2º do CPC.

Recurso recebido, processado e sem resposta (certidão de fls. 245).

É o relatório.

Trata-se de ação de execução de título executivo extrajudicial movida pelo Banco Itaú em face de M.L. de Oliveira Confecções ME e Melissa Leite de Oliveira. Foram apresentados embargos à execução, julgados procedentes, e, posteriormente, apresentada apelação pelo Banco Itaú, com reforma da sentença. Nesse ínterim, ocorreu a cessão do crédito exequendo no processo n° 0074491-

Acesso ao Sumário

89.2011.8.26.0002, sendo certo que, quando da juntada da petição conjunta pelo agravante e pelo Banco Itaú, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de substituição processual, face à ausência de comprovação da cessão do crédito.

Como se denota do Termo de Cessão de Crédito (cópia de fls. 31 e 35), o Fundo de Recuperação de Ativos - Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, ora agravante, adquiriu, em 18/12/2015, o crédito que o Banco Itaú possuía em relação aos agravados.

Demonstrada a transferência do crédito decorrente da obrigação imposta pela sentença proferida na ação originária, deve ser autorizado o ingresso da recorrente no feito, a fim de permitir a satisfação de seu direito.

Com a cessão dos créditos, o Fundo cessionário pode figurar no polo ativo da execução, em consonância com o disposto no art. 778, § 1º, III do CPC: "Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário: (...) III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos".

A regra consagra a legitimidade superveniente do cessionário que adquiriu o crédito exequendo, para figurar no polo ativo da execução.

Cabe observar, ademais, que não se exige a concordância do devedor para que se opere a substituição do polo ativo na execução, conforme precedentes do STJ, a exemplo dos quais se menciona o que segue: "*PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITOS. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. SUCESSÃO PELO CESSIONÁRIO. ANUÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. ARTIGO 567, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. AGRAVO DESPROVIDO. I - Consoante entendimento desta Corte, a teor do art. 567, II, do Código de Processo Civil, é garantido ao cessionário o direito de promover a execução, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos, não se exigindo o prévio consentimento da parte contrária, a que se refere o art. 42, § 1º, do mesmo Código. II - Omissis. III - Agravo interno desprovido.*" (AgRg no REsp 1097495/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 23/08/2012).

Nesse passo, com razão o cessionário que, ao adquirir a titularidade do direito resultante do título executivo, poderá prosseguir na fase satisfativa da ação, em substituição ao exequente/cedente.

Dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 2060838-79.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO VOTORANTIM S/A, são agravados WHB FUNDIÇÃO S/A, TEODORO HUBNER FILHO e MAGALY HUBNER BUSATO.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30892)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: FRAUDE À EXECUÇÃO. Alienação de imóveis de propriedade da codevedora pessoa física. Irrelevância, dadas as peculiaridades do caso, da circunstância de que as transmissões imobiliárias tenham ocorrido em momento precedente à citação dos devedores. Adoção de interpretação mais consentânea com a realidade do mundo moderno, a impor o convencimento de que a regra do inciso IV, do artigo 792, do Código de Processo Civil, deve ser relida à luz dos avanços tecnológicos disponibilizados aos operadores do Direito [peticionamento eletrônico, processo digital, etc.], a permitir que, ao menos para prevenir a prática de fraudes que se prestam apenas a criar empeço à célere solução de ações judiciais em curso, contribuindo exclusivamente para a multiplicação de demandas, em casos como o destes autos, em que está escancarada a ciência dos executados acerca do ajuizamento da execução, a despeito da não formalização da citação, tenha-se por razoável o abrandamento do conceito de litispendência para viabilizar o reconhecimento da fraude à execução, com a finalidade da declaração da ineficácia do negócio espúrio tão somente frente ao credor. Reconhecimento da ineficácia das alienações imobiliárias impugnadas em relação ao exequente.

Acesso ao Sumário

Decisão reformada. Recurso provido.

Dispositivo: deram provimento ao recurso.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 56/57 que, em execução por título extrajudicial, indeferiu o pedido de reconhecimento da verificação de fraude à execução.

Sustenta o agravante, em síntese, que está configurada a fraude à execução, tendo em vista a alienação de três imóveis de propriedade da codevedora Magaly Hubner Busato, sendo que a primeira transferência foi realizada na mesma data do ajuizamento desta execução, ao passo que os outros dois imóveis foram alienados dias depois, resultando assim demonstrado o forte ânimo de blindar o patrimônio dos devedores e frustrar a execução. Pondera que a primeira transferência foi feita por meio de dação em pagamento de dívida da empresa a pessoa jurídica cujos sócios são os advogados das partes, salientando que as outras alienações ocorreram por valores inferiores ao preço de mercado dos imóveis. Aduz mais que estão preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento da fraude à execução, requerendo, por fim, a declaração de ineficácia dos negócios que importaram na transferência da propriedade dos bens imóveis mencionados nas razões recursais.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido, processando-se sem a antecipação da tutela recursal postulada.

É o relatório.

Trata-se de execução por título extrajudicial ajuizada em 27 de novembro de 2015 pelo Banco Votorantim S/A contra WHB Fundição S/A, Teodoro Hubner Filho e Magaly Hubner Busato, por meio da qual postula a instituição financeira receber a importância de R$ 106.394.229,48.

E pleiteia o exequente o reconhecimento da verificação de fraude à execução na hipótese de que cuidam estes autos, em razão da alienação de imóveis pela codevedora Magaly Hubner Busato.

O recurso comporta provimento.

É que do teor da prova documental constante dos autos, vê-se que, na mesma data em que a execução foi ajuizada, o imóvel registrado sob o n. 39.805, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Curitiba, Estado do Paraná, consubstanciado no apartamento n. 62, do Edifício Hyde Park, situado na Rua Alferes Ângelo Sampaio, 2.692, foi objeto de dação em pagamento à empresa Calgary Central de Serviços Ltda. (fls. 73/78), por dívida contraída exclusivamente pela empresa WHB Fundição S/A.

E, ainda, os imóveis registrados sob os números 21.596, do Cartório de

Acesso ao Sumário

Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição Judiciaria de Curitiba, e 4.342, do Cartório de Registro de Imóveis de Pontal do Paraná, foram transmitidos a Adalton de Carvalho, por escrituras lavradas em 02 de dezembro de 2015, ou seja, poucos dias após o ajuizamento do processo executivo.

Isto assentado, bem é de ver que qualquer negócio jurídico que tenha por objeto a alienação de bem de propriedade de um devedor para terceiro denota, em princípio, o propósito de fraudar, até porque a disposição contida no artigo 792, IV, do Código de Processo Civil, é clara ao preconizar que se considera em fraude à execução a alienação ou oneração de bens pelo devedor, quando, ao tempo de sua verificação, tramitava contra ele demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, a par do que, consoante remansoso entendimento jurisprudencial, presume-se, até prova em contrário, a insolvabilidade de quem responde a execução forçada, o que é exatamente a hipótese destes autos.

Cumpre anotar que, conquanto as transferências dos imóveis tenham ocorrido antes da citação formal dos devedores, da detida análise do conjunto probatório destes autos, indisputável é a conclusão no sentido de que as alienações estão maculadas por fraude bem engendrada pelos devedores, valendo destacar, neste passo, que, nos dias atuais, é possível o monitoramento pelo interessado, em tempo real, mediante simples consulta aos sites dos tribunais, da propositura de qualquer ação, em razão da utilização do peticionamento eletrônico, necessário à tramitação dos processos digitais.

É de realçar que o entendimento [nos tempos da anacrônica tramitação dos processos físicos, quando havia ainda acentuada dificuldade para a obtenção de informações sobre o ajuizamento de ações] no sentido de ser necessária a prévia citação formal do devedor [de molde a documentar o seu conhecimento da existência da ação] para a caracterização da fraude à execução, não pode prevalecer nos dias que correm, tendo em vista que o acesso às informações sobre a distribuição judicial é imediato, não remanescendo dúvida alguma no sentido de que os devedores, na hipótese em apreço, no momento das transmissões imobiliárias impugnadas, já tinham absoluta ciência de que a execução poderia alcançar seus bens particulares.

Bem por isso, conquanto afirmem os executados e a empresa adquirente do imóvel localizado na cidade de Curitiba [no sentido do acolhimento da tese que poderia afastar o reconhecimento da fraude à execução], que as transmissões imobiliárias em apreço ocorreram em momento anterior à citação dos devedores neste processo executivo, o certo é que a caraterística dos negócios e a proximidade entre as datas das alienações dos bens e o dia da propositura da execução, não permitem a existência de dúvida no sentido de que buscaram os agravados blindar fraudulentamente o seu patrimônio, com o nítido propósito de frustrar a execução.

Acesso ao Sumário

Aliás, não fosse pouco crível a justificativa para a coincidência das datas das transmissões imobiliárias impugnadas com o momento do ajuizamento da execução, salta aos olhos e causa muita estranheza o fato de que um dos imóveis, de propriedade exclusiva da codevedora Magaly, tenha sido dado em pagamento de divida contraída exclusivamente pela devedora pessoa jurídica junto à empresa prestadora de serviços da qual constam seus advogados como sócios administradores.

Daí resulta que, especialmente ante a excepcionalidade deste caso, interpretação mais consentânea com a realidade do mundo moderno impõe o convencimento de que a regra do inciso IV, do artigo 792, do Código de Processo Civil, deve ser relida à luz dos avanços tecnológicos disponibilizados aos operadores do Direito [peticionamento eletrônico, processo digital, etc.], a permitir que, ao menos para prevenir a prática de fraudes que se prestam apenas a criar empeço à célere solução de ações judiciais em curso, contribuindo exclusivamente para a multiplicação de demandas, em casos como o destes autos, em que está escancarada a ciência dos executados acerca do ajuizamento da execução, a despeito da não formalização da citação, tenha-se por razoável o abrandamento do conceito de litispendência para viabilizar o reconhecimento da fraude à execução, com a finalidade da declaração da ineficácia do negócio espúrio tão somente frente ao credor.

Em suma, ante a existência de elementos concretos de convicção que indicam o propósito de fraudar, faz-se de rigor o reconhecimento da fraude à execução, por isso que se declara a ineficácia, em relação ao exequente, das transmissões imobiliárias impugnadas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2138183-24.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SAFRA S/A, é agravado YYAMADA S/A COMÉRCIO E INDÚSTRIA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.
MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO - DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO À 7ª VARA CÍVEL DE BELÉM/PA - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO ART. 1.015 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC/2015 - ROL TAXATIVO - TUTELA DE URGÊNCIA - INDEFERIMENTO - PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO, EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA, RESSALVADA DECISÃO JUDICIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO PELO JUÍZO CONSIDERADO PREVENTO - RECURSO IMPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de preceito cominatório, da decisão que, indeferindo tutela de urgência, determinou a redistribuição dos autos à 7ª Vara Cível da Comarca de Belém/PA em razão de conexão com outra ação envolvendo as mesmas partes, rejeitados embargos de declaração.

Diz o agravante que não existe conexão entre esta demanda e ação revisional promovida pela ré, distinta a causa de pedir. Defende a permanência dos autos em São Paulo. Sustenta a presença dos requisitos da tutela de urgência. Pede reforma.

É o Relatório.

Pela sistemática do Novo Código de Processo Civil, caberá recurso de agravo de instrumento apenas de decisões interlocutórias nas hipóteses taxativas a que alude o art. 1.015 e seu parágrafo único do CPC (Nelson Nery Junior, Comentários ao CPC, art. 1.015:3, pág. 2078, RT, 2015).

Assim, o recurso não deve ser conhecido, no que determinada redistribuição da demanda à 7ª Vara Cível da Comarca de Belém/PA, pois tal hipótese não consta do rol taxativo do art. 1.015, do CPC.

Ressalte-se que, porque irrecorrível por agravo de instrumento, não há preclusão, podendo a parte reiterar seus argumentos no juízo para onde destinados os autos.

No mais, explicitadas as razões pelas quais a tutela de urgência poderia confrontar a decisão proferida na ação revisional em curso na comarca de Belém/PA, não cabe, nesse momento, rever a decisão, em nome da segurança jurídica,

Acesso ao Sumário

facultando-se ao interessado reiterá-la perante o juízo considerado prevento, que poderá ratificar a decisão da vara cível de São Paulo ou proferir outra diversa em seu lugar, inclusive quanto à competência, o que se diz à conta da mesma razão de direito que informou o disposto no art. 64, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2049058-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes JULIANA FELIX DOS SANTOS, WAGNER DE JESUS NASCIMENTO e PLANIDRO INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E HIDRAULICAS LTDA., é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Fará declaração de voto o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 2303)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente sem voto), DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 1º de agosto de 2017.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução - Penhora on-line - Bloqueio judicial de valores em conta poupança - Movimentação da conta com saque e gastos não ordinários - Desnaturamento da conta poupança - Proteção legal da impenhorabilidade afastada diante da peculiaridade dos autos- Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Juliana Felix dos Santos e outros contra a r. decisão copiada às fls. 68/69, que: (i) rejeitou o pedido de debloqueio judicial da conta n. 1007185-2, agência 2326 do Banco Bradesco, cuja titular é Juliana Felix dos Santos, e da conta n. 00000775-9, agência 4362 do Banco Caixa Econômica Federal, cujo titular é Wagner de Jesus Nascimento;

Acesso ao Sumário

(ii) determinou o levantamento dos valores constritos em favor do exequente Banco Bradesco S/A, ora agravado.

Liminarmente, requereram a concessão de tutela recursal com a finalidade de liberar imediatamente os valores constritos em suas contas e a concessão de efeito suspensivo para que a r. decisão guerreada não produzisse seus efeitos de imediato.

Os efeitos foram indeferidos às fls. 75/77, vedando-se, todavia, o levantamento das importâncias bloqueadas até o julgamento final desta Colenda 24ª Câmara.

Sobreveio contraminuta às fls. 81/85.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhimento.

Com efeito, às fls. 62/63 dos autos principais, verifica-se que houve ordem judicial de penhora *on line*, por meio do sistema Bacenjud, sobre contas dos agravantes: conta poupança n. 1007185-2, agência 2326 do Banco Bradesco, cuja titular é Juliana Felix dos Santos, e conta n. 00000775-9, agência 4362 do Banco Caixa Econômica Federal, cujo titular é Wagner de Jesus Nascimento.

Apresentada impugnação pelos agravantes com pedido de liberação das contas citadas (fls. 79/86 dos autos principais), restou indeferido o requerimento (fls. 107/108 dos autos principais).

Acerca da conta cujo titular é Wagner de Jesus Nascimento, acertada se mostra a r. decisão agravada, uma vez que, de fato, além de o extrato bancário juntado às fls. 71 não se referir a ela como conta poupança, revela a realização de diversas retiradas dos fundos ali presentes - mais de 20 saques entre dezembro de 2016 e fevereiro de 2017- como se, a bem da verdade, se tratasse de mera conta corrente, o que desnatura a função típica de investimento popular que o legislador objetivou proteger no art. 833, X, do CPC/2015.

Eis a jurisprudência deste Augusto Sodalício, espelhando o mesmo entendimento:

> "***IMISSÃO NA POSSE EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POUPANÇA. DESCARACTERIZAÇÃO. MOVIMENTAÇÃO TÍPICA DE CONTA-CORRENTE. Insurgência contra decisão que indeferiu pedido de liberação de valores bloqueados de poupança por ter constatado movimentação típica de conta-corrente. Decisão mantida. Movimentação atípica da conta que descaracteriza seu caráter de poupança bancária (inaplicabilidade do art. 833, X, CPC). Recurso desprovido***" (AI n. 2130710-21.2016.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 20.08.2016);
>
> "***Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Fase de cumprimento de***

Acesso ao Sumário

sentença - Bloqueio de numerário existente em conta poupança - Extratos que informam movimentação financeira, como se de conta corrente se tratasse - Inaplicabilidade do artigo 833, X, do CPC - Possibilidade de penhora - Agravo provido" (AI n. 2124714-42.2016.8.26.0000, Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 10.08.2016);

"***EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA ON LINE - PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DE VALORES INFERIORES A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS BLOQUEADOS DE CONTA POUPANÇA - DESCABIMENTO NO CASO - A conta poupança é utilizada habitualmente para saques e compras a débito com o cartão magnético, caracterizando-se como conta corrente em razão da desnaturalização do investimento popular, o que a torna penhorável - Precedentes. Recurso desprovido***" (AI n. 2172837-08.2015.8.26.0000, Rel. Des. Walter Fonseca, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 26.11.2015).

O "decisum" hostilizado igualmente se mostra correto no tocante à conta cuja titular é Juliana Felix dos Santos, pois, malgrado denominada conta poupança, não há nos autos demonstrativo algum apontando fosse ela realmente utilizada para tal finalidade.

Curial acrescentar que, concedido o prazo de cinco dias a que a sua titular apresentasse os extratos dos últimos seis meses da conta em questão, de modo a evidenciar o caráter de reserva de capital do "quantum" imobilizado, certo é que tal interregno transcorreu "in albis".

Vale dizer, a agravante não juntou extratos nem quaisquer outros elementos indicativos de que os valores bloqueados sejam efetivamente impenhoráveis, limitando-se a pugnar o levantamento com base na cópia do cartão da conta.

Ressalte-se que os extratos que se encontram nos autos não se referem à supracitada conta-poupança, mas à conta bancária do agravante Wagner de Jesus Nascimento, não tendo, portanto, o condão de corroborar a tese da impenhorabilidade.

Acesso ao Sumário

Ora, a proteção legal não pode subsistir somente pela denominação de "conta poupança", mas sim, pela efetiva natureza alimentar da "reserva" ali mantida pelo pequeno poupador, situação não vislumbrada nos autos.

Na mesma esteira, precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"***EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - Penhora que recaiu sobre valores depositados em conta poupança - Regra de impenhorabilidade, prevista no artigo 649, X, do CPC/73, que não alcança a conta poupança, quando ela é utilizada como se conta corrente fosse - Embargante que, no caso, não comprovou que os valores depositados servem à provisão de suas necessidades mínimas - Recurso fazendário provido***" (TJSP

- Agravo de Instrumento n. 1000214-79.2016.8.26.0400. Relator(a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/05/2017; Data de registro: 09/05/2017);

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CC. COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. Inocorrência. Determinação judicial de juntada aos autos de extrato consolidado da conta bancária dos últimos seis meses anteriores à data do bloqueio. Ausência de cumprimento da determinação. Utilização pelo Executado da conta bancária posteriormente ao bloqueio com movimentação característica de conta corrente, com pagamentos e saque. Impossibilidade de aplicação da proteção da impenhorabilidade prevista no art. 833, X, do Código de Processo Civil. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Decisão mantida, por outros fundamentos. RECURSO DO EXECUTADO NÃO PROVIDO***" (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2246274-48.2016.8.26.0000. Relator(a): Berenice Marcondes Cesar; Comarca: Taboão da Serra; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/03/2017; Data de registro: 29/03/2017)".

Portanto, seja pela desnaturação da conta do agravante, seja pela não comprovação da natureza dos valores depositados na conta da recorrente, afastada a impenhorabilidade contida no art. 833, X, do CPC/2015.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 29216)

Respeitado o entendimento em sentido contrário, diverge-se da Douta Maioria, pelas razões a seguir.

Trata-se de agravo de instrumento tirado de ação de execução, em face da r. decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio judicial das 02 contas poupança, objeto de bloqueio, uma de titularidade de Juliana Felix dos Santos e outra de titularidade de Wagner de Jesus Nascimento, ambos agravantes.

A eminente Relatora entendeu por bem negar provimento ao recurso, para manter a r. decisão agravada, mantendo-se os bloqueios efetivados naquelas contas poupanças, vez que, segundo seu entendimento, a movimentação das contas com saques e gastos não ordinários desnatura a conta poupança.

Respeitosamente, entende-se de forma diversa.

Acesso ao Sumário

Dispõe o artigo 649, X, do ACPC, com correspondência no art. 833, X, do NCPC, ser absolutamente impenhorável, até o limite de 40 salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

Tendo em vista que o salário mínimo nacional atual (2017) é no valor de R$937,00, 40 salários mínimos corresponde a um montante de R$37.480,00.

No caso em epígrafe, há comprovação nos autos de que a conta de titularidade de Wagner Jesus Nascimento é da modalidade poupança, já que o cartão magnético juntado à fl. 67 contém a expressa menção "poupança", e o extrato juntado à mesma fl. 67, revela que o número da conta contém o prefixo "013", que serve para identificação de contas poupança, junto à Caixa Econômica Federal.

O saldo existente na referida conta poupança não excede o limite de 40 salários mínimos, conforme demonstra claramente o extrato de fl. 67, pois em 16.02.2017, o saldo positivo total era de R$7.574,41, sendo, portanto, impenhorável.

O mesmo entendimento se aplica a conta poupança de titularidade da agravante Juliana Felix dos Santos.

O extrato juntado à fl. 66 revela claramente que se trata de uma conta poupança, cujo saldo antes do bloqueio judicial, ocorrido em 18.02.2017, era de R$9.027,00, sendo, portanto, impenhorável.

Sobre a questão, veja-se:

"Agravo de Instrumento 1229950000 - Relator: Des. Pedro Baccarat - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 15/01/2009 - Data de registro: 02/02/2009 - Ementa: Agravo de Instrumento. Execução. Penhora de ativos financeiros existentes em conta-poupança em valor inferior a 40 salários mínimos. Impenhorabilidade absoluta. Inteligência do artigo 649, X, do CPC. Norma que protege interesse de ordem pública, podendo ser alegada e reconhecida a qualquer tempo. Recurso provido."

"Apelação Cível. Ação monitória em fase de cumprimento de sentença. Sentença de extinção nos termos do art. 794, inciso I, do CPC. Decisão que determinou o bloqueio de valores em conta-poupança da autora. Inconformismo. Impenhorabilidade absoluta, nos termos do art. 649, X, do CPC. Liberação. Sentença reformada. Recurso provido. Efeito de apagar o pagamento. Extinção da execução afastada" (Relator(a): Hélio Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/10/2015; Data de registro: 27/10/2015).

Acesso ao Sumário

Não procedem desta forma, os fundamentos da eminente relatora no sentido de que a conta, cujo titular é Wagner, não é uma conta poupança; e que, com relação à conta cuja titular é Juliana, não houve a juntada de qualquer extrato. Como visto acima, há comprovação nos autos, através da juntada de

extratos, de que ambas as contas em questão são da modalidade poupança.

Embora a eminente Relatora tenha fundamentado sua decisão, em jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, a qual entende que a movimentação atípica da conta poupança descaracteriza seu caráter de poupança bancária, o que permitiria a realização de penhora sobre aqueles valores, respeitados os entendimentos em sentido contrário, pensa-se que se a lei não faz distinção com relação à movimentação típica ou atípica da conta poupança, a mesma é protegida pela impenhorabilidade integralmente.

Sobre a questão, veja-se o entendimento do C. STJ:

"REsp 1191195/RS - RECURSO ESPECIAL 2010/0076328-4 - Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Relator p/ acórdão: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147) - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 12/03/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 26/03/2013 - EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. VALORES BLOQUEADOS EM CONTA POUPANÇA VINCULADA A CONTA CORRENTE. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, INCISO X, DO CPC. INCIDÊNCIA. 1. Segundo o art. 649, inciso X, do CPC, a quantia depositada em caderneta de poupança é impenhorável até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos. 2. A intenção do legislador foi a de proteger o pequeno investidor detentor de poupança modesta, atribuindo-lhe uma função de segurança alimentícia ou de previdência pessoal e familiar. 3. O valor de quarenta salários mínimos foi escolhido pelo legislador como sendo aquele apto a assegurar um padrão mínimo de vida digna ao devedor e sua família, assegurando-lhes bens indispensáveis à preservação do mínimo existencial, incorporando o ideal de que a execução não pode servir para levar o devedor à ruína. 4. Tal como a caderneta de poupança simples, a conta poupança vinculada é considerada investimento de baixo risco e baixo rendimento, com remuneração idêntica, ambas contando com a proteção do Fundo Garantidor de Crédito (FGC), que protege o pequeno investidor, e isenção de imposto de renda, de modo que deve ser acobertada pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso X, do CPC. (...)"

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO FINANCEIRA. IMPENHORABILIDADE DO LIMITE PREVISTO NO ART. 649, X, DO CPC. AFASTAMENTO DA CONSTRIÇÃO EM RELAÇÃO AO LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Segundo a jurisprudência pacificada deste STJ 'é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas

Acesso ao Sumário

aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.' (REsp 1.340.120/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1566145/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015).

E ainda, o julgado extraído do comentário nº 12, ao art. 649, *in* "Código de Processo Civil Anotado", de Humberto Theodoro Júnior, 15ª ed., 2011, p. 722:

"O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que são absolutamente impenhoráveis quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, nos termos do artigo 649, inciso X, do CPC" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1096337/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, jul. 25.11.2009, DJe 31.08.2009).

Os valores penhorados nas 02 (duas) contas poupança, portanto, devem ser imediatamente liberados em favor dos agravantes Wagner e Juliana, em razão da proteção conferida pelo art. 833, X, do NCPC, nos termos da fundamentação acima.

Postas estas premissas, pelo meu voto, dava provimento ao recurso, reformando-se a r. decisão agravada.

Salles Vieira, 3º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2123174-22.2017.8.26.0000, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante GILBERTO BONFIM DA COSTA, é agravado AGROMEC JALES AGRÍCOLA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33661)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

IRINEU FAVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de título extrajudicial - Desbloqueio de quantia existente em conta bancária do agravante - Impossibilidade - Não comprovação de que a conta corrente serve exclusivamente para recebimento de verba salarial e que o valor penhorado se destina ao desempenho da atividade profissional e ao sustento próprio e da família - Inaplicabilidade do artigo 833, incisos IV, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão copiada a fls. 37, proferida pela MMª. Juíza de Direito Renata Meirelles Pedreno, que indeferiu pedido de desbloqueio de valores da conta bancária do agravante.

Sustenta o agravante, em apertada síntese, que trabalha como autônomo e o valor bloqueado é absolutamente impenhorável, nos termos do arts. 833, IV, do CPC, pois utilizado para o regular desenvolvimento de sua atividade e também prover o sustento de sua família. Pleiteia o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada.

Recurso tempestivo, instruído e preparado (fls. 40/41).

Denegado o efeito suspensivo (fls. 43), foi apresentada contraminuta a fls. 48/51.

É O RELATÓRIO.

Ressalta-se, de início, que ao presente caso aplicam-se as normas processuais da legislação de 2015, por expressa determinação da regra prevista no artigo 14 do ordenamento processual vigente (Lei 13.105/15).

O recurso, apesar da aparente relevância dos argumentos, não merece prosperar.

Cuida-se de ação de execução de título extrajudicial ajuizada pela agravada, na qual foi bloqueada a quantia de R$ 18.279,51 na conta corrente de titularidade do agravante (fls. 20).

O executado pugnou pelo desbloqueio do referido valor, alegando que é impenhorável, pois proveniente de recebimento de salário e utilizado para desempenho de suas atividades profissionais e ao sustento próprio e da família (fls. 14/18).

A impenhorabilidade alegada foi afastada pelo MM. Juízo “a quo” (fls. 37), sendo este o objeto da insurgência do agravante. Sem razão, contudo.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que a penhora de ativos financeiros, expressamente prevista no artigo 835, inciso I, do CPC, revela-se importante instrumento para garantir a efetividade da execução, ocupando o dinheiro o primeiro lugar na lista de bens penhoráveis feita pelo legislador.

Não se nega que o Código de Processo Civil tem como impenhorável, dentre outros bens, o salário, posto tratar-se de verba destinada ao sustento do trabalhador e de sua família, garantindo-lhes não apenas a sobrevivência mínima, mas também o desfrute de uma vida digna, conforme artigo 833, inciso IV, do CPC.

Colhe-se do extrato digitalizado a fls. 20 que a conta objeto do bloqueio junto ao Banco do Brasil não se trata de conta salário propriamente dita, mas sim de conta corrente, na qual há lançamentos de débitos, créditos e pagamento de conta.

Ademais, as notas fiscais juntadas a fls. 25/32 demonstram apenas que o agravante é produtor rural, e, como bem mencionado pelo Ilustre Magistrado de Primeiro Grau, "(...) *nada elucidam acerca da conta sobre a qual recaiu a penhora ser protegida pelas hipóteses previstas pelo art. 833, I, do CPC, uma vez que inexiste qualquer indicação de que está destinada ao sustento do devedor e de sua família*".

Ainda, é entendimento dessa Relatoria que o salário, após ser depositado em conta corrente do titular, transforma-se em ativo financeiro comum, passível assim das operações regulares de débito e crédito, inexistindo restrição, inclusive, para o bloqueio judicial de valores devidos.

A questão posta pelo agravante até poderia ganhar relevância se a conta em questão fosse destinada exclusivamente ao recebimento de salário, através da qual o titular apenas o recebe e o saca integralmente logo em seguida, o que no caso não se verifica.

Assim, tem-se que a decisão hostilizada se afigura correta, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109385-53.2017.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante FRANCIELI BERWANGER MEDEIROS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado LAURO ALBERTO ULLMAN.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15233)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 18 de setembro de 2017.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Pedido para reconhecimento de fraude a execução - Afastamento, por conta da ausência de anotação da penhora no registro do imóvel - Existência, porém, de indícios de possível má-fé da adquirente, na condição de ex-mulher do devedor, a considerar-se que, quando da partilha de bens formalizada em divórcio, o processo já tramitava, com citação válida - Indício suficiente a autorizar a investigação de possível má-fé - Aplicação de orientações advindas de julgamento do REsp repetitivo 956.943/PR - Pertinente a investigação perquirida - Recurso provido, para anular o r. decisório impugnado e determinar a intimação da adquirente do bem imóvel constrito, nos termos do artigo 792, § 4º, do NCPC.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **Francieli Berwanger Medeiros**, em face de **Lauro Alberto Ullman**, tirado da r. decisão copiada a fls. 91, pela qual o MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Barueri indeferira pedido para reconhecimento de fraude a execução em alienação de imóvel, por conta da ausência de anotação da penhora no registro do bem.

A agravante busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, que o bem constrito fora transmitido integralmente à ex-mulher do executado em ação de divórcio, posteriormente à medida, configurando-se a má-fé. Pede reforma do decisório, ou sua anulação para que seja a ex-mulher intimada nos autos, oportunizando sua manifestação (fls. 01/08).

Não vieram contraminutas (fls. 97), sobrevindo informações do agravante, solicitadas por esta relatoria (fls. 101/102).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, dando-lhe provimento.

Ab initio, disponho que não se apresenta o fenômeno da coisa julgada, em face de decisório anterior que igualmente afastara alegação de fraude, porquanto baseado em alienação de imóvel distinto e sob premissas diversas, na forma aventada em informações que sobrevieram aos autos.

No mérito, parece-nos razoável acolher o pleito alternativo formulado pela agravante, para anulação do r. decisório com fins de possibilitar manifestação da adquirente do bem constrito. Isto porque, a despeito da ausência do registro da penhora, não há como afastar indícios de possível má-fé da adquirente do imóvel, na condição de ex-mulher do devedor, a considerar-se que, quando da partilha de bens formalizada em divórcio, o processo já tramitava, com citação válida.

Consoante artigo 792, IV, do Novo Código de Processo Civil (que repetira o comando do artigo 593, II, da codificação de 1973), considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando, ao seu tempo, "**corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência**".

A existência da execução, por si só, expõe a insolvabilidade do devedor, porque o procedimento forçado não faz sentido em situação de normalidade financeira. D'outro lado, a condição da adquirente, ex-mulher do executado, constitui indício, em nosso ver, suficiente a autorizar a investigação de possível má-fé, requisito hoje tido como indispensável à caracterização da fraude.

Em sede do Recurso Especial Repetitivo que recebera o tema de nº 243, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes orientações:

> **"1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.**
>
> **1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).**
>
> **1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.**
>
> **1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.**
>
> **1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo".**

Acesso ao Sumário

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014).

Como dito, no caso dos autos, há elemento indicativo de possível má-fé, circunstância que aparta o afastamento da fraude por mera ausência de registro da penhora. Nesse passo, tenho por cogente a observância da norma expressa no § 4º do artigo 792 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe, *in verbis*: "**Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias**".

Cássio Scarpinella Bueno leciona que o dispositivo "**impõe o dever de intimação do adquirente para, querendo, apresentar embargos de terceiro, viabilizando, com a iniciativa, o devido contraditório antes do reconhecimento de eventual fraude**" (Bueno, Cassio Scarpinella - Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 487/488).

Por tais razões é que se mostra impossibilitado, nesta seara, o reconhecimento de eventual fraude, eis que pendente o necessário contraditório, apresentando-se razoável franquear tal expediente, no caso específico dos autos.

O d. Juízo "a quo" não observou esta necessidade porque não acolhera o pedido. Respeitado o entendimento, encontro subsídio para aferição de eventual fraude, tendo por pertinente a investigação ora perquirida.

Pelo exposto, por meu voto, **dou provimento ao recurso**, para anular o r. decisório impugnado e determinar a intimação da adquirente do bem imóvel constrito, para os termos do artigo 792, § 4º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007152-75.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante GELOG LOCAÇÕES E TRANSPORTES LTDA., é agravado ITAFÓS MINERAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 24188)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de setembro de 2017.
MARINO NETO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DEVEDOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que determinou a suspensão da execução - Insurgência do exequente - Cabimento - A recuperação extrajudicial da devedora não acarreta a suspensão da execução no presente caso, seja porque não houve a inclusão da exequente na relação de credores, seja porque o plano de recuperação extrajudicial somente produz efeitos após a sua homologação - Inteligência dos artigos 161, § 4º e 165 da Lei n° 11.101/2005 - Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fl. 168 que, na execução de título extrajudicial[1] movida por **Gelog Locações e Transportes Ltda.** em face de **Itafós Mineração Ltda.**, determinou a suspensão da execução, em razão do recebimento do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial da executada, no Juízo de Arraias, Estado do Tocantins.

A agravante requer a reforma da decisão, em razão da inexistência de previsão legal para suspender o trâmite da execução, uma vez que, ressalte-se, não se trata de recuperação judicial, mas na modalidade extrajudicial.

Assim sendo, e tendo em vista que a exequente não fez parte do plano de recuperação extrajudicial, a execução deve seguir normalmente, nos termos do artigo 161, § 4º, do Código de Processo Civil.

Recurso recebido e bem processado.

O v. Acórdão de fls. 177/180, que deu provimento ao recurso, foi anulado pelo v. Acórdão de fls. 490/492, que acolheu os embargos de declaração opostos pelo agravado, tendo em vista a falta de intimação do advogado do agravado para apresentar contraminuta.

A contraminuta foi devidamente apresentada.

É o relatório.

Cuida-se de execução de título extrajudicial movida pela agravante em

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$ 5.199.871,78, em 02/09/2015.

face da agravada, para o recebimento de um crédito no valor de R$ 5.199.871,78, atualizado até agosto de 2015.

No curso da execução, a executada compareceu espontaneamente, colacionando aos autos a cópia do despacho proferido pelo Juízo de Arraias/TO (fls. 149/151), que determinou o processamento do pedido de recuperação extrajudicial e a "*suspensão de todas as ações em trâmite neste juízo (cobranças, execuções e falimentares) movidas por credores quirografários, destacando que esta ação não atinge os débitos oriundos de obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais, com garantia real ou fideijussória, além de eventuais dívidas contraídas após o ingresso do pedido em comento, pelo prazo de 180 dias*".

Ocorre que, a despeito da decisão proferida no Juízo da recuperação extrajudicial, a ordem de suspensão pelo juiz da presente execução não encontra amparo, pelo que deve ser arredada.

Isso porque a executada não logrou demonstrar a inclusão da exequente no plano de recuperação extrajudicial, sendo certo que, nos termos do artigo 161, § 4º, da Lei 11.101/05, "*O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência* ***pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial***" (*g.n.*).

Ou seja, as ações e execuções de créditos não abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial não podem ser suspensas, por expressa disposição legal.

O próprio juiz da recuperação extrajudicial diz que "os requerentes não apontaram a existência de outras [ações e execuções] em jurisdições diferentes" (fl. 152).

Por sua vez, o artigo 165 da Lei 11.101/05 prevê que "*O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial*".

Assim, em suma, seja porque o crédito perseguido pela exequente não foi incluído no pedido de recuperação extrajudicial que, saliente-se, não se confunde com a recuperação judicial; seja porque o plano de recuperação extrajudicial não fora ainda homologado, mas apenas recebido para processamento, não se justifica a suspensão da execução, razão pela qual merece ser arredada a suspensão determinada pela decisão atacada.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima expostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201795-67.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARLENE CUNHA DE ALMEIDA e CRUZILIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. EPP, é agravada ANA CRISTINA DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.182)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Sociedade empresarial. Ação de exclusão de sócio. Improcedência. Pretensão de cumprimento para recebimento de distribuição de lucros pelos últimos dez anos. Ausência de título executivo. Extinção devida. Decisão revista. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu processamento de cumprimento de sentença e mandou intimar as agravantes ao pagamento da quantia indicada. Argumentam as recorrentes porém que a ação foi julgada improcedente em segundo grau, assim que não há haveres a pagar ou verba a título dissolutório da empresa que deva ser satisfeita.

De início indeferida a liminar e determinada a complementação do instrumento, o que se atendeu, depois a liminar se concedeu, processado e respondido o agravo, com informações prestadas pelo Juízo.

É o relatório.

Assente-se, de início, o conhecimento do agravo desde que, mesmo antes da apresentação de impugnação, e malgrado depois apresentada, alegou-se, em real exceção, matéria conhecível de ofício, assim a ausência de título judicial que se pudesse cumprir.

Depois, nem mesmo se suprime grau de jurisdição porque o Juízo, provocado acerca da decisão que mandou processar o cumprimento, com a

Acesso ao Sumário

notícia do agravo, não reviu sua decisão, embora tenha acabado por deferir efeito suspensivo à impugnação.

E, de fato, o cumprimento é inviável, valendo reiterar o quanto já expendido quando deferida a liminar recursal. Com efeito, como se acentuou na ocasião, "*consta pleito de execução do valor de distribuição de lucro pretensamente devido pelo tempo da demanda de exclusão que, afinal, foi julgada improcedente em 2º Grau, mantida a recorrida na sociedade (fls. 186/195). Certo que a agravada ali menciona decisão proferida pelo Juízo, bem o título executivo, mas não se encontrando outra, por enquanto, senão a que acabou revista em 2º Grau.*

E, neste cenário, não se vê, por ora, condenação que aparentemente suporte o pleito que é de cobrança de participação nos lucros. Não se menciona, ao menos em princípio, sequer execução de danos objetivamente resultantes de alguma tutela de urgência deferida. Insista-se, diz-se que se pretende executar sentença, mas que foi - substituída pelo acórdão que a reformou - de improcedência de pedido de exclusão de sócio."

Repise-se que a pretensão inicial era de exclusão da agravada, que se defendeu, mas sem constar manifestada qualquer reconvenção. O pedido veiculado acabou desacolhido neste Tribunal, reformada e, assim, substituída a sentença pelo acórdão de improcedência (art. 1.008 do CPC).

Destarte, as consequências eventuais e danosas decorrentes do pedido formulado e desacolhido em sede própria se devem discutir. Menos ainda cogitável que, nesta sede, a este título a pretexto de cumprir o acórdão, se pretendam dez anos de distribuição de lucros.

Ademais, se houve ou houver outra iniciativa de exclusão, de novo, ação própria se deve ajuizar. Descabe imaginar confronto com razão de decidir de acórdão de improcedência e, sob este pretexto, se veicular pedido de seu cumprimento. O que se cumpre, não é demasiado dizer, é o comando condenatório, não os fundamentos pelo qual se profere sentença declaratória de improcedência (no caso o acórdão, que substituiu a sentença de procedência).

Por fim, igualmente sequer se poderia alvitrar a existência de haveres a postular (nem bem o que se postulou no cumprimento). Se decorrentes da iniciativa anterior da agravante, ela se desacolheu; se decorrente de renovada iniciativa, tal o que se deve debater em nova demanda.

Daí que o agravo colhe, devendo ser extinto o cumprimento, impondo-se a fixação honorária em desfavor da agravada, cabível tanto quanto se acolhe exceção de pré-executividade, como quando se acolhe impugnação (**STJ, Corte Especial, Resp. n. 1.134.186, rel. Mion. Luis Felipe Salomão, j. 01.08.2011**). Os honorários são fixados em R$ 10.000,00, não se justificando adstrição a percentual do valor do crédito alegado, porquanto desarrazoado o resultado, o

Acesso ao Sumário

que se deve reconhecer não só quando ínfimo, mas também como, tal qual na espécie, excessivo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2073205-38.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SONIA MARIA DA CONCEIÇÃO, são agravados INDÚSTRIA ELETRO MECÂNICA LINSA LTDA. - MASSA FALIDA e FERNANDO CELSO DE AQUINO CHAD (ADMINISTRADOR JUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 13.160-JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), HAMID BDINE e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Falência - Impugnação de crédito - Gratuidade judiciária - Indeferimento - Recurso intempestivo - Agravante que se insurgiu somente depois que foi determinado o arquivamento do incidente - Recurso não conhecido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisões proferidas pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital. A primeira delas, em impugnação ao crédito, determinou ao agravante que comprovasse, por meio de documentos, os rendimentos atuais ou a condição de hipossuficiente, sob pena de indeferimento da gratuidade. A segunda indeferiu a inclusão de crédito da agravante no rol de credores, ante a sua inércia em atender comando judicial anterior, determinando-se, por fim, o arquivamento dos autos (fls. 59/61).

A agravante, de início, reconhece que não cumpriu a determinação contida na decisão agravada. Relata que, após, foi proferido despacho, indeferindo a

inclusão de seu crédito ao rol de credores, ante a inércia em atender a decisão recorrida, determinando-se, por fim, o arquivamento dos autos. Sustenta, em suma, que preenche os requisitos para a concessão da gratuidade almejada. Requer a reforma das decisões agravadas (fls.01/06).

O recurso foi originalmente distribuído ao eminente Desembargador Alexandre Lazzarini, que representou à Presidência da Seção de Direito Privado deste Tribunal pela redistribuição, tendo em vista o seu impedimento decorrente da atuação como Juiz no feito originário (fls. 64).

O agravo de instrumento foi redistribuído a este relator, por força da decisão da Egrégia Presidência da Seção de Direito Privado (fls.68).

Foi determinado o processamento do recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 71/73).

Em contraminuta, a agravada requer a manutenção da decisão recorrida (fls. 76/77).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 78).

Foi colhido parecer ministerial (fls. 83/85).

É o relatório.

A agravante ajuizou impugnação de crédito, de origem trabalhista, no âmbito da falência da agravada e requereu a concessão dos benefícios da gratuidade processual, sendo determinada, então, a realização de prova documental do estado de miserabilidade, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da benesse almejada. o que lhe foi negado. Em continuidade, tendo em vista a inércia do autor em atender a determinação, foi proferida decisão indeferindo a inclusão de seu crédito no quadro de credores e remetendo os autos ao arquivo.

Apesar da insurgência da impugnante, o presente recurso não tem condições de ser conhecido.

Da análise dos autos, verifica-se que a decisão que determinou a apresentação de documentos comprovando o estado de miserabilidade da agravante foi proferida em 19 de janeiro de 2017 e sua disponibilização no Diário de Justiça Eletrônico ocorreu em 01 de fevereiro de 2017 (fls. 54/60).

Desta forma, considerando-se que as razões recursais limitam-se a atacar a determinação de produção de prova documental, reiterando o direito à concessão da gratuidade, o presente recurso é intempestivo, pois o prazo para recorrer já foi ultrapassado há muito, ocorrendo a preclusão, porquanto a interposição ocorreu em 24 de abril de 2017 (fls. 01).

Ora, a segunda decisão mencionada que apenas indeferiu a inclusão do crédito da agravante e determinou o arquivamento dos autos, apenas decorreu da inércia da parte em atender comando judicial anterior, razão pela qual o recurso

Acesso ao Sumário

deveria ter sido interposto a partir da primeira intimação.

A intempestividade restou caracterizada, não tendo a segunda decisão proferida provocado a renovação e a reabertura dos prazos recursais.

Ante o exposto, dada hipótese de inadmissibilidade manifesta, o recurso não pode ser conhecido.

Não se conhece, por isso, do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171800-72.2017.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é agravante EDSON DONIZETE GUAREZI, é agravado MARMORARIA CARLOS LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27088)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Justiça gratuita - Indeferimento - Documento que corrobora a hipossuficiência - Gratuidade da justiça acolhida - Contratação de advogado particular que não impede a concessão do benefício - Aplicação da regra do art. 99, § 4º do CPC - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em razão da decisão de fls.14/15, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. José Roberto Lopes Fernandes, que nos autos da ação monitória ajuizada pelo agravante EDSON DONIZETE GUAREZI contra a agravada MARMORARIA CARLOS LTDA.-ME, indeferiu a gratuidade da justiça.

Insurge-se o agravante contra a decisão pretendendo a sua reforma argumentando que com a petição inicial acompanham documentos que

comprovam a necessidade da concessão do benefício da justiça gratuita. Alega que sua renda bruta é inferior a três salários mínimos, critério amplamente utilizado para o deferimento do benefício.

Requer seja dado provimento ao recurso, concedendo-se a gratuidade da justiça.

O agravo foi recebido e processado com atribuição de efeito suspensivo (fls.18).

Não foram recolhidas as custas de preparo.

Sem contraminuta eis que não formada a relação jurídica processual.

É o relatório.

2. O agravo tem como propósito a reforma da decisão a seguir transcrita: "*O art.5º, LXXIV, da Constituição Federal, dispõe 'o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'. A declaração de pobreza, por sua vez, estabelece mera presunção relativa da hipossuficiência, que cede ante outros elementos que sirvam para indicar a capacidade financeira, cabendo nesse caso à parte interessada comprovar a condição de hipossuficiência, sob pena de indeferimento. No caso, afastada a presunção de pobreza pelos indícios constantes nos autos, observando-se a própria natureza e objeto da causa, além da contratação de advogado particular, dispensando o auxílio da Defensoria, a parte interessada não trouxe documentos suficientes para comprovar a impossibilidade de arcar com as custas, despesas processuais e sucumbência. O requerente juntou aos autos extrato bancário incompleto referente ao mês de maio de 2017 (última movimentação em 24.05), donde não é possível verificar o montante efetivamente movimentado, tampouco o saldo das aplicações. Ademais, há notícia de que a parte interessada aufere renda e aplicações financeiras, o que é incompatível com a alegação de pobreza (fls. 08). Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de gratuidade. Outrossim, pelas mesmas razões, fica desde já indeferido eventual pedido de diferimento do recolhimento das custas judiciais, a teor do disposto no art. 5º, da Lei 11.608/03.INTIME-SE a parte demandante para que emende a inicial, providenciando a comprovação do recolhimento das custas judiciais, despesas processuais, bem como da taxa previdenciária relativa à procuração ad judicia, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo, por falta de pressuposto processual, sem nova intimação.*"

O recurso comporta provimento.

A Lei nº 13.105/2015, que introduziu o Código de Processo Civil em vigor desde 18/03/2016, em seu artigo 98 trata da gratuidade da justiça como corolário do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal ("*o Estado prestará*

Acesso ao Sumário

assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.").

O mencionado dispositivo estabelece que a pessoa natural ou jurídica, seja brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça na forma lei.

Porém, a presunção de hipossuficiência não é absoluta, podendo o juiz indeferir o pedido de gratuidade se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais.

Esse entendimento já vinha sendo adotado pelos Tribunais Superiores, conforme jurisprudência abaixo transcrita:

> *"A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de necessitado. É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões, conforme disposto no art. 5º da Lei 1.060/50. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no REsp 984328/SP - Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - STJ 5ª Turma)*

Em que pese a respeitável decisão que indeferiu a gratuidade, a análise do documento apresentado pelo autor, recibo de pagamento de salário (fls.13), que exerce a função de montador, comprova a hipossuficiência alegada.

Os fundamentos da decisão que indeferiu o benefício não permitem a conclusão de que a parte possui condições financeiras de suportar as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Ao contrário, do exame do contexto fático dos autos é possível verificar que o agravante se insere no conceito legal de hipossuficiente. A contratação de advogado particular não impede a concessão do benefício, conforme previsão legal (art. 99, § 4º do CPC).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para acolher o pedido de gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085721- 90.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante HARAS PHILLIPSON LTDA. (FAZENDA ANGÉLICA), é agravado LEONARDO ABREU E SILVA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente), MOURÃO NETO e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Demandante, beneficiário da "Justiça Gratuita", que faz acordo com a corré e as litisdenunciadas, recebendo a quantia de R$ 354.721,68. Corré não sucumbente, que foi reconhecida como parte ilegítima na lide, que formula pedido de revogação da "gratuidade", ante o recebimento da verba indenizatória pelo demandante, para executar a verba honorária na soma de R$ 9.351,82. Indeferimento do pedido de revogação. INCONFORMISMO da corré exequente deduzido no Recurso. ACOLHIMENTO. Agravado que recebeu a quantia de R$ 354.721,68, circunstância suficiente para afastar a necessidade do benefício. Elementos supervenientes que evidenciam a alteração da capacidade econômico-financeira. Caso que comporta a revogação do benefício. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Ação de Reparação de Danos que Leonardo Abreu e Silva de Oliveira moveu contra Fazenda Angélica - Haras Phillipson Ltda. (figurando Itaú Seguros S.A. como interessado e banco Itaú S.A. como assistente), proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos da cópia de fl. 23.

A decisão agravada foi proferida no dia 12 de abril de 2017, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta o Haras agravante, em resumo, que: o agravado Leonardo Abreu e Silva de Oliveira, nascido no dia 28 de fevereiro de 1994 (v. fl. 19), então

Acesso ao Sumário

menor, promoveu Ação Indenizatória contra o Haras agravante e Autoban Concessionária de Sistema Anhanguera-Bandeirantes, com fundamento no acidente que culminou com o falecimento do seu pai (v. fls. 28/34); foi concedido ao demandante, ora agravado, o benefício da "*gratuidade*"; a Ação foi julgada improcedente por sentença confirmada por este E. Tribunal de Justiça, com a condenação do demandante no pagamento de honorária correspondente a quinze por cento (15%) do valor da causa; o demandante agravado e os outros demandados firmaram acordo, que foi homologado nos autos e efetivamente cumprido, culminando com o recebimento da quantia de **R$ 354.721,68** pelo demandante, no dia 29 de junho de 2015; após tomar ciência quanto ao cumprimento do referido acordo, o Haras pugnou pelo início da fase de cumprimento de sentença em relação ao crédito de sucumbência, dada a cessação do estado de hipossuficiência do demandante; o demandante agravado declarou na Declaração Anual de Ajuste à Receita Federal um patrimônio equivalente a R$ 467.430,62, configurando situação financeira avantajada que não pode sustentar a manutenção da benesse da "*Justiça Gratuita*"; a r. decisão agravada indeferiu erroneamente o pedido de revogação da "*gratuidade*" e deve ser reformada (fls. 1/15).

É o **relatório**.

Conforme já relatado, cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Ação de Reparação de Danos que Leonardo Abreu e Silva de Oliveira moveu contra Fazenda Angélica - Haras Phillipson Ltda. (figurando Itaú Seguros S.A. como interessado e banco Itaú S.A. como assistente), proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos seguintes:

> "*Vistos. Fls. 1752/1757: à míngua de elementos consistentes e aptos a ilustrarem a modificação na condição econômico-financeira do requerente, INDEFIRO a revogação dos benefícios da assistência judiciária gratuita, conforme pleiteado. Deverá valer-se o interessado das vias processuais adequadas para seu intento*" ("*sic*", fl. 23).

Ao que se colhe dos autos, o autor Leonardo Abreu e Silva de Oliveira, ora agravado, ajuizou esta Ação de Reparação de Danos no ano de 2001 contra o Haras agravante e a Concessionária Autoban, atribuindo às demandadas a responsabilidade pelo falecimento do seu pai em acidente de trânsito ocasionado pelo ingresso de cavalo do Haras na pista de rolamento administrado pela Autoban (v. fls. 28/34). Consta que o Ministério Público, interveniente no feito pela menoridade do demandante na época, opinou pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do Haras e pelo decreto de improcedência em relação à Concessionária (v. fls. 95/110).

Ainda segundo os autos, a Ação principal e as lides secundárias foram julgadas improcedentes por sentença proferida no dia 17 de novembro de 2011, com a condenação do autor no pagamento das custas processuais e dos

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, que foram arbitrados em quinze por cento (15%) do valor da causa, com observância da "*gratuidade*" (v. fls. 111/122). O demandante, inconformado, apresentou Apelação e o Recurso foi parcialmente provido por **Acórdão de relatoria do E. Desembargador Mourão Neto**, proferido no dia 28 de abril de 2015, com a manutenção do decreto de improcedência em relação ao Haras corréu e da imposição das verbas sucumbenciais correspondentes ao demandante, na forma determinada na sentença, mas o julgamento de parcial procedência da Ação, com a condenação da Concessionária Autoban no pagamento de pensão mensal de dois terços (2/3) do Salário Mínimo para o autor, desde a data do acidente até o dia em que o autor completar 21 anos de idade, além de indenização moral de R$ 100.000,00, com o julgamento de parcial procedência também em relação às lides secundárias instauradas (v. fls. 123/129 e 130/153). Referido Acórdão transitou em julgado no dia 24 de agosto de 2015 (v. fl. 157).

Consta ainda dos autos, que, após o trânsito em julgado indicado, o autor Leonardo, em conjunto com a corré Autoban e as Seguradoras litisdenunciadas Itaú, Allianz e Brasil Resseguros, ingressaram nos autos por petição datada de 29 de junho de 2015, noticiando a realização de acordo entre eles, mediante o pagamento da quantia de **R$ 354.721,65** para a quitação integral da condenação (v. fls. 159/162), e, após comprovado o pagamento da quantia indicada no acordo pela Concessionária e as litisdenunciadas, o acordo foi efetivamente homologado por sentença proferida no dia 13 de setembro de 2016 (v. fls. 165, 167, 170 e 174).

Ante o cumprimento do acordo pela corré Concessionária e as litisdenunciadas, com o pagamento da quantia de **R$ 354.721,65** para o autor Leonardo, o Haras corréu ingressou nos autos por petição protocolada no dia 22 de outubro de 2015 visando à intimação do demandante para pagamento da condenação em verba honorária, corrigida para a época na quantia de **R$ 9.351,82**, pugnando pela revogação da benesse da "*gratuidade*" concedida ao autor ante a cessação do estado de miserabilidade financeira quando do recebimento do valor da condenação (v. fls. 175/180). O MM. Juiz "*a quo*", então, determinou ao Haras corréu, vencedor na Ação em relação ao demandante, comprovasse a alteração da condição social do beneficiário de "*Justiça Gratuita*" (v. fl. 181) e, após peticionar explicando que a condição financeira do demandante havia sido alterada após o recebimento da condenação (v. fls. 182/188), o douto Magistrado deferiu a pesquisa da última declaração de bens junto à Receita Federal (v. fl. 189). Intimado para manifestação acerca do pedido de revogação do benefício (fl. 190), o demandante pediu o indeferimento, sob a singela argumentação de que: "*apesar do acordo entabulado, o autor não possui dinheiro que permita pagar os honorários advocatícios do qual foi condenado, eis que na época contava com pouca idade. O dinheiro do acordo, serviu para intercâmbio cultural e*

Acesso ao Sumário

aquisição de moradia, não podendo, pois, fazer frente ao pedido de revogação dos benefícios da gratuidade processual" ("*sic*", fl. 191). Ato contínuo, foi proferida a r. decisão agravada que, já se viu, indeferiu o pedido de revogação da "*assistência judiciária gratuita*", a pretexto de ausência de elementos aptos para comprovar a modificação da condição econômico-financeira do requerente (v. fl. 23).

Malgrado o r. entendimento do MM. Juiz "*a quo*", a r. decisão agravada comporta a pretendida reforma.

Com efeito, há nos autos suficientes elementos de convicção quanto à alteração da situação econômico-financeira do agravado, ante o recebimento da quantia de **R$ 354.721,65**, em decorrência do acordo em causa.

A singela argumentação do agravado para a manutenção do benefício da "*gratuidade*", de que usou o dinheiro recebido para fazer intercâmbio e compra de imóvel, não basta para sustentar a essa altura a situação de miserabilidade.

Demais, a Declaração de Ajuste Anual realizada pelo agravado à Receita Federal em relação ao exercício de 2016, indica a aquisição de terreno no valor de R$ 102.000,00, além da quantia de R$ 6.673,39 em conta bancária.

Ora, não se pode deveras considerar como pobre, na acepção jurídica do termo, a pessoa que recebe a quantia de **R$ 354.721,65** e ainda viaja ao Exterior, não se concebendo que o demandante executado nos autos, ora agravado, não possa arcar com a verba honorária em causa, sem prejuízo de seu sustento próprio.

Ressalta-se que a verba honorária almejada pelo Advogado do Haras, exequente e agravante nestes autos, que tem natureza alimentar, somava a quantia de **R$ 9.351,82** quando do pedido de revogação da "*gratuidade*", correspondente à aproximadamente dois por cento (2%) da verba indenizatória recebida pelo agravado.

Assim, patente a modificação da situação econômico-financeira do agravado, de rigor a reforma da r. decisão agravada para afastar o benefício da "*gratuidade*".

Acesso ao Sumário

A propósito, eis a jurisprudência:

0049925-68.2014.8.26.0100 Apelação/Serviços Profissionais
Relator(a): Gilberto Leme
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 04/07/2016
Data de publicação: 11/07/2016
Data de registro: 11/07/2016
Ementa: APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS

À CONCESSÃO DA GRATUIDADE. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. ART. 7.º DA LEI 1.060/50. Se o impugnado admite que, em decorrência de acordo homologado judicialmente, recebeu mais de um milhão e meio de reais, não pode ser considerado pobre, tendo possibilidade de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Impugnação acolhida. Apelação provida.

0004618-45.2014.8.26.0471 Apelação/Condomínio

Relator(a): Christine Santini

Comarca: Porto Feliz

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 10/05/2016

Data de publicação: 11/05/2016

Data de registro: 11/05/2016

Ementa: Apelação Cível. Impugnação à gratuidade da justiça - Sentença que revogou o benefício concedido à impugnada nos autos de embargos à execução de título executivo extrajudicial que lhe é movida pelo impugnante - Notícia acerca da homologação de acordo celebrado nos autos principais - Irrelevância - Acordo que não dispôs sobre as verbas da sucumbência - Revogação do benefício que se impõe - Impugnada que reside em imóvel próprio, é funcionária pública municipal, não possui filhos e arca com despesas mensais incompatíveis com a alegação de que não tem condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento - Presunção legal de pobreza corretamente afastada - Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

0025881-86.2012.8.26.0477 Apelação/Reconhecimento/Dissolução

Relator(a): Claudio Godoy

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/11/2015

Data de publicação: 18/11/2015

Data de registro: 18/11/2015

Ementa: Assistência judiciária. Dissolução de união estável, com partilha. Sentença homologatória de acordo, mas com revogação, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei 1060/50, do benefício antes concedido. Desaparecimento da causa da gratuidade e determinação de recolhimento das custas para expedição da carta de sentença. Deliberação mantida. Apelação desprovida.

Impõe-se, pois, a reforma da r. decisão agravada, para a revogação do benefício da "*gratuidade*".

Diante do exposto, dá-se provimento ao Recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2158568- 90.2017.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante ADRIANA DOS SANTOS PARUSSOLO, é agravado TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: A todo tempo e mediante simples declaração dá-se a qualquer dos litigantes pedir o benefício da justiça gratuita, que só não se defere se as circunstâncias desmentirem ou não comprovarem a alegação de pobreza - Agravo provido.

VOTO

Autora de "ação reparatória de danos imateriais em razão de indevida negativação cadastral", a agravante rebela-se contra r. decisão que indeferiu seu pedido de gratuidade e o liminar, determinando que ela recolha as custas judiciárias, bem como despesas citatórias e taxa por juntada de procuração em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial.

A agravante insiste na concessão do benefício da justiça gratuita, alegando que: a) alegação pessoal de hipossuficiência se presume verdadeira; b) os documentos apresentados revelam que não tem condições de arcar com as custas e despesas do processo, pois está desempregada, não tem carteira de trabalho nem declarou bens nos últimos três anos; c) a contratação de advogado particular não exclui o direito à gratuidade da justiça.

Recurso tempestivo.

Sem preparo, diante do objeto do agravo.

Foi antecipada a tutela recursal.

Sem resposta, por não ter havido citação.

É o relatório.

A concessão do benefício da justiça gratuita a pessoa física, como a agravante, depende de simples declaração de pobreza, que se presume verdadeira, nos termos do artigo 99, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o benefício deve ser indeferido quando houver nos autos "elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais necessários à sua concessão", devendo o Juiz, nessa hipótese, antes de decidir, determinar à parte interessada a comprovação do preenchimento de tais requisitos (artigo 99, § 2º).

No caso em exame, nada nos autos desmente a alegação de que a agravante não dispõe de meios para custear as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

A agravante apresentou declaração de pobreza e afirmou estar desempregada, da profissão que exercia de "ax. limpeza" (fl.13 do processo digital).

Tal circunstância explica, aliás, a ausência de declarações de renda da autora nos anos de 2015, 2016 e 2017 (fls. 21/23).

Ademais, a contratação de advogado particular não impede a concessão da justiça gratuita (artigo 99, § 4º, do Código de Processo Civil) mesmo que seu escritório seja longe da cidade onde foi proposta a ação, considerando a facilidade de comunicação à distância e o fato de o processo ser digital.

Se não bastasse, o documento de fls. 20/21 do processo indica que a autora teve seu nome inserido em cadastro de inadimplentes pela ré Telefônica Brasil S/A, ora agravada, por débito de R$110,00 e há outros apontamentos, que, somados, ultrapassam quantia de R$11.000,00 de dívida inscrita no nome da agravante, corroborando a alegação de que ela está passando por problemas financeiros.

Em suma, nada nos autos desmente a alegação de pobreza, de modo que o benefício pleiteado fica concedido.

Diante do exposto, ratifico a antecipação de tutela recursal e dou provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2079579-70.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante SILAS DO CARMO COSTA, são agravados HORIZONTE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. e FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente) e MOURÃO NETO.

São Paulo, 28 de agosto de 2017.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - "AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS" - Compra e venda de veículo novo - Constatação de defeitos no conjunto da embreagem, ocasionando vibrações e trepidações do veículo - Demanda visando à restituição do valor pago e indenização por danos morais - Decisão agravada que indeferiu a antecipação de tutela pleiteada - Cognição sumária - Probabilidade do direito - Inocorrência - Necessidade de prova pericial e de contraditório para verificar a origem dos vícios descritos - Perigo de dano - Inocorrência - Veículo utilizado há 3 anos e com cerca de 30.000 quilômetros rodados - Documento carreado pela agravada comprovando que a peça necessária para o conserto está à disposição do agravante, sem que este tenha agendado data para realização do reparo - Deferimento de medida liminar que importaria em enriquecimento sem causa do agravante - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por *Silas do Carmo Costa*, nos autos da "*AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS*" que move em face de *Horizonte Veículos e Peças Ltda.* e *Ford Motor Company Brasil Ltda.*, contra a r. decisão interlocutória reproduzida às fls. 46/47, que indeferiu o pedido liminar postulado pelo autor/agravante.

Em sua minuta recursal, o agravante narra o histórico dos defeitos do veículo objeto da presente lide e reitera o pedido liminar formulado em sua petição inicial, no sentido de ser determinada a imediata restituição do valor pago pelo veículo (R$ 52.500,00) ou, subsidiariamente, a concessão de um carro

Acesso ao Sumário

reserva para utilização pelo autor, enquanto perdurar a demanda.

A tutela liminar recursal pleiteada pelo autor foi indeferida (fls. 126/127).

Contraminuta da agravada *Horizonte Veículos e Peças Ltda.* às fls. 133/134.

Contraminuta da agravada *Ford Motor Company Brasil Ltda*. às fls. 143/161.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que, em 10/06/14, o agravante adquiriu veículo New Fiesta Hatch 1.6, PowerShift, ano/modelo 2014/2014, fabricado pela agravada *Ford Motor Company Brasil Ltda.* e comercializado pela concessionária agravada *Horizonte Veículos e Peças Ltda.* O valor pago pelo agravante foi R$ 52.500,00, conforme Nota Fiscal acostada à fl. 31 dos autos originários.

Narra o agravante que, já após alguns meses de uso, o veículo começou a apresentar trepidações nas trocas de marcha, defeito este que teria sido sanado pela concessionária agravada na primeira revisão do veículo, em 12/12/14.

Constatando a permanência do problema, o agravante retornou à concessionária em 12/02/15, oportunidade na qual foi informado da necessidade de troca do conjunto de embreagem do veículo. Referida troca de peça foi realizada apenas em 18/05/15, após sucessivos contatos feitos pelo agravante solicitando posicionamentos da concessionária.

Mesmo após a troca de peça, notou o agravante que as trepidações e vibrações do veículo permaneciam, o que não foi solucionado na segunda revisão, realizada em 19/06/15, e nem em nova tentativa de reparo realizada em 07/01/16.

Em 15/02/16, a concessionária agravada verificou novamente a existência de anormalidades no câmbio, informando ao agravante que nova troca de peças seria feita no prazo de 75 dias. No entanto, a nova troca da embreagem somente veio a ser realizada em 09/06/16.

Em 11/06/16, o veículo apresentou pane geral, que foi solucionada pela concessionária, muito embora as trepidações e vibrações do veículo tenham permanecido.

Em revisão realizada em 29/07/16, o agravante se queixou mais uma vez dos mesmos problemas, além de um maior consumo de combustível e perda de potência do veículo.

Os mesmos problemas foram novamente relatados na revisão de 04/01/17, ocasião em que se verificou, mais uma vez, a necessidade de realizar troca de peça do câmbio do veículo. O prazo dado pela concessionária para a troca

Acesso ao Sumário

da peça foi de 60 dias, o qual, todavia, não foi observado, ocasionando nova pane geral do veículo em 09/03/17, em virtude de um problema de bateria do automóvel.

Em vista de todo esse histórico, ajuizou o agravante a ação que deu origem a este recurso, postulando a restituição do valor pago pelo veículo (R$ 52.500,00), corrigidos monetariamente, além de indenização por danos morais em valor não inferior a R$ 13.000,00. O agravante pleiteou antecipação de tutela, para que fosse determinada a imediata restituição do valor pago pelo veículo ou, subsidiariamente, a disponibilização de outro veículo ao agravante até o final da lide.

Neste contexto, sobreveio a decisão agravada, que indeferiu a medida liminar pleiteada pelo ora agravante. Segundo aduziu o d. magistrado de piso, estariam ausentes os requisitos autorizadores da concessão de tutela de urgência previstos pelo art. 300 do CPC/15. De um lado, consignou o d. magistrado que os elementos carreados aos autos não são suficientes para a formação de convicção acerca da origem dos vícios descritos (se de desgaste natural ou de defeito de fabricação ou da prestação de serviços de consertos). De outro lado, não haveria perigo de dano, tendo em vista que o veículo se encontra em posse do autor, que apresenta mais de 3 anos de uso e cerca de 30.000 quilômetros rodados.

Pois bem.

O recurso não merece provimento, eis que irretocável a decisão interlocutória guerreada.

Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu tutela de urgência, a cognição em sede recursal também deve ser sumária, cingindo-se à investigação da presença dos requisitos contidos no art. 300 do CPC/15, a saber, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Assim como o d. magistrado de piso, não vislumbro a probabilidade do direito alegada pelo agravante, tendo em vista pairar séria dúvida acerca da origem dos defeitos do veículo objeto da lide. Estes podem decorrer de configurar defeitos de fabricação, mas podem também consistir em simples desgaste natural do conjunto da embreagem, especialmente tendo em vista que o veículo tem sido utilizado pelo agravante continuamente, a despeito dos vícios relatados. Assim, apenas a produção de prova pericial e a abertura do contraditório às partes possibilitará ao d. magistrado formar convicção acerca da origem do vício e da responsabilidade ou não das agravadas.

Também não vislumbro, no caso em tela, o perigo de dano invocado pelo agravante em sua minuta recursal. Em primeiro lugar, conforme consta da decisão recorrida, o veículo apresenta mais de 3 anos de uso e com cerca de 30.000 quilômetros rodados, além de estar sendo utilizado pelo agravante no

Acesso ao Sumário

decorrer da lide.

Em segundo lugar, a agravada *Ford Motor Company Brasil Ltda.* noticia fato novo em sua contraminuta, elidindo o perigo de dano invocado pelo agravante: a agravada carreou aos autos notificação, datada de maio de 2017, na qual o agravante foi informado de que a peça para reparo do veículo já estaria disponível na concessionária, bastando que o agravante agendasse data para realização do reparo (fl. 149). Todavia, o agravante optou por não agendar o reparo oferecido pela concessionária, donde se pode inferir que o veículo está circulando em condições adequadas. Caso houvesse verdadeiro perigo na condução do veículo, não parece plausível supor que o agravante recusaria nova tentativa de conserto pela concessionária.

Por fim, cumpre ainda salientar que o deferimento da medida liminar ora discutida importaria em verdadeiro enriquecimento sem causa por parte do agravante. Isso, porque, como consignado acima, este não deixou de utilizar o veículo, a despeito de todos os defeitos relatados. Uma vez constatado que não houve imprestabilidade do veículo, afigura-se descabida a determinação de restituição integral do valor pago pelo agravante, sob pena de enriquecimento sem causa deste.

Portanto, diante das peculiaridades do caso em tela, aliadas ao conjunto probatório e à legislação aplicável, é de rigor o total desprovimento do recurso, mantendo integralmente a decisão interlocutória recorrida.

Por esses fundamentos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150539-51.2017.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que são agravantes ALEXANDRE MORAES GASPAR, DANIEL FERNANDO RODRIGUES, EVELIM PRISCILA NANNI, ALESANDRO ANSELMO PEREIRA, EDUARDO RODRIGUES, GUSTAVO SUNDERMANN SPOSITO, CARINA CRISTINA CIRCELLI, ELISABETE CANDIDO RODRIGUES e RAQUEL LOPES, é agravado UNICEP - CENTRO UNIVERSITÁRIO PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª 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 32.708)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente sem voto), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 30 de agosto de 2017.
FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COMANDO QUE ATRIBUIU AOS EXEQUENTES A INCUMBÊNCIA DE ARCAREM COM CUSTEIO DA PERÍCIA ORDENADA, DETERMINANDO QUE PROCEDESSEM AO DEPÓSITO DOS HONORÁRIOS DO "EXPERT" - AGRAVO PROTOCOLADO APÓS O ESCOAMENTO DO PRAZO LEGALMENTE ESTIPULADO DE 15 DIAS ÚTEIS PARA O AVIAMENTO DE IRRESIGNAÇÃO, FAZENDO COM QUE INEVITAVELMENTE NÃO SUPERE JUÍZO DE PRELIBAÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de inconformidade deduzida nos autos de ação cominatória em fase satisfativa contra r. decisão exibida a fls. 129 dos principais, no ponto em que atribuiu aos exequentes a incumbência de arcarem com custeio da perícia ordenada, determinando que procedessem ao depósito dos honorários do ***expert*** no prazo de 15 (quinze) dias, computados a partir do momento em que intimados do arbitramento do respectivo valor.

Sustentam os inconformados, em síntese, a imperiosidade de atribuir-se à executada os encargos financeiros decorrentes da realização da perícia, vez que a manutenção da decisão em sentido contrário acarretar-lhes-ia denegação de acesso à justiça, dada a condição que ostentam de beneficiários da gratuidade processual, bem como iria de encontro aos preceitos da legislação consumerista.

Não houve apresentação de contraminuta, ausente chamamento da requerida.

É o breve Relatório.

A inconformidade não supera juízo de cognoscibilidade.

Da leitura do instrumento depreende-se que, deflagrada a fase de cumprimento de sentença, parcela dos exequentes pugnou a conversão da obrigação de fazer estipulada na r. sentença em perdas e danos, dando ensejo à instauração de procedimento de liquidação por arbitramento, com atribuição do ônus de custear a perícia aos exequentes.

Acesso ao Sumário

É este o objeto da presente insurgência.

Foi proferida em 05/07/2017 r. decisão que nomeou o ***expert***, oportunizou às partes que apresentassem quesitos e indicassem assistentes técnicos e traçou diretrizes para o início do trabalho técnico e organização do procedimento.

Já em 07/07/2017, o i. Magistrado ***a quo*** chamou os autos à conclusão para retificar parcialmente o r. ***decisum*** precedente, oportunidade na qual substituiu o profissional nomeado e acrescentou que a perícia seria custeada pelos agravantes, asseverando que, por isso, deveriam providenciar o depósito dos concernentes honorários.

Muito embora tenha havido uma inversão na ordem cronológica de publicação de ambos os r. pronunciamentos, tendo a relativa ao primeiro ocorrido quatro dias depois à do segundo, o que se verifica é que, consoante explicitado em precedente despacho, o r. ***decisum*** que desencadeou a lesividade invocada na minuta foi aquele proferido em 07/07/2017. Correspondente Certidão de Publicação de Relação, acostada a fls. 130 do instrumento, indica disponibilização do ato em 12/07/2017 (quarta-feira) e publicação no primeiro dia útil subsequente a esta data (13/07/2017, quinta-feira).

A alteração da ordem de publicação invocada pelos recorrentes como pretexto para justificar suposta tempestividade da irresignação não se mostra suficiente para que supere o juízo de prelibação. A uma, porque através do presente recurso não pretendem combater as determinações expendidas no último comando publicado, e a duas, em razão de não se vislumbrar a criação de empecilho para que aviassem dentro dos 15 (quinze) dias úteis posteriores ao dia 13/07/2017 a presente inconformidade.

Respeitado o disposto no artigo 224 do Código de Processo Civil, o prazo legalmente fixado para interposição do agravo (conforme previsto nos artigos 1.003, § 5º, e 219, ambos da legislação processual em referência) iniciou-se em 14/07/2017 (sexta-feira).

Observada a ocorrência de um único feriado - no dia 09/07/2017 (Data Magna do Estado de São Paulo), domingo - durante o interstício que interessa ao exercício do juízo de admissibilidade neste caso concreto, vislumbro esgotamento do prazo em 03/08/2017 (quinta- feira). O recurso, todavia, somente foi protocolado em 07/08/2017 (segunda-feira), tornando inevitável o reconhecimento de sua intempestividade.

A não oposição de agravo de instrumento no tempo oportuno inviabiliza a apreciação neste momento de suas pretensões, preclusa temporalmente que se encontra a oportunidade de manifestá-las.

Não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066938-50.2017.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que são agravantes CLÁUDIO PHILLIPP e SELMA DE GENOVA PHILIPP, é agravado BELAGRÍCOLA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17686)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: BEM DE FAMÍLIA - Execução de título extrajudicial - Decisão que indeferiu o reconhecimento da impenhorabilidade de bem de família, ao fundamento de que o imóvel penhorado não é o único de propriedade da entidade familiar - Produção suficiente de prova da residência da família no imóvel penhorado - Benefício do bem de família que se estende mesmo àqueles que possuem mais de um bem imóvel, comprovada a residência da entidade familiar no local - Art. 1º e 5º da lei 8009/90 - Precedentes do STJ - Impenhorabilidade reconhecida - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de fls. 344/345 dos autos originais que, em execução de título extrajudicial, rejeitou a alegação de impenhorabilidade de bem imóvel.

Requerem os agravantes a reforma da decisão, alegando, em síntese, que são possuidores do imóvel de matrícula nº 2.160 há muitos anos, e residem no local com suas filhas, tratando-se de bem familiar. Afirmam que a prova da moradia foi feita pelo próprio laudo de avaliação elaborado pelo oficial de justiça, bem como por citação, notificações e contratos. Sustentam que não

possuem outro imóvel que lhes sirva de moradia, além do penhorado.

Deferido o efeito suspensivo apenas para obstar atos expropriatórios, contraminuta às fls. 18/27, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

2.- Assiste razão aos agravantes.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado em face de decisão que deixou de reconhecer ser bem de família o imóvel de propriedade dos agravantes.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Vistos. Cuida-se de execução de título extrajudicial. Houve penhora dos imóveis de matrículas nºs 2160 e 2672 do Registro de Imóveis de Cândido Mota, conforme Termo lavrado a fls. 194/195. Os executados foram intimados das constrições e alegaram impenhorabilidade do imóvel de matrícula nº 2160, porquanto se tratar do único imóvel que é utilizado para sua moradia (fls. 312/317). Facultada manifestação do exequente, sobreveio a petição de fls. 332/343. Alega inadequação da via eleita (exceção de pré-executividade), e ausência dos requisitos legais para declaração da impenhorabilidade do bem constrito, vez que não juntado documento expedido pelo Registro de Móveis e Receita Federal, para comprovação de que se trata de único imóvel. Decido. Admito a defesa do interesse posto em discussão pela via da exceção de pré-executividade. Alegam os executados que o imóvel penhorado, de matrícula nº 2160, é o único de sua propriedade e é destinado à sua moradia, não podendo ser constrito ante o que dispõe a Lei nº 8.009/90.O dispositivo invocado tem a seguinte redação: Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Já o artigo 5º, assim dispõe: Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Verifica-se, pois, que os executados não trouxeram provas acerca de todo o alegado. Com efeito, para que seja declarada a impenhorabilidade de bem imóvel é necessário produzir provas robustas no sentido de que se trata de único imóvel e de que nele reside o devedor, sendo o bem indispensável para subsistência da família. **Em que pese a alegação dos executados, não há provas de que se trata de único imóvel, até porque, além da penhora contra a qual se insurgem, outro imóvel foi constrito nos autos. De sorte que, não foram juntados documentos suficientes a demonstrar que em nome dos executados não consta registro de imóvel além daquele penhorado.** Assim, sem a efetiva comprovação de todo o alegado não é possível o acolhimento do pedido. Ante o exposto, REJEITO a alegação de impenhorabilidade. Em se tratando de exercício do direito de defesa, não é caso de se impor aos executados as penas de

Acesso ao Sumário

litigância de má-fé. Aguarde-se manifestação do exequente pelo prazo de 30 dias. Int." (fls. 344/345, grifo nosso)

Examinando-se os autos em primeiro grau, verifica-se que os ora agravantes juntaram, a fim de comprovar suas alegações, contas ordinárias de consumo e outras correspondências destinadas ao endereço Rua Vicente Marrone, 320 (fls. 318/321); laudo de avaliação do imóvel lavrado pelo oficial de justiça (fls. 322/324), em que consta haver no terreno constrito, expressamente, "uma casa de alvenaria, sob nº 320, que é a residência do executado", e instrumento de procuração em seus nomes e endereço indicado (fls. 325/327).

Na decisão agravada, entendeu o magistrado ser dever dos devedores comprovar que somente possuem um único imóvel de classificação residencial e que ali residam com sua família. Respeitado o entendimento, a decisão deve ser reformada, pois não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90.

A proteção outorgada pela Lei nº 8.009/90 depende tão somente da produção de prova de que o imóvel é utilizado como residência pela família, conforme se deduz da redação de seus artigos 1º e 5º[1]. Não se faz necessária a demonstração de que os executados não são proprietários de outros bens imóveis. Verificada a existência de outros imóveis, poderão ser penhorados, mas não aquele utilizado como residência.

Ainda que se argumente que a impenhorabilidade recairia sobre o bem de menor valor, frise-se que a transferência da proteção somente é possível em duas situações: quando a família possui e utiliza mais de um imóvel para sua residência ou na hipótese de fraude, o que não ocorre no caso em tela.

Nesse sentido, jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA (LEI 8.009/90, ARTS. 1º E 5º). CARACTERIZAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. Tendo a devedora provado suficientemente (ab initio) que a constrição judicial atinge imóvel da entidade familiar, mostra-se equivocado exigir-se desta todo o ônus da prova, cabendo agora ao credor descaracterizar o bem de família na hipótese de querer fazer prevalecer sua indicação do bem à penhora.

2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua**

Acesso ao Sumário

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

propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90. Precedentes.

3. Recurso especial provido."[2]

"RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. PROPRIETÁRIA DE OUTROS BENS. LEI Nº 8.009/1990. IMÓVEL DE RESIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO.

1. Na origem, os embargos à execução foram julgados improcedentes e o Tribunal estadual manteve a penhora sobre o bem de família da recorrente, reconhecendo a existência de outro bem de sua propriedade de menor valor.

2. **A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel.**

3. O parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos.

4. Recurso especial provido."[3]

Assim, pelo que se deduz das provas constantes dos autos, o imóvel de matrícula nº 2160 é o de residência dos recorrentes e seus filhos; portanto, com base no art. 1º da Lei nº 8.009/1990, é impenhorável por ser considerado bem de família.

3.- Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147889-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é agravante CAIO GRACO DORIA, é agravado CONDOMÍNIO PRAIA DO ARPOADOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.931)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

Acesso ao Sumário

2 STJ, REsp 1014698/MT, QUARTA TURMA, Ministro RAUL ARAÚJO, j. em 06/10/2016.

3 STJ, REsp 1608415/SP, TERCEIRA TURMA, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. em 02/08/2016.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Condomínio edilício. "Ação de obrigação de fazer e não fazer". Decisão que afastou preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos pedidos de invasão de privacidade da unidade vizinha e de formação de litisconsórcio passivo com os demais vizinhos que também teriam alterado a fachada do prédio. Legitimidade ativa do condomínio para postular em face do condômino que cause incômodo aos demais. Exegese dos artigos 19 e 21, Parágrafo Único da Lei nº 4.591/64. Ademais, pretensão que decorre diretamente da alteração da fachada do prédio. Litisconsórcio passivo necessário: não ocorrência. Circunstância tratada nos autos que não se enquadra no art. 114 do NCPC. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Caio Graco Doria, contra parte da r. decisão aqui por cópia a fls. 19/20 - fls. 471/472 dos originais, que, em autos de "obrigação de fazer e não fazer" que lhe move Condomínio Praia do Arpoador, afastou a preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos pedidos de invasão de privacidade da unidade vizinha e de formação de litisconsórcio passivo com os demais vizinhos que também teriam alterado a fachada do prédio.

Em suas razões recursais, alega que o condomínio autor é parte ilegítima para pleitear em favor de um vizinho determinado em razão de invasão de privacidade. Aduz que outros vizinhos que também fizeram alterações na fachada devem figurar no polo passivo da demanda, mediante a formação de litisconsórcio necessário, porque o objetivo do condomínio com a propositura da ação, que é o restabelecimento da fachada original do prédio, não será atingido se a ação for movida somente contra si.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu provimento, com a reforma da decisão agravada.

Com a inicial vieram os docs. de fls. 19/203.

O despacho de minha relatoria indeferiu o pretendido efeito suspensivo ao recurso, considerou desnecessárias as informações e a intimação do agravado para resposta.

É o relatório do necessário.

Acesso ao Sumário

No que pese o inconformismo do agravante, seu recurso não comporta acolhida.

A preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos direitos de privacidade da unidade vizinha a do agravante foi bem afastada pela juíza *a quo*.

O condomínio detém legitimidade para postular em juízo em face de condômino que pratique algum ato que possa causar incômodo aos demais.

O art. 19 da Lei nº 4.591/64 dispõe que:

"*Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*"

E quanto à iniciativa para o ajuizamento da ação, dispõe o Parágrafo único do art. 21 da citada Lei:

"*Art. 21. A violação de qualquer dos deveres estipulados na Convenção sujeitará o infrator à multa fixada na própria Convenção ou no Regimento Interno, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que, no caso, couber.*

Parágrafo único. Compete ao síndico a iniciativa do processo e a cobrança da multa, por via executiva, em benefício do condomínio, e, em caso de omitir- se ele, a qualquer condômino".

Ainda, é relevante mencionar que o pedido do condomínio com relação à unidade 14, está diretamente relacionado às alegadas alterações da fachada, conforme se denota de cópia a fls. 25/26 da inicial da ação:

"*É oportuno esclarecer que a nova piscina e o piso ao seu entorno, que lhe dá estrutura, foram instalados por volta de 0,20cm acima do nível da sacada (foto 02), elevando assim o piso original daquele local em, mais ou menos, 0,65cm (conforme foto 12 apto vizinho).*

Com isso, após a reforma, o muro divisório na área da nova piscina passou a ter, aproximadamente, apenas 1,40m, fato que está retirando a privacidade do vizinho do lado esquerdo, já que é possível enxergar o interior dos quartos do apartamento 14, do Edifício Caramborê, por cima do muro divisório.

O mesmo problema de invasão de privacidade ocorre com a instalação do chuveiro situado logo após a piscina. A altura do piso - cerca de 0,45cm mais alto que o original - e o posicionamento do chuveiro - cerca de 1,00m do terraço - proporciona ao usuário vista de todo o interior da suíte do apartamento nº 14, do Edifício Caramborê, por cima do muro divisório, que naquele ponto deve ter, aproximadamente, 1,60cm de altura."

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade do condomínio e ausência

Acesso ao Sumário

de interesse processual quanto à questão da violação da privacidade e do sossego dos moradores da unidade 14.

Da mesma forma, sem razão, o recorrente quanto à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os outros vizinhos.

A formação do litisconsórcio necessário não restou configurada nos autos, uma vez que não há imposição legal para a sua formação, tampouco a eficácia da sentença dependerá da citação de todos que devam ser litisconsortes, conforme disposto no art. 114 do NCPC.

Anotam Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca que: "*O litisconsórcio necessário 'tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo.' (STF-RT 594/528)*" (Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 47ª Edição, pág. 225), circunstância não verificada na hipótese em exame.

Como decidido pela d. magistrada, "*O litisconsórcio se configura necessário nas hipóteses em que a lei assim determina, ou nos casos em que, pela natureza da relação jurídica discutida, a lide deva ser decidida de maneira uniforme para todos os interessados, o que não é o caso do presente, dadas as peculiaridades das reformas efetuadas por cada condômino.*" (fl. 19).

Portanto, inconsistentes as alegações do agravante, deve ser mantida a r. decisão recorrida, tal como lançada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147889-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é agravante CAIO GRACO DORIA, é agravado CONDOMÍNIO PRAIA DO ARPOADOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.931)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Condomínio edilício. "Ação de obrigação de fazer e não fazer". Decisão que afastou preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos pedidos de invasão de privacidade da unidade vizinha e de formação de litisconsórcio passivo com os demais vizinhos que também teriam alterado a fachada do prédio. Legitimidade ativa do condomínio para postular em face do condômino que cause incômodo aos demais. Exegese dos artigos 19 e 21, Parágrafo Único da Lei nº 4.591/64. Ademais, pretensão que decorre diretamente da alteração da fachada do prédio. Litisconsórcio passivo necessário: não ocorrência. Circunstância tratada nos autos que não se enquadra no art. 114 do NCPC. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Caio Graco Doria, contra parte da r. decisão aqui por cópia a fls. 19/20 - fls. 471/472 dos originais, que, em autos de "obrigação de fazer e não fazer" que lhe move Condomínio Praia do Arpoador, afastou a preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos pedidos de invasão de privacidade da unidade vizinha e de formação de litisconsórcio passivo com os demais vizinhos que também teriam alterado a fachada do prédio.

Em suas razões recursais, alega que o condomínio autor é parte ilegítima para pleitear em favor de um vizinho determinado em razão de invasão de privacidade. Aduz que outros vizinhos que também fizeram alterações na fachada devem figurar no polo passivo da demanda, mediante a formação de litisconsórcio necessário, porque o objetivo do condomínio com a propositura da ação, que é o restabelecimento da fachada original do prédio, não será atingido se a ação for movida somente contra si.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu provimento, com a reforma da decisão agravada.

Com a inicial vieram os docs. de fls. 19/203.

O despacho de minha relatoria indeferiu o pretendido efeito suspensivo ao recurso, considerou desnecessárias as informações e a intimação do agravado para resposta.

É o relatório do necessário.

No que pese o inconformismo do agravante, seu recurso não comporta acolhida.

Acesso ao Sumário

A preliminar de ilegitimidade ativa com relação aos direitos de privacidade da unidade vizinha a do agravante foi bem afastada pela juíza *a quo*.

O condomínio detém legitimidade para postular em juízo em face de condômino que pratique algum ato que possa causar incômodo aos demais.

O art. 19 da Lei nº 4.591/64 dispõe que:

"*Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*"

E quanto à iniciativa para o ajuizamento da ação, dispõe o Parágrafo único do art. 21 da citada Lei:

"*Art. 21. A violação de qualquer dos deveres estipulados na Convenção sujeitará o infrator à multa fixada na própria Convenção ou no Regimento Interno, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que, no caso, couber.*

Parágrafo único. Compete ao síndico a iniciativa do processo e a cobrança da multa, por via executiva, em benefício do condomínio, e, em caso de omitir- se ele, a qualquer condômino".

Ainda, é relevante mencionar que o pedido do condomínio com relação à unidade 14, está diretamente relacionado às alegadas alterações da fachada, conforme se denota de cópia a fls. 25/26 da inicial da ação:

"*É oportuno esclarecer que a nova piscina e o piso ao seu entorno, que lhe dá estrutura, foram instalados por volta de 0,20cm acima do nível da sacada (foto 02), elevando assim o piso original daquele local em, mais ou menos, 0,65cm (conforme foto 12 apto vizinho).*

Com isso, após a reforma, o muro divisório na área da nova piscina passou a ter, aproximadamente, apenas 1,40m, fato que está retirando a privacidade do vizinho do lado esquerdo, já que é possível enxergar o interior dos quartos do apartamento 14, do Edifício Caramborê, por cima do muro divisório.

O mesmo problema de invasão de privacidade ocorre com a instalação do chuveiro situado logo após a piscina. A altura do piso - cerca de 0,45cm mais alto que o original - e o posicionamento do chuveiro - cerca de 1,00m do terraço - proporciona ao usuário vista de todo o interior da suíte do apartamento nº 14, do Edifício Caramborê, por cima do muro divisório, que naquele ponto deve ter, aproximadamente, 1,60cm de altura."

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade do condomínio e ausência de interesse processual quanto à questão da violação da privacidade e do sossego dos moradores da unidade 14.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, sem razão, o recorrente quanto à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os outros vizinhos.

A formação do litisconsórcio necessário não restou configurada nos autos, uma vez que não há imposição legal para a sua formação, tampouco a eficácia da sentença dependerá da citação de todos que devam ser litisconsortes, conforme disposto no art. 114 do NCPC.

Anotam Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca que: "*O litisconsórcio necessário 'tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo.' (STF-RT 594/528)*" (Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 47ª Edição, pág. 225), circunstância não verificada na hipótese em exame.

Como decidido pela d. magistrada, "*O litisconsórcio se configura necessário nas hipóteses em que a lei assim determina, ou nos casos em que, pela natureza da relação jurídica discutida, a lide deva ser decidida de maneira uniforme para todos os interessados, o que não é o caso do presente, dadas as peculiaridades das reformas efetuadas por cada condômino.*" (fl. 19).

Portanto, inconsistentes as alegações do agravante, deve ser mantida a r. decisão recorrida, tal como lançada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153004-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é agravante OSMAR JOSE GRIGORIO, é agravado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.113)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente sem voto), SERGIO ALFIERI e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

MOURÃO NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual. Ação de busca e apreensão. Decisão que determinou ao réu que indicasse a localização do veículo, sob pena de multa. Pretensão à reforma. Determinação que encontra respaldo nos artigos 5º, 77, IV e 774, IV do Código de Processo Civil, 422 do Código Civil, e em precedentes deste E. Tribunal de Justiça. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Osmar Jose Grigorio contra a decisão digitalizada a fls. 212/213 que, nos autos da ação de busca e apreensão que lhe move Aymoré, Crédito, Financiamento e Investimento S/A, determinou ao réu, ora agravante, que indicasse a localização do veículo objeto da lide, sob pena de multa diária e verificação de ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 774, inciso IV, do CPC, sem prejuízo do crime de desobediência.

Pugna pela reforma do *decisum* sustentando, em síntese, que "*não está o fiduciante consumidor obrigado a indicar o paradeiro do bem objeto da ação, cuja localização é ônus do credor fiduciário, tendo em vista o princípio da reserva legal, legalidade strictu sensu e mandamentos da lei especial que rege o caso*" (fls. 1/13).

Não foi concedida medida de urgência (fls. 223/224).

Contraminuta a fls. 226/232.

II - Fundamentação.

A agravada ajuizou ação de busca e apreensão em face do agravante aduzindo que as partes firmaram contrato de financiamento de automóvel inadimplido pelo réu (fls. 14/16).

Deferida a liminar (fls. 47/48), e colhida contestação (fls. 51/89), na medida em que as tentativas de localização do automóvel alienado restaram infrutíferas (fls. 123 e 166), requereu a autora seu imediato bloqueio (fls. 169/170).

Deferido o bloqueio requerido (fls. 173), a autora, "*a fim de viabilizar o cumprimento da liminar ora deferida*", peticionou novamente, desta vez pedindo pela pesquisa de endereços por meio dos sistemas InfoJud e BacenJud, ao que lhe foram informados uma série de locais (fls. 180/181).

Depois de colhida nova manifestação da agravada, na qual postulou a determinação da "*imediata expedição do mandado, afim de que seja a Requerida intimada a apresentar o bem em juízo no prazo máximo de 48 horas*", bem como que pelo réu fosse "*informado o endereço onde o veiculo encontra-se*

Acesso ao Sumário

depositado, sob pena de crime de desobediência" (fls. 186, *sic*), sobreveio a decisão agravada, que considerou: "*(...) adite-se o mandado para cumprimento, no endereço indicado, para constar: intime-se pessoalmente o requerido para que, no prazo de 05 dias, indique a localização do veículo, sob pena de multa diária e atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 774, inciso IV do CPC, sem prejuízo do crime de desobediência*" (fls. 212/213).

Pois bem.

O agravo não comporta provimento.

Embora nada a esse respeito estabeleça o Decreto-Lei n. 911/1969, a decisão agravada tem respaldo legal, como foi nela explicitado, não só com a invocação do artigo 774, IV, do Código de Processo Civil de 2015, mas também diante do que estabelecem os artigos 5º e 77, IV, do mesmo diploma, e o artigo 422 do Código Civil.

A postura do agravante vai de encontro ao princípio da boa-fé processual (art. 5º do Código de Processo Civil), na medida em que, embora já tenha precocemente se manifestado nos autos, inclusive postulando a manutenção da posse do bem (sob o argumento de que teria adimplido o contrato em parte substancial), não indicou o paradeiro do veículo, o que demonstra intuito de ocultá-lo.

O *decisum* também encontra base em precedentes deste E. Tribunal de Justiça, como se colhe dos seguintes julgados (além daquele invocado pelo Juízo *a quo*):

"***1. Agravo de instrumento. Busca e apreensão. Devedor fiduciante que o adimplemento substancial do contrato. Inocorrência. Documentos que demonstram que resta o cumprimento de um terço da obrigação. 2. (...). 3. Veículo objeto da demanda não localizado pelo oficial de justiça na diligência realizada. Devedor que demonstra intuito de ocultar o bem objeto da ação ao não indicar o seu paradeiro. Imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Admissibilidade. Atitude que cria embaraço à efetivação do provimento judicial antecipatório. Medida prevista no art. 77, inciso IV, do CPC. Agravo improvido.***" (Agravo de Instrumento n. 2074251-62.2017.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Soares Levada, j. em 17/05/2017).

"***RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - BEM MÓVEL - VEÍCULO AUTOMOTOR - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. Irresignação contra a decisão que determinou ao requerido a indicação do endereço em que se encontra o veículo objeto da busca e apreensão, sob pena de multa diária. Apesar de não haver previsão expressa no Decreto - Lei 911/69 quanto à obrigatoriedade de o devedor indicar a localização do bem, havendo resistência injustificada quanto ao andamento do***

processo, pode ser imposto ao devedor o dever de colaborar com a marcha processual, em nome dos princípios da cooperação e da boa-fé objetiva. Incidência dos artigos 422 do Código Civil e 5º do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso de agravo não provido." (Agravo de Instrumento n. 2183842-90.2016.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes D'Angelo, j. em 02/02/2017).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Busca e Apreensão. Liminar deferida. Comparecimento espontâneo da requerida nos autos requerendo a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Decisão que determinou à requerida a informação da localização do veículo. INCONFORMISMO da requerida deduzido no Recurso. REJEIÇÃO. Devedora que tem o dever de informar a localização do veículo. Negativa que pode caracterizar ato atentatório à dignidade da Justiça. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.***" (Agravo de Instrumento n. 2158486-93.2016.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. em 29/11/2016).

Mais não é preciso que se diga para manter incólume a decisão objurgada.

III - Conclusão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2034361-19.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante REGINA APARECIDA DO VALLE BOZ SILVESTRE, é agravado EDUARDO BERTIN CABRAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21833)**

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

São Paulo, 25 de setembro de 2017.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - Decisão que acolheu a preliminar de ilegitimidade de parte e

determinou a emenda da petição inicial - Afastamento - Dúvida quanto à propriedade do animal - tanto o dono, como o detentor podem ser responsabilizados civilmente e, na hipótese dos autos, havendo necessidade de produção de provas para averiguar a culpa antes de definir a responsabilidade, de rigor que ambos ocupem o polo passivo da demanda. - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por REGINA APARECIDA DO VALLE BOZ SILVESTRE, nos autos da "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS", que move em face de EDUARDO BERTIN CABRAL, contra a decisão de fls. 263/264, complementada às fls. 269/270, todas dos autos principais, da Juíza ARIANE DE FÁTIMA ALVES DIAS PAUKOSKI SIMONI, que determinou a exclusão do agravado do polo passivo da lide e a emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento da inicial.

Inconformada, a Agravante alega, em síntese, que: a) postulou a inclusão de Manoel Eduardo M. Cabral como sujeito passivo da lide e não a substituição ao ora agravado; b) que o agravado e seu genitor respondem solidariamente pelos danos causados por seu cachorro (fls. 01/06).

O recurso deixou de ser preparado, em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita (fl. 94, autos principais) e foi instruído com as peças de fls. 07/125.

Às fls. 127/128, foi concedido o efeito suspensivo à decisão agravada. Na mesma oportunidade, foi determinada a intimação do Agravado para apresentar resposta, bem como facultada a manifestação sobre eventual oposição ao julgamento virtual do recurso.

O agravado apresentou contrariedade ao recurso às fls. 132/135, postulando pelo improvimento do agravo.

Finalmente, não houve oposição ao julgamento do presente recurso por meio de sessão virtual desta Câmara (fl. 136).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da Magistrada de primeiro grau, a r. decisão merece reforma.

Com efeito, trata-se de ação indenizatória em razão de ataque sofrido pelo cão da agravante, pelo animal do agravado e seu genitor.

A agravante ajuizou a lide contra EDUARDO BERTIN CABRAL, ora

Acesso ao Sumário

agravado, informando ser ele o dono do animal e que seu pai, Sr. MANOEL apenas ajudou a apartar o ataque.

Na peça defensiva, outrossim, foi levantada preliminar de ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que o animal pertence ao pai do agravado, Sr. Manoel Eduardo M. Cabral.

Entretanto, dispõe o artigo 936, do Código Civil:

"**O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior**".

Vê-se que tanto o dono, como o detentor podem ser responsabilizados civilmente e, na hipótese dos autos, havendo necessidade de produção de provas para averiguar a culpa antes de definir a responsabilidade, de rigor que ambos ocupem o polo passivo da demanda.

Assim, além de não ser caso de acolher a preliminar de ilegitimidade de parte, faz-se necessário o acolhimento do pedido de inclusão do Sr. Manoel Eduardo M. Cabral como sujeito passivo da demanda.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para afastar a decisão que reconheceu a ilegitimidade de parte do agravado, bem como incluir Manoel Eduardo M. Cabral como sujeito passivo da lide**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2176980-69.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante WANDERLEY GODOY, é agravado FREDERICO FRANKLIN FOWLER.

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 20.398)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Pedido para reprodução digital da declaração de imposto de renda da parte adversa.

Acesso ao Sumário

Descabimento. Flexibilização da regra da publicidade dos atos processuais, em prol da defesa da intimidade ou interesse social (CF, art. 5, LX, e art. 93, IX). Informações resguardadas pelo sigilo fiscal, que apenas podem ser utilizadas em caráter excepcional, para a devida instrução do processo (Provimento CSM 293/86). RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Wanderlei Godoy**, visando à reforma da r. decisão proferida nos autos da **ação de execução de título extrajudicial**, decorrente de contrato de locação, que indeferiu seu pedido para a reprodução digital da declaração de imposto de renda do executado, a qual se encontra depositada em cartório.

Inconformado, o exequente argumenta com a possibilidade de acesso a referidas informações, já que o feito não se encontra sob segredo de justiça.

O agravante cumpriu as formalidades dos artigos 1.016 e 1.017, ambos do NCPC. Desnecessária a requisição de informações ao juízo de primeira instância.

Preenchidos os requisitos legais, o recurso tramitou sem a concessão da tutela recursal almejada (fls. 63).

Contraminuta a fls. 65/66.

É o relatório.

O ponto nodal da controvérsia trazida à apreciação desta instância recursal diz respeito à possibilidade de se autorizar a reprodução, mecânica ou digital, do conteúdo das declarações de imposto de renda fornecidas pelo agravado.

Descabe, porém, razão ao agravante.

Observe-se que o douto magistrado, com a prudência que se espera de todo o julgador, tratou de aplicar ao caso a legislação de regência. E esta, como é consabido, não preconiza a possibilidade de quebra do sigilo de informações, nos moldes pretendidos pelo agravante.

A Constituição Federal, em seu art. 93, inc. IX, dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos; mas, no inc. LX de seu art. 5º, estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Com efeito, a publicidade dos atos processuais deve ser mitigada, portanto, a fim de tutelar a preservação de interesses personalíssimos, dentre os quais se encontra abrangida a declaração de imposto de renda à Receita Federal.

Vale trazer ao proscênio, a propósito, o que dispõe o Provimento n°

Acesso ao Sumário

293/86 do Conselho Superior da Magistratura:

"**Art. 4º** *As informações sobre situação econômico - financeira serão transmitidas pela Receita federal diretamente ao Juízo e, para preservar o sigilo, na hipótese de se destinarem a processo de execução, deverão permanecer arquivadas em pasta própria do Cartório, intimando-se o interessado para ciência, no prazo de trinta dias, com certidão a respeito nos respectivos autos.*

§ 1º *É vedada a extração de cópia reprográfica das informações.*

§ 2º *Decorrido o prazo assinalado neste artigo, as informações serão destruídas mecanicamente ou incineradas.*

Art. 5º *Quando se destinarem á instrução de processo, as informações sobre situação econômico-financeira da parte serão juntadas aos autos, passando o feito a correr em segredo de justiça para preservação do sigilo.*

Dentro dessa ordem de ideias, é forçoso convir que as informações relativas à declaração de bens do agravado possuem serventia apenas à instrução do processo, devendo ser permitida somente sua consulta em cartório.

Nesse sentido é o seguinte julgado:

"**EXECUÇÃO** - *Pedido de cópia de declaração de rendimentos fornecida pela Delegacia da Receita Federal por interferência do Poder Judiciário - Impossibilidade - As informações ali contidas são resguardadas pelo sigilo fiscal, somente utilizadas, excepcionalmente, para a devida prestação jurisdicional no processo executório - Possível a análise de tais dados em cartório - Inexistência de violação a lei ordinária, porque o sigilo fiscal, defendido no provimento administrativo, visa resguardar garantia constitucional* - **Recurso improvido.**"[1]

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2049681-12.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CAROLINA MIZUMUKAI, é agravado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL ANA CAROLINA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.051)**

1 Ext. 1º TAC - 6ª Câmara - Agravo de Instrumento nº 0019752-27.2001.8.26.0000 - Rel. Juiz **Benedicto Jorge Farah** - J. 22/05/2001.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), NESTOR DUARTE e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 6 de outubro de 2017.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Cumprimento de Sentença em ação de cobrança de verbas condominiais. Agravo de instrumento. Avença sobre transferência de titularidade de imóvel em dissolução de sociedade de união estável jamais levada a registro no CRI. Inalterada a legitimidade para responder pela dívida *propter rem* executada. Indeferimento de substituição de devedor originário com fundamento nos inc. III do art. 779 do CPC c.c. o art. 299 do CC. Acerto da decisão Agravada. Substituição do devedor dependente do aceite do credor. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I. RELATÓRIO

Recebo o presente agravo de instrumento. Trata-se de insurgência contra decisão proferida em autos de cumprimento de sentença em ação de cobrança de débitos condominiais consistente no deferimento da impugnação à gratuidade de justiça e no indeferimento do pleito de substituição da agravante por seu ex-companheiro de união estável no polo passivo da demanda, dada a falta de anuência do credor.

O recurso foi devidamente contraminutado, com argumentos centrados em alegadas evidências de que a agravante não faria jus ao benefício da gratuidade de justiça, bem como em sua suposta deslealdade processual em se utilizar de inúmeros subterfúgios protelatórios a obstarem a satisfação do crédito.

Segundo o agravado, inócua é a intenção da agravante de arguir extemporaneamente sua ilegitimidade passiva para responder pela satisfação do crédito ao argumento de que, em autos apartados de dissolução de união estável, seu ex-companheiro teria assumido a titularidade do imóvel, cujas verbas condominiais pendem de pagamento.

Cabe assinalar que, em razão de anterior e escorreita decisão da relatora que funcionou inicialmente neste feito recursal, restara determinado à agravante que trouxesse aos autos documentos hábeis à demonstração dos requisitos legais que lhe franqueassem acesso à gratuidade de justiça ou, alternativamente, que recolhesse as custas processuais, face à existência de elementos objetivos a

Acesso ao Sumário

indicarem evolução patrimonial incompatível com o benefício pleiteado.

Em resposta, veio aos autos o comprovante de recolhimento de custas, do que decorre implícita e inexoravelmente a perda de objeto do Agravo no que diz respeito ao capítulo dedicado ao benefício pleiteado, uma vez que a agravante dele abdicou ao deixar de carrear aos autos elementos essenciais à gratuidade, ao mesmo tempo que comprovava o recolhimento de custas.

Portanto, a matéria controvertida no recurso fica adstrita à possibilidade de substituição do executado no polo passivo da execução, sem a devida anuência do credor.

Ressalte-se que a Agravante fundamenta seu pleito no alegado fato de que a responsabilidade frente ao condomínio exequente teria sido transferida para seu ex-companheiro mediante pacto homologado judicialmente em autos apartados de dissolução de união estável que teria assentado a transferência da titularidade do imóvel para Camilo Salvador Garcia Junior.

É a síntese do quanto necessário.

II. FUNDAMENTAÇÃO

É de rigor o desprovimento do recurso.

A agravante reconhece em suas razões que a transferência da titularidade do imóvel só não se implementou, e diga-se, com a devida anotação no registro de imóveis, em razão da letargia de seu ex-companheiro, Camilo Salvador Garcia Junior, em adotar as providências atinentes à espécie.

De fato, o Expediente Processual nº 154/2013, em que se reconheceu e dissolveu a união estável entre a agravante e Camilo Salvador Garcia Júnior, estabeleceu, em audiência de conciliação em 25/04/13, o ajuste de transferência de titularidade do terreno situado no condomínio agravado para o ex-companheiro da agravante, tendo o acordo sido homologado judicialmente em 20/05/13.

Chama a atenção o fato de que, mesmo após esse ajuste ocorrido no âmbito da conciliação em autos apartados, a agravante, sem mencionar a avença homologada, seguiu peticionando em nome próprio na fase de conhecimento da cobrança ajuizada pelo agravado, tendo apelado da sentença em 22/05/13, interposto Recurso Especial e Recurso Extraordinário em 20/02/14, agravado do despacho denegatório de seguimento do Recurso Especial, ao qual o Superior Tribunal de Justiça, após conhecer do recurso, negou provimento em decisão monocrática do Ministro Antonio Carlos Ferreira, em 17/09/15.

A agravada só veio a mencionar a referida avença em petição de 20/07/16, com evidente intento de se fazer substituir no polo passivo da execução. A recusa do credor, entretanto, ensejou o indeferimento do pleito com fulcro no inc. III do art. 779 do CPC c.c. o art. 299 do CC.

Deve-se reconhecer que a avença homologada e invocada pela agravante

Acesso ao Sumário

para impor ao agravado sua ilegitimidade passiva e, consequente, a substituição de um devedor pelo outro, resume-se a mero plano de intenções jamais levado a registro no CRI, não tendo o condão de impor ao credor a substituição processual pleiteada.

Assinale-se ainda que na "Declaração de Propriedade/Domínio de Imóvel" carreada às fls. 105 deste feito, em que Camilo S. Garcia Júnior declara ser o proprietário do referido bem, o declarante conclui com a afirmação de que "*se compromete no prazo de 90 (noventa dias) estar regularizando a propriedade junto ao CRI*".

A agravante, portanto, reconhece, ainda que implicitamente, que tal documento por ela carreado não opera qualquer efeito prático, não transcendendo ao plano da mera intenção, qual seja a de dar efeito legal à avença homologada através da devida regularização junto ao CRI da comarca do imóvel.

Note-se que não vieram aos autos notícias de que tal regularização tenha de fato ocorrido, razão pela qual, ainda que o objeto do presente cumprimento de sentença refira-se a dívida *propter rem*, não se concebe que a transferência de responsabilidade se opere eficazmente a partir de meras intenções que jamais foram levadas a registro.

Nessa circunstância, a substituição de um devedor pelo outro fica essencialmente condicionada ao aceite pelo credor, que não tendo ocorrido no caso, torna inexitosa a tentativa de se impor, através do presente recurso, aquilo que facilmente seria alcançado com as devidas providências que cabiam à agravante e ao seu ex-companheiro, mediante diligência junto ao cartório de registro imóveis.

Os dispositivos legais que fundamentaram a decisão agravada fixam, de fato, a hipótese da execução ser promovida contra novo devedor que assuma a obrigação inscrita no título executivo, se anuente o credor.

Não sendo essa a hipótese dos autos, e não tendo a agravante e o pretendente a substituí-la no polo passivo da ação se desincumbido da regularização registral da avença quanto à transferência da titularidade do imóvel, faz-se despiciendo o intento de se impor ao credor agravado aquilo que a lei lhe faculta aceitar ou não, conforme sua conveniência que, no caso, tem a ver com receios de insolvência que frustrem a execução.

III. CONCLUSÃO

Nesse cenário, a legitimidade da agravante segue intacta, submetendo-se o pleito de substituição de parte no polo passivo ao necessário aceite do credor, nos exatos termos do inc. III do art. 779 do CPC, c.c. o art. 299 do Código Civil, que bem fundamentaram a decisão agravada, a qual deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao presente agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022295-24.2008.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante DARUMA TELECOMUNICAÇÕES E INFORMATICA S.A., é apelado TRIO TECNOLOGIA INDUSTRIAL LTDA.

ACORDAM, em 3ª 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 40.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Propriedade Industrial. Ação ordinária com preceito cominatório. Cerceamento de defesa inexistente. Suposta nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, não verificada. Conjunto probatório suficiente para a solução da lide. Desnecessidade de qualquer esclarecimento, por parte do perito judicial, e muito menos de nova perícia. Comprovação, em sede de perícia, da alegada contrafação. Autora detentora de patente registrada no INPI. Enquanto estiver em vigor o privilégio concedido para o produto, a fabricação deste, sem autorização do titular da patente, constitui delito. Indenização devida apurável em liquidação com parâmetros nos artigo 208, 209 e 210 da Lei 9.279/96. Fixado prazo de 60 (sessenta) dias, contado da intimação deste acórdão, para que a ré apelante recolha todos os equipamentos contrafeitos (USL) indicados na exordial, sem prejuízo daqueles já dispostos em circulação. Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça. RECURSO

Acesso ao Sumário

PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária com preceito cominatório, fundada em violação de patente industrial, ajuizada por TRIO TECNOLOGIA INDUSTRIAL S/A em face de DARUMA TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA S/A, julgada **PROCEDENTE** nos termos da r. sentença de fls. 2011/2015, prolatada pelo i. magistrado José Claudio Abrahão Rosa, cujo relatório adoto, carreando à demandada o pagamento das custas, das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados por equidade em R$5.000,00 (cinco mil reais).

Apela a requerida suscitando, preliminarmente, cerceamento de defesa, com realização de nova perícia, vez que não foram observadas as distinções técnicas entre as duas patentes, salientando que o laudo pericial foi deficitário e incompleto. No mérito, bate-se pela improcedência alegando inexistência de violação ao direito de propriedade industrial, bem como seja fixado prazo para cumprimento da obrigação (fls. 2051/2095).

Contrarrazões apresentada às fls. 2174/2187.

Há oposição ao julgamento virtual às fls. 2194.

É o relatório.

Inicialmente, deve-se anotar que a ação, a sentença e o recurso de apelação tramitaram sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, por tal razão serão aplicadas as normas do referido Código de Processo Civil, e não as do Código de Processo Civil de 2015.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, vez que o conjunto probatório coletado, composto não só pelos documentos juntados aos autos pelas partes, mas, também, por prova pericial, de fato, se revela suficiente para a solução da lide, não se vislumbrando necessidade de qualquer outro esclarecimento, por parte do *expert* judicial, além daqueles que prestou, e muito menos de nova perícia, haja vista que as questões técnicas especificamente atinentes ao tema, relacionadas - as patentes PI0007119-6 (autora) e PI0106547-5 (ré) -, foram detidamente elucidadas pela perícia judicial.

Posto isso, passa-se à apreciação do mérito recursal.

Cuida-se de ação ordinária com preceito cominatório, ajuizada por TRIO TECNOLOGIA INDUSTRIAL LTDA., em face de DARUMA TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA S/A, com o objetivo de coibir a prática pela ré de violação de patente de titularidade da autora, especificamente a "reprodução" desautorizada do objeto da Patente de Invenção nº PI 0007119-6, intitulada "SISTEMA ANTIBURLA PARA TELEFONES PÚBLICOS", bem como obter indenização pelos danos causados pelo ilícito praticado, invocando a Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial - LPI).

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que a requerente é titular de um produto, o qual foi por ela patenteado na data de 14/08/2007, como se observa às fls. 26/47 com a carta-patente nº PI 0007119-6 (*Patente de Invenção*). Tal produto, totalmente inédito no mercado, possui a finalidade de evitar as frequentes fraudes em aparelhos telefônicos públicos, de tal forma que impede a conexão de telefones comuns às linhas telefônicas públicas. O referido sistema desenvolvido conhecido como "*sistema anti-tapping*", foi divulgado no mercado pela autora com a marca "**Gerenciador Telefônico DETEC**" - fls. 04.

Ocorre que a ré também utiliza tal sistema em todo o território nacional, fabricando e comercializando indevidamente o produto denominado "Unidade de Segurança de Linha" - USL 100, também configurado um dispositivo antifraude. No entanto, aquele é patenteado pela autora, sendo de sua absoluta exclusividade. Assim, tal ato caracteriza-se ilícito.

A r. sentença julgou PROCEDENTE a ação, nos seguintes termos "*(...) condeno a ré a abster-se do uso de produtos que incorporem sistemas iguais ou semelhantes ao objeto da patente PI0007119-6, a destruir todos os produtos que haja fabricado em violação da referida questão, e a se abster de veicular anúncios de qualquer natureza sobre os produtos em questão, bem como a retirar todos os produtos contrafeitos instalados em telefones para os quais foram fornecidos, tudo sob pena de multa diária de R$1.000,00. Condeno a ré a pagar à autora indenização pelas perdas e danos decorrentes do uso indevido da patente em questão. Tais perdas e danos serão oportunamente arbitrados em liquidação*". Condenou ainda a ré ao pagamento das despesas do processo e dos honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em R$5.000,00.

Rejeitados os Embargos de declaração que se seguiram ao julgado (fls. 2028/2034 e 2036).

A r. sentença merece pequena reparação.

Há de se observar que o INPI concedeu à autora a Carta Patente nº PI 0007119-6, do produto indicado na inicial (fls. 02), conforme se verifica de fls. 26.

Acesso ao Sumário

Portanto, em razão deste registro, a autora passou a ser a legítima proprietária da produção do equipamento de segurança em questão, o que lhe confere exclusividade do seu uso no âmbito das atividades alcançadas pelo registro, como preceitua o artigo 42 da Lei nº 9.279/96:

"Artigo 42: A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado".

A respeito da matéria, cabe mencionar o que ensina **João da Gama Cerqueira**, *in* "Tratado da Propriedade Industrial", 2ª ed., vol. 1, "Revista

dos Tribunais", pp. 632, 546-547 e 711-713: "*O conceito da contrafação dos modelos de utilidade é o mesmo já exposto em relação às invenções consistentes num produto industrial, devendo-se, porém, ter sempre em vista que o objeto da proteção legal, no caso dos modelos de utilidade é o próprio modelo, e não a ideia que o inspirou, como se dá no caso das invenções. (...) Desse modo, para se apreciar a contrafação, deve-se considerar o modelo de modo objetivo, de acordo com a forma que o caracteriza, o que constitui a sua novidade. Para que a contrafação se verifique não é necessário, entretanto, que o modelo patenteado seja reproduzido de modo integral ou copiado servilmente, considerando-se como infração do privilégio mesmo a reprodução parcial ou a imitação dos característicos do modelo, daquilo que ele tem de essencial e novo. Não importam as modificações acidentais, secundárias ou acessórias. As diferenças mais ou menos numerosas entre o modelo patenteado e o contrafeito destinam-se, muitas vezes, a disfarçar a contrafação praticada e a servir de base para a defesa do infrator. (...) Convém, ainda, advertir que, nos casos de contrafação, não se cogita da possibilidade de confusão entre o modelo privilegiado e o contrafeito, critério que só tem aplicação no caso das marcas de fábrica e de comércio. O fato de não haver possibilidade de confusão entre os dois modelos não afasta, necessariamente, a contrafação, que pode existir, desde que os característicos do modelo privilegiado sejam reproduzidos ou imitados. (...) Vimos, anteriormente, que a patente concedida para a invenção de novo produto assegura ao inventor o direito exclusivo de fabricá-lo e de impedir que terceiros o fabriquem, por diverso que seja o processo ou meio empregado na sua fabricação. Não importa, portanto, que o processo seja diferente do empregado pelo concessionário da patente, nem que seja privilegiado: enquanto estiver em vigor o privilégio concedido para o produto, a fabricação deste, sem autorização do titular da patente, constitui delito*".

Aliás, a titularidade exclusiva de produzir, usar, vender ou importar, são direitos, inclusive, garantidos constitucionalmente, de acordo com a previsão do artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988: "*a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*".

A perícia judicial de fls. 1747/1905 expôs de forma pormenorizada os aspectos comparativos abrangendo as duas patentes, inclusive quadro comparativo das reivindicações da apelante e da apelada em relação às patentes que abrangem a demanda, bem como respostas aos quesitos das partes e esclarecimentos complementares (fls. 1656/1736 e 1967/1980).

No mais, concluiu o *expert* que a análise comparativa do produto constante da patente de invenção da ré ora apelante (PI 106547/5) e do modelo do

Acesso ao Sumário

produto da autora ora apelada (PI 0007119-6) demonstra que o produto daquela "(...) *se utiliza da técnica protegida pela patente em vigor de titularidade da Requerente*"- fls. 1972/1973, havendo, assim, contrafação em relação à patente respectiva da qual a recorrida é titular.

Note-se que o i. perito asseverou ainda que "(...) *a patente PI0007119-6, concedida à Requerente pelo INPI, está válida e produzindo todos os efeitos previstos em lei, uma vez que não houve antecipação de tutela emanada por autoridade competente que suspendesse os efeitos de proteção dessa patente*" - fls. 1971.

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

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA PARTE ADVERSA ACOLHIDA PELA DECISÃO MONOCRÁTICA. NECESSIDADE DE AJUSTAR O ACÓRDÃO ESTADUAL À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência do STJ, *'A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito*' (REsp 1281448/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 08/09/2014). 2. Agravo interno não provido." (AgInt no AREsp 862.862/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 24/06/2016).

Aliás, a carta patente PI0007119-6 está válida até novembro de 2020 e produzindo todos os efeitos previstos em lei (fls. 26 e 1780).

O nobre magistrado sentenciante relatou, que: "*Embora a ré haja trazido manifestação dos (sic) discordância quanto às conclusões do perito e ao teor do laudo pericial, apresentando quesitos aos quais chamou de complementares, na verdade o pedido de complementação, na hipótese, se traduz em simples tentativa infundada de conseguir resultados diversos decorrentes do mesmo estudo pericial já suficientemente elaborado, com precisão e esmero pelo perito judicial*".

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, restou demonstrado nos autos, em especial pelo laudo técnico, que a ré, durante o período de vigência da patente da autora, comercializou e industrializou indevidamente equipamento de segurança para telefones públicos similares à da apelada.

Ademais, não há necessidade, repise-se, de nenhum esclarecimento

adicional, por parte do perito judicial, além daqueles que prestou (fls. 1967/1980), máxime diante do teor de suas conclusões, bastante claras, diga-se, constantes da parte final do laudo pericial: "*Houve violação, **por parte da Requerida**, dos direitos da Requerente concedidos pelo INPI através da carta patente PI0007119-6, quando a primeira passou a fabricar e a comercializar produtos antifraude segundo o pedido de patente PI0106547-5 que, como demonstrado, colide com o objeto protegido pela patente PI0007119-6*" - fls. 1780/1781.

Neste mesmo sentido, confira-se os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça:

"*PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DESENHO INDUSTRIAL. REPRODUÇÃO INDEVIDA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1. A prova pericial confirmou a reprodução pela ré de um dos desenhos industriais da autora, que contou com análise de mérito junto ao INPI, que confirmou a respectiva originalidade. 2. As impugnações da ré ao registro do INPI sequer podem ser conhecidas, pois, deverão ser examinadas em demanda própria na qual se pretende a declaração de nulidade. Confirmada, por ora, a validade dos registros da autora, não se pode negar a reprodução indevida, fato confirmado pelo perito. 3. Caracterizada a reprodução indevida de desenho industrial da autora, é o quanto basta para confirmar a concorrência desleal. Indenização por danos morais e materiais devidos. 4. Recursos não providos*" (Apelação nº 0026837-35.2013.8.26.0003, de São Paulo, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 27/03/2017 e Apelação nº 0209803-10.2006.8.26.0100, de São Paulo, Rel. Des. ERICKSON GAVAZZA MARQUES, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 10.05.2017).

Suficiente, portanto, se afigura a farta documentação constante dos autos e a prova técnica produzida às fls., para ratificar o decreto de procedência exarado na origem.

Lado outro, a Lei 9.279/96, em seu art. 44, assegura ao titular da patente o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão.

Especificamente quanto aos danos materiais decorrentes da contrafação evidenciada nos autos, a pretensão da autora/apelada encontra amparo nos artigos 208, 209 e 210 da Lei 9.279/96 e restou dirimida com acerto pelo r. Juízo de origem, determinando sua apuração em sede de liquidação de sentença.

Quanto ao prazo para cumprimento da obrigação, assiste razão à apelante, devendo a r. sentença sofrer reparo.

Note-se que o parágrafo 4º, do art. 461, do Código de Processo Civil, dispõe que o juiz pode, na hipótese de conceder tutela liminarmente ou mediante

Acesso ao Sumário

justificação prévia, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, **fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.** (grifei)

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA Nº 284/STF. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PRAZO RAZOÁVEL PARA CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO. ART. 461, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITO TEMPORAL INTRÍNSECO. 1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284/STF. 2. De acordo com o art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, o juiz poderá, em medida liminar ou na própria sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. 3. A fixação de prazo para cumprimento da obrigação é requisito intrínseco para incidência da multa cominatória. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido*" (REsp nº 1455663/PE, Rel. Min. **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, julgado em 7.8.14 e publicado em 25.8.14).

A determinação da retirada de circulação revela-se medida de difícil alcance (distribuição de lotes já realizada e equipamentos já instalados). Torna-se, desse modo, mais consentâneo e proporcional fixar um termo inicial razoável a partir do qual deverá a ré/apelante recolher todos os equipamentos contrafeitos (USL) indicados na exordial, dentro do prazo de 60 (sessenta dias) contados da data de publicação deste acórdão, sem prejuízo daqueles já dispostos em circulação. No caso de descumprimento, mantem-se a pena de multa diária arbitrada em sentença, posto que o escopo do instituto é justamente compelir a parte a cumprir o julgado imediatamente, máxime para se homenagear as decisões judiciais.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para fixar o prazo de 60 (sessenta) dias, contado da intimação deste acórdão, para que a ré apelante recolha todos os equipamentos contrafeitos (USL) indicados na exordial, sem prejuízo daqueles já dispostos em circulação. Mantida, no mais, a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1111921-50.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AYRTON

JOSÉ BONATO JÚNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL 1.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37672)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por dano moral - Cobrança efetuada via telefônica, de modo constante e insistente, qualificada por ameaças de protesto extrajudicial, negativação em cadastros de proteção ao crédito e execução judicial, efetuada com base em instrumentos de cessão de crédito decorrente de dívidas supostamente em nome do autor - Abusividade manifesta - Ausência de comprovação da regularidade da constituição dos créditos - Ônus do réu, que exerce atividade de risco, do qual não se desincumbiu - Dano moral - Configuração - Recurso visando à majoração do importe fixado a título de danos morais e da verba honorária de sucumbência - Possibilidade nas circunstâncias - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação indenizatória de danos morais, relativa a cobrança indevida, para condenar o réu a pagar ao autor indenização por dano moral no valor de R$1.000,00. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada a arcar com custas e despesas processuais, corrigidas desde o desembolso, mais honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Recorre o autor sustentando, em síntese, a majoração do *quantum* indenizatório arbitrado pela sentença, bem como da verba honorária.

Recurso processado e respondido.

É o relatório.

O autor reclama do assédio que recebe do réu, por conta de alegadas

Acesso ao Sumário

dívidas em aberto existentes em seu nome. Ao fazê-lo, afirma ser alvo de insistentes contatos telefônicos, diários, por parte de escritório de cobrança preposto do réu, que se fazem acompanhar de constantes ameaças de protesto extrajudicial, negativação em cadastros de proteção ao crédito, proposição de execução judicial, na hipótese de relutância de pagamento imediato, tudo a lhe causar evidentes transtornos e aborrecimentos. Relata, ainda, a recusa deste em fornecer cópia dos documentos que originaram essas dívidas e lastreiam as respectivas cobranças, circunstância essa que impossibilita o exercício de sua defesa em qualquer esfera.

Portanto, com este ajuizamento, o autor visa não só fazer cessar o comportamento do réu, que reputa abusivo, como também uma indenização pelos danos morais que alega experimentar em razão desses fatos.

Em sua defesa, ao argumentar com a legalidade das cobranças reclamadas, o réu tornou incontroversa as alegações do autor. E, em sua defesa, apresentou certidões extrajudiciais que comprovam que os contratos que originaram essas cobranças, foram objeto de "*instrumento particular de convênio para cessão de créditos e outras avenças*", firmados entre o réu cessionário e as instituições financeiras cedentes, CETELEM BRASIL S/A e BANCO CITICARD S/A (págs. 163/164).

Pois bem.

O autor afirma desconhecer as dívidas que se lhe imputam, originadas em supostos contratos existentes em nome do autor com a CELETEM (saldo devedor de R$2.237,48) e com o CITICARD (saldo devedor de R$5.264,07), posteriormente objetos de cessão de crédito entre estas, cedentes, e o réu, cessionário. E, em casos que tais, é o que basta, a ele não tocando produzir prova negativa do quanto alegado.

Em juízo, cabia ao réu apresentar justificativa convincente para sua atitude, demonstrando a licitude da constituição desses créditos que dão causa às cobranças contra as quais o autor se opõe.

A esse respeito, o réu apresentou duas certidões emitidas pelo 7º Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital/SP, dando conta do registro daqueles instrumentos de cessão de crédito (págs. 163/164), e nada mais.

Mas alegar direito de cobrar dívida de quem quer que seja, fundado exclusivamente em instrumentos de cessão de crédito, os quais, oportuno ressaltar, não contam com a anuência do suposto devedor, sujeita o agente à responsabilização decorrente desses atos, que extrapolam o razoável.

Ademais, o réu se descurou do ônus que lhe competia, de comprovar a regularidade dos contratos creditórios em nome do autor, fruto dos instrumentos de cessão de crédito mencionados, o que não se pode admitir.

Acesso ao Sumário

Como bem salientado na sentença, "*na conduta do réu, verifica-se omissão culposa que gerou dano ao autor*".

Isso porque, ante a possibilidade da ocorrência de fraude na contratação primitiva em nome do autor, assume o risco de gerar dano a outrem aquele que formaliza cessões de crédito com o intuito de efetuar as respectivas cobranças, mas o faz sem tomar as devidas cautelas quanto à veracidade da constituição daqueles créditos.

Pela conduta - por fim revelada injusta - que abusivamente importuna terceiros com insistentes ameaças de protesto extrajudicial, de execução judicial e de negativação nos cadastros de proteção ao crédito, deve o réu responder, pois manifesto o abalo psicológico que causou ao autor, sendo evidente o dano moral daí decorrente, que se presume *in re ipsa*, desnecessária a prova do reflexo material do prejuízo.

Enfim, sobre estes fatos nem haveria necessidade de maiores esclarecimentos, afinal o recurso é só do autor e visa ao incremento dos danos morais, não fosse a necessidade de justificar a elevação da condenação fixada na sentença, o que se passa a fazer.

A esse respeito, preservado o entendimento do magistrado, manifestamente insuficiente os R$1.000,00 (mil reais) arbitrados a esse título. Tal importe, por irrisório, distancia-se dos padrões de razoabilidade e não cumpre a função de desestímulo ao réu, para que condutas dessa ordem não venham a se repetir.

Portanto, sem causar enriquecimento indevido ao ofendido, fica provido o recurso para majorar a condenação fixada a título de danos morais para R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária pela tabela prática deste e. Tribunal a partir deste arbitramento (súmula 362, STJ), e juros de mora contados a partir da citação (art. 405, CC).

Majorada a condenação pelos danos morais, merece reajuste igualmente a verba honorária de sucumbência, ora fixada em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso do autor, nos termos acima delineados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001569-33.2010.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que são apelantes/apelados BASPONTO EVENTOS PRODUÇÃO E PUBLICIDADE LTDA. e ABRIL COMUNICAÇÕES S/A, são apelados/apelantes ROGÉRIO DE

Acesso ao Sumário

FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA), ANGELA MARGARIDA TOSI DE FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA), ELAINE RIBEIRO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), FERNANDA CRISTINA RIBEIRO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e GABRIELE RIBEIRO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado WDB SOM LUZ VIDEO & EVENTOS LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U. Sustentaram oralmente o Doutor Alexandre Ferreira Lopes, o Doutor Luiz Gustavo Friggi Rodrigues e o Doutor Alexandre Fidalgo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - ÓBITO DOS PARENTES DOS AUTORES OCORRIDO EM ALOJAMENTO DENTRO DE EVENTO REALIZADO PELAS RÉS, EM VIRTUDE DE ASFIXIA POR GASES IRRESPIRÁVEIS ADVINDOS DE AQUECEDOR A GÁS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA CORRÉ BASPONTO DEVIDAMENTE RECONHECIDA - RÉ CONTRATADA PELA EDITORA ABRIL PARA A EXECUÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE TODO O EVENTO - CULPA DAS RÉS QUE NÃO ADOTARAM PROVIDÊNCIAS A FIM DE GARANTIR A SEGURANÇA DAS PESSOAS QUE TRABALHAVAM NO LOCAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DAS VÍTIMAS - OMISSÃO, ADEMAIS, NA VIGILÂNCIA, TENDO EM VISTA QUE O AQUECEDOR DEVE SER UTILIZADO APENAS EM ÁREAS EXTERNAS - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA-EMPREGADORA INDEVIDAMENTE AFASTADA - DEVER DE RESPONDER POR DANOS CAUSADOS A SEUS FUNCIONÁRIOS E CONTRATADOS - PENSÃO MENSAL DEVIDA AOS PAIS DO FALECIDO - PRESUNÇÃO DE AUXÍLIO MÚTUO

Acesso ao Sumário

NA MANUTENÇÃO DO LAR - PENSÃO FIXADA ÀS ENTEADAS DA VÍTIMA - DEPENDÊNCIA FINANCEIRA NÃO DEMONSTRADA - PROVIDÊNCIA NECESSÁRIA NO CASO - VERBA INDEVIDA - DANOS MORAIS QUE, NO CASO, PRESCINDEM DE COMPROVAÇÃO - INDENIZAÇÃO, NO ENTANTO, EXCESSIVA - REDUÇÃO DETERMINADA - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Rogério de Freitas, Ângela Margarida Tosi de Freitas, Elaine Ribeiro de Souza, Fernanda Cristina Ribeiro de Souza e Gabriele Ribeiro de Souza contra Editora Abril S/A, WDB Som Luz Vídeo & Eventos Ltda. e Basponto Eventos Produção e Publicidade Ltda. e, em apenso, ação indenizatória ajuizada por Tânia Lúcia Conceição Borges Ottoni e Paulo Roberto Ottoni (Processo nº 0002286-11.2011.8.26.0116 - 669/11) em face das mesmas requeridas, que a respeitável sentença de fls. 1660/1687, aclarada a fls. 1698/1704 deste e a fls. 1005/1007 do apenso, cujo relatório fica adotado, julgou parcialmente procedente, condenando, solidariamente, as rés Editora Abril S/A e Basponto Eventos Produção e Publicidade Ltda.: ao pagamento de indenização por danos morais, a cada grupo familiar autor, no valor de R$ 339.000,00, correspondente a 500 salários mínimos, com incidência de correção monetária a partir da sentença e juros de 1% ao mês a partir do evento danoso; ao pagamento de indenização por danos materiais aos autores Rogério de Freitas, Ângela Margarida Tosi de Freitas, Elaine Ribeiro de Souza, Fernanda Cristina Ribeiro de Souza e Gabriele Ribeiro de Souza dos valores relativos aos bens citados na inicial (fls. 27/28) e que estiverem relacionados nos documentos de fls. 898/899 e 909/911, devidamente corrigidos e com juros de mora a partir do evento danoso; pensão mensal às autoras Elaine, Fernanda e Gabriele no valor correspondente a 2/3 dos últimos 12 rendimentos mensais de Ronei até a data em que este completaria 65 anos de idade ou até a data na qual as autoras Fernanda e Gabriele completarem 25 anos de idade ou até o falecimento de Eliane, ressalvado o direito de acrescer; pensão mensal às autoras Tânia e Paulo no valor correspondente a 2/3 dos rendimentos mensais de Renan desde sua morte até a data em que ele completaria 25 anos de idade e, após essa data, o valor equivalente a 1/3 dos seus rendimentos até que ele completasse 65 anos de idade ou até a data do falecimento dos autores, ressalvado o direito de acrescer, devendo as rés pagar

Acesso ao Sumário

as parcelas vencidas desde a morte das vítimas com correção monetária e juros de 1% ao mês a contar da data do evento danoso, bem como constituir capital, nos termos do artigo 475-Q, do Código de Processo Civil/1973; pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor total da condenação, abrangendo as parcelas vencidas e 12 vincendas.

Julgou, ainda, improcedente o pedido em relação à corré WDB Som Luz Vídeo e Eventos Ltda., condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 12.000,00.

Irresignadas, recorrem as partes.

A corré Basponto alega, em suma, que a sentença foi proferida em frontal desacordo com as provas e elementos constantes dos autos, tendo menosprezado o comportamento irregular das vítimas que foi o único motivo do trágico desfecho em debate. Afirma que a corré Editora Abril era a realizadora do evento e encarregada de todas as decisões a seu respeito, além de única beneficiária de todos os resultados e ela tinha a atribuição precípua de fazer a integração/interação de todos os prestadores de serviços contratados, a fim de possibilitar a respectiva atuação conjunta e possibilitar que as atrações do evento ocorressem de acordo com o projeto idealizado, não tendo qualquer poder decisório a respeito das acomodações dos colaboradores e fornecedores. Sustenta que não se pode cogitar da suposta impropriedade das habitações fornecidas às vítimas, não havendo qualquer confirmação objetiva/técnica a esse respeito. Assevera que a noite em que as vítimas faleceram seria a última que prestariam serviço, pois o desempenho dos mesmos vinha causando insatisfação, além do que tinham plena consciência de que não podiam levar o aquecedor para o quarto, mas mesmo assim o levaram de forma oculta, tendo sido questionados pela preposta da empresa SNS quanto à presença de tal equipamento no quarto e repreendidos pela empresa WDB. Argumenta que a questão da emissão dos alvarás é impertinente, uma vez que já tinha sido solicitada, não tendo responsabilidade sobre o atraso. Aduz que não houve qualquer omissão de sua parte, que o valor da indenização por danos morais arbitrado é excessivo e que, em relação a condenação ao pagamento de pensão mensal, a sentença foi contraditória, tendo em vista que afastou o pedido, no que se refere ao falecido Yuri, por contar com 25 anos de idade e quanto à vítima Renan arbitrou a pensão até que ele completasse 25 anos, reduzindo para 1/3 até quando ele atingisse 65 anos de idade, não havendo, ainda, comprovação de dependência econômica, não se podendo presumir, ainda, que a mera convivência de Ronei com Elaine gere a dependência de Fernanda e Gabriele cuja obrigação de mantença é, por lei, do pai biológico. Pede, ao final, a improcedência da ação. Ou, alternativamente, a redução dos valores arbitrados.

Acesso ao Sumário

A corré Abril Comunicações S/A alega, preliminarmente, que a sentença é nula, vez que deixou de observar o disposto nos artigos 131 e 458, incisos

I e II do Código de Processo Civil que impõem o dever de motivação das decisões judiciais e que a preliminar por ela invocada não poderia ter sido afastada, tendo em vista que a sentença proferida no juízo criminal entendeu pela inexistência de qualquer conduta ilícita por parte de seus representantes que tenha concorrido com a morte dos parentes dos autores. No mérito, insiste na culpa exclusiva das vítimas que retiraram o aquecedor do evento sem autorização, mesmo sabendo que não poderiam fazê-lo e estavam alcoolizados, além do que o local era adequado para habitação. Afirma que é de conhecimento do homem médio que aquecedores a gás, até pelas próprias dimensões, não são apropriados para utilização no quarto. Argumenta que a constituição de capital deve se restringir à família de Ronei e que a verba honorária é excessiva e, que caso seja mantida, deve constar expressamente a impossibilidade de atualização desde o arbitramento. Reitera, no mais, os fundamentos expostos no recurso da corré Basponto e pede o provimento do recurso.

Os autores recorrem insistindo na condenação da empresa WDB, haja vista sua responsabilidade na qualidade de empregadora das vítimas, na majoração da indenização por danos morais e na condenação de danos materiais aos pais de Yuri, pois ele lhes prestava auxílio financeiro. Pedem, ao final, o provimento do apelo.

Os recursos foram recebidos e respondidos.

É o relatório.

Em primeiro lugar, a preliminar de intempestividade da apelação dos autores não prospera, tendo em vista que o recurso foi protocolado anteriormente à publicação dos embargos de declaração por eles interpostos que ocorreu em 07.05.14 e, embora não tenha sido posteriormente reiterado, tal questão já restou superada, tanto que o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.024, §5º descarta a necessidade de ratificação.

Em segundo lugar, é importante observar que a sentença preenche todos os requisitos estabelecidos no artigo 458 do Código de Processo Civil/1973, estando presentes, de forma clara e objetiva, as razões que formaram o convencimento do ilustre Magistrado sobre a questão posta em juízo, não havendo, assim, que se falar em nulidade.

Em terceiro lugar, a absolvição dos prepostos das rés na esfera criminal realmente não vincula o juízo cível, posto que a culpa que acarreta ao agente o dever de reparar os danos, patrimoniais ou morais, não se reveste dos mesmos rigores daquela exigida para a aplicação de sanção penal.

No mais, a ilegitimidade passiva arguida pela corré Basponto foi devidamente afastada pois, de acordo com os documentos de fls. 1554/1565, ela foi contratada pela Editora Abril para a execução e organização de todo o evento, se obrigando a coordenar, inclusive, todos os prestadores de serviços, restando

Acesso ao Sumário

evidenciada sua responsabilidade de acordo com a cláusula 2.1 do contrato.

Superadas as preliminares, no mérito, revelam os autos que, no dia 08 de julho de 2009, Yuri Tosi de Freitas e Ronei Carlos Rodrigues, o primeiro filho dos autores Rogério e Ângela e o segundo companheiro de Elaine e padrasto de Fernanda e Gabriele, junto com Renan Borges Ottoni foram encontrados mortos no alojamento existente no local onde seria realizado o evento denominado "Espaço Cultural Veja São Paulo Campos do Jordão", promovido pela Editora Abril S/A e organizado pela corré Basponto, sendo que as vítimas lá estavam prestando serviços contratados da empresa WDB. Os óbitos ocorreram em razão de asfixia mecânica por gases irrespiráveis, advindos de aquecedor a gás que se encontrava no interior do quarto das vítimas.

Com efeito, a responsabilidade civil decorre sempre de uma ação ou omissão, dolosa ou culposa, cuja consequência é a produção de um prejuízo a outrem, seja ele de ordem moral ou patrimonial.

Na hipótese em tela, embora as rés insistam na tese de que o evento danoso derivou de culpa exclusiva das vítimas, o conjunto probatório produzido nos autos não corrobora suas alegações.

De acordo com o laudo pericial de fls. 304/310 "*a utilização indevida de um aquecedor de ambiente externo em uma área interna teria provocado a queima do oxigênio ambiente, produzindo um gás não respirável que teria provocado a morte dos ocupantes do dormitório*" e continua "*a boa vedação dos vãos junto a porta e as esquadrias do dormitório aliada à ausência de advertências com relação ao uso do equipamento, seja no próprio equipamento quanto nas mediações do imóvel colaboraram para o evento uma vez que não havia troca de gases entre os ambientes*".

Desta forma, restou incontroverso que a morte das vítimas ocorreu em virtude de asfixia por gás irrespirável emitido pelo aquecedor e, conforme demonstram os documentos acostados aos autos, as requeridas não se preocuparam de forma adequada com a segurança das pessoas que trabalhavam no local e mesmo com aquelas que frequentavam o evento, tendo em vista que os respectivos alvarás foram expedidos quase no final de sua realização (fls. 232).

Como bem reconhecido na sentença proferida não se poderia obrigar as rés a colocar as pessoas que trabalhavam no evento em um hotel ou uma pousada, mas assim não o fazendo, devem ser responsabilizadas pela falta de segurança do local eleito que acabou ocasionando o trágico acidente.

A testemunha Adriana de Oliveira Silva, contratada pela empresa que realizava a segurança no local, informou que no dia 04.07.09 esteve no quarto das vítimas e o aquecedor já estava lá, tendo, inclusive, comentado com Yuri sobre a presença do aparelho, tendo o mesmo lhe respondido que não teria

Acesso ao Sumário

problema, pois o aquecedor já se encontrava lá anteriormente. Afirmou, ainda, que na frente do imóvel que abrigava o quarto onde as vítimas dormiam, existia um ponto de segurança e seria impossível o aquecedor ter sido levado escondido pelas vítimas para o dormitório (fls. 207/208).

As fotografias de fls. 242/249 datadas de 06.07.09 demonstram que realmente em data anterior ao acidente, o aquecedor já se encontrava no quarto das vítimas.

A alegação da ré de que a testemunha Adriana também seria responsável pelo evento, tendo em vista que violou seu dever de cuidado decorrente de seu cargo, apenas corrobora a responsabilidade das empresas.

Assim sendo, restou evidenciado que as rés não adotaram providências a fim de evitar acidentes, não podendo se eximirem de culpa, já que as mesmas tinham o dever de cuidar da segurança das pessoas que ali estavam alojadas.

Logo, preponderou a omissão na vigilância e no cuidado das rés, o que implica no reconhecimento da responsabilidade de indenizar, não havendo que se falar em culpa exclusiva ou concorrente das vítimas, uma vez que não restou comprovado que foram elas que levaram o aquecedor para o quarto, não se olvidando que o aparelho era de grande dimensão, conforme se pode verificar pela fotografia de fls. 292/294, não sendo crível que as vítimas poderiam transportá-lo facilmente, sem serem notados, ressaltando-se que foram contratadas duas empresas para a realização da segurança, em turno ininterrupto, tendo a testemunha Adriana afirmado que havia um posto da segurança em frente à casa onde ficava o quarto das vítimas.

Além disso, não se pode presumir o conhecimento das vítimas de que referido aquecedor somente poderia ser utilizado em locais abertos, tanto é que se elas soubessem de tal circunstância, certamente não o teriam usado, não havendo no aparelho qualquer advertência sobre os danos que poderiam ser causados.

Desta forma, o acolhimento o pedido indenizatório era medida de rigor.

Quanto à improcedência da ação em relação à empresa WDB não merece prosperar, tendo em vista que não obstante o contrato de fls. 94/97 demonstre que houve mera locação de equipamentos da empresa à Editora Abril, o anexo 1 do contrato demonstra que a contratação incluía a equipe técnica, sendo certo que Yuri e Ronei eram contratados da WDB, devendo ser também reconhecida sua responsabilidade. A cláusula 2.8 dispõe que "*o Locador será responsável pela montagem e desmontagem dos Equipamentos no evento, respondendo por qualquer dano ocorrido com o Locatário, seus funcionários, prepostos, contratados e/ou terceiros no evento*" (fls. 1567).

Não é demais lembrar que, por vincular somente as rés contratantes, não serviria o contrato de qualquer forma para excluir a solidariedade entre

Acesso ao Sumário

ambas, porquanto induvidosamente os falecidos filho, companheiro e padrasto dos autores lhes prestava serviços e estavam no local dos fatos em virtude das atividades que para elas realizavam.

E, uma vez reconhecida a responsabilidade das rés, resta a análise das indenizações impostas.

Em relação à condenação em pensão mensal, foi devidamente comprovado que Yuri, filho dos autores Rogério e Ângela, era solteiro e residia com os genitores, devendo prevalecer a presunção de auxílio mútuo, pois "*a dependência econômica entre os integrantes de família de baixa renda é presumida para fins de pensionamento mensal. Incidência da Súmula n. 83/STJ.*" (3ª Turma, EDcl no AREsp 549222/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 24/11/2015), observando-se que eventual prova em sentido contrário incumbia às rés.

A respeito de tal entendimento, já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "*DANO MORAL - PROVA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - DESNECESSIDADE - MORTE - DANO MORAL E MATERIAL - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 37. - É possível reparação moral por morte de parente próximo independentemente de prova de dependência econômica. - Os parentes próximos do falecido podem cumular pedidos de indenização por dano material e moral decorrentes da morte*." (STJ - REsp nº 331333/MG, 3ª Turma, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 14/02/2006).

Nessa conformidade, como Yuri contava com 25 anos de idade quando faleceu, seguindo orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, Resp nº 853921/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.03.10, DJe 24.05.10), deverão as rés pagar pensão correspondente a 1/3 dos seus últimos 12 rendimentos mensais, que deverá ser apurado em liquidação de sentença e baseado nos documentos de fls. 443/447, até que completasse 65 anos de idade ou até a data do falecimento dos autores, ressalvado o direito de acrescer, com correção monetária e juros da data do evento danoso.

Acesso ao Sumário

Como referido, há presunção de dependência econômica, quando se tratar de pessoas de baixa renda, e nem mesmo o fato de o filho constituir outra família cessa o auxílio financeiro aos pais.

Em relação às autoras Fernanda e Gabriele, inexiste nos autos qualquer prova de que elas fossem dependentes de Ronei, comprovação que se fazia necessária, tendo em vista que elas eram suas enteadas não se podendo presumir, por tal razão, a dependência, sendo que o contrato juntado a fls. 500/501 não é suficiente, por si só, para se deduzir pela dependência financeira, ficando, portanto, afastada a condenação de pagamento de pensão mensal às mesmas.

A determinação de constituição de capital cuja renda assegure o

cumprimento da obrigação alimentícia se refere às parcelas vincendas e é devida nos termos da Súmula nº 313 do E. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "*em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado*".

No tocante aos danos morais, não se olvide que o falecimento de um familiar, evidencia a existência do dano moral, pois é óbvio que a perda inesperada do filho jovem e do companheiro e do padrasto, atinge o emocional e a vida dos parentes, ocasionando-lhes um trauma psicológico. Essa dor moral merece uma reparação que, conquanto não possa trazer de volta a alegria aos autores, possa ao menos lhes recompensar, de alguma maneira, a perda de valor imensurável que tiveram, além de produzir impacto bastante no causador do dano, a ponto de dissuadi-lo de cometer os mesmos atos danosos.

A respeito desta dupla função da reparabilidade do dano moral, são dignas de registro as lições de Maria Helena Diniz:

> "*Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional." (Curso de direito civil brasileiro*, 7º Volume. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92, 99 e 106.)

No caso em questão, considerando a capacidade econômica das partes e o grau de culpa das rés, o valor arbitrado mostrou-se excessivo, razão pela qual reduzo-o para R$50.000,00, para cada autor, a ser pago solidariamente pelas rés, corrigido monetariamente a partir da presente, mantida a incidência dos juros fixada na sentença, importância que servirá para repreender pedagogicamente as ofensoras a não repetirem o ato ilícito e para compensar as vítimas pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, gerar-lhes enriquecimento sem causa.

Ressalte-se que os danos morais são devidos também às autoras Fernanda e Gabriele diante do sofrimento pela perda do ente querido, já que quando a genitora das mesmas iniciou o relacionamento com o falecido a primeira tinha 8 anos de idade e a segunda 9 meses.

Por fim, a no que concerne aos honorários sucumbenciais, fica mantido o percentual 10% sobre o valor total atualizado da condenação, abrangendo as parcelas vencidas e as 12 vincendas, sendo que os juros incidirão a contar da intimação para a fase de execução, vez que remunera dignamente o trabalho desenvolvido e o tempo despendido pelos advogados dos autores.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026843-75.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante LUIS ANTONIO ALBIGIANTE, é apelado UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19108)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 18 de agosto de 2017.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - EXCLUSÃO DE MÉDICO DOS QUADROS DE COOPERATIVA - FALTA DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NÃO OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobando a R. sentença de fls. 212/217, que houve por improcedente a Ação Declaratória em que o Autor buscava a nulidade do ato administrativo que o excluiu do quadro de médicos cooperados da Ré, rija na validade daquele gesto, pois fora garantido o direito de ampla defesa no transcorrer do procedimento.

Insurge-se o Requerente, alegando que é médico cooperado há mais de vinte e três anos e, como cirurgião geral, depende exclusivamente da indicação e encaminhamento de outros médicos e emergências, fato que justifica sua produtividade aquém do esperado; argumenta que não houve a instauração de processo administrativo e por isso o ato de exclusão é nulo, diante do desprezo do Estatuto Social e do Regimento Interno, pois não observado o devido

Acesso ao Sumário

processo legal; requer a reforma da sentença e a procedência da demanda, com a declaração de nulidade do ato.

Recurso com processamento bastante; respondido.

Esse o breve relato.

Com efeito, a insurgência merece acatamento.

De proêmio, insta salientar que o mérito da decisão administrativa que culminou com a exclusão do Apelante dos quadros de médicos cooperados da Apelada não pode ser discutido nos presentes autos, eis que as questões pertinentes à conveniência e oportunidade da aplicação da penalidade dizem respeito apenas à entidade e ao cooperado, não podendo ser revisadas por esta via.

No entanto, é lícito ao Poder Judiciário controlar a legitimidade do procedimento, em relação à adequação deste às normas jurídicas, apreciando a legalidade dos atos.

E para que sejam assegurados os Princípios Constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é necessária que seja dada ciência ao interessado da instauração do devido processo administrativo, oportunizando a manifestação prévia e produção de provas por parte do acusado - o que aqui não ocorreu.

No presente caso, verifica-se que o Autor recebeu notificação, datada de 22.04.2015 (fls. 08), comunicando sua produção inferior aos parâmetros estabelecidos no Regimento Interno da Unimed Campinas, fato que poderia vir a causar sua exclusão da cooperativa. O Apelante, então, apresentou justificativa por escrito (fls. 09) e, empós de um ano, através da notificação datada de 09.05.2016 (fls. 153/155), foi comunicado da rejeição de suas razões e de sua exclusão dos quadros de cooperados da Ré.

De aí se conclui que não houve a instauração de processo administrativo regular, tampouco foi assegurado o direito à ampla defesa, com oportunidade de produção de provas e o devido contraditório - garantias constitucionais que devem ser observadas em todo e qualquer procedimento administrativo.

Nem mesmo o ato inaugural foi realizado - e o produzido não serviu aos fins a que se destinava.

Tal omissão prostrou de morte a finalidade pretendida, já que a exata fixação da acusação é ponto deveras capital em procedimentos que tais, vágulos os argumentos brandidos pela Requerida, para a exclusão do Autor, e essa atitude, sobre disceptante dos Princípios Constitucionais que se aplicam a toda a sociedade, subsistir não pode.

Impendia elaboração de peça exordial, contendo o teor claro da increpação, a conduta desairosa com os Estatutos, e mais os dispositivos violados, e realizada citação com prazo para defesa, e fornecida oportunidade de provas, estas todas

Acesso ao Sumário

as que o Direito acolhe; mas, como se viu, nada e nada disso foi realizado, dando azo ao acatamento da tese por que porfia o Autor.

Portanto, não tendo sido respeitado o devido processo que autoriza a imposição da penalidade, repita-se à exaustão, o ato combatido nesta demanda padece de nulidade, e a procedência do pedido é medida que se impõe.

Ante o exposto, **DEFERE-SE PROVIMENTO** ao recurso, para haver por procedente a ação, declarando a nulidade do ato de exclusão e determinando a reintegração do Autor no Quadro de médicos cooperados da Ré; em razão da sucumbência, a Requerida arcará com custas, despesas processuais e honorários de 15% sobre o valor da causa, com acréscimos desta data - já incluída a verba recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006021-81.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.F.M. e G.M.F.O.R., são apelados B.V. e C.A.S.V.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.683)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Autora que se transfere para outro país (Portugal) para iniciar relacionamento amoroso com o réu, após conhecê-lo em rede social. Situação delicada e com grande potencial lesivo. Tese de cárcere privado e maus tratos. Revelia de um dos réus que não impede a presunção de veracidade contra si. Interesses não comuns em relação ao contestante. Presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na exordial que se adequada ao corréu C. Verossimilhança das alegações. Fatos corroborados por ex-esposa do réu, a qual alega ter sido submetida à

Acesso ao Sumário

situação análoga. Danos materiais não comprovados. Danos morais configurados. Pleito improcedente em face do corréu B. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 367/371) que julga improcedente a ação de indenização por danos morais e materiais, apelam as vencidas postulando a reversão do julgado.

Em suas razões recursais (fls. 380/387) sustenta que devem ser configurados os efeitos da revelia do réu C., a fim de reconhecer-se como verdadeiras as alegações formuladas na inicial. Sustentam que suas alegações são verossímeis e estão comprovadas pelos documentos acostados nos autos do processo.

Alegam que fazem jus à indenização por dano moral, porquanto os réus mantiveram as autoras em cárcere privado, as submeteram a condições desumanas, constrangimentos e ameaças, sendo certo que restou comprovado o abalo psicológico das apelantes.

Sustentam que tem direito ao ressarcimento pelos danos materiais, pois dispenderam alta quantia em dinheiro para o deslocamento até Portugal para residir com o corréu C., além da venda de todos os seus pertences no Brasil. Requerem o provimento do apelo.

Recurso isento de preparo e sem resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 401/404).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 410).

É o relatório.

A hipótese é singular.

Da narrativa inaugural extrai-se que a coautora M. conhecera o corréu C.A., de nacionalidade portuguesa, em site de relacionamento.

A pedido do corréu, viajou a Portugal, na companhia de suas filhas, acreditando que se casaria com o apelado e passaria a viver naquele pais.

Porém, não tendo melhor sorte, descobriu que o requerido era casado com outra brasileira.

Após algum tempo, narra a autora que manteve contato com o requerido e, tendo notícia de seu divórcio, retornou a Portugal acompanhada de sua filha menor G., parte desta lide, passando a coabitar com C., mesmo sem casar-se formalmente.

Passado algum tempo, alega que o corréu passou a maltrata-la, a submete-

Acesso ao Sumário

la a trabalhos domésticos forçados e a mantê-la presa em casa, vítima de maus tratos. Sustenta que o corréu B. contribuíra para seu encarceramento.

Após permanecer nessa situação por meses, a autora alega que conseguiu juntar dinheiro e retornar ao Brasil.

Pois bem.

A revelia do corréu C.A. implica, ordinária necessariamente, na presunção *hominis* de veracidade dos fatos articulados pelas autoras (art. 344 do CPC), malgrado tenha o corréu B. ofertado resposta, especialmente porque os interesses do aludido contestante não são comuns ao do réu revel.

Nesse sentido, aliás, doutrinam NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (notal:3 dos Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC, 2ª. Tiragem, 2015).

Por conseguinte, o suporte fático articulado tem expressão de verdade formal.

Além disso, marcada a peculiaridade do caso, não fere a verossimilhança tal presunção legal com o conjunto da prova documental produzida.

Com efeito, as fotografias acostadas aos autos indicam que C. e M. de fato mantiveram um relacionamento amoroso, inclusive com convivência pública e intenção adjunta de constituir família.

Ainda do conjunto probante, verifica-se que a autora acostara um "Contrato de Trabalho Doméstico", celebrado entre as partes em 01/01/2012, por meio do qual a autora comprometia-se a prestar serviços domésticos aos réus por 6 meses consecutivos, mediante o contrapartida de $400,00 (quatrocentos euros) (fls. 131/134).

A autora afirma que foi compelida a assinar tal instrumento contratual, fato que corrobora sua tese inaugural.

Com efeito, é possível notar que o relacionamento da apelante passara por situação delicada e com grande potencial lesivo, sobretudo à menor impúbere.

Embora não haja nos autos prova concreta de que as autoras foram submetidas a situação desumana, o referido instrumento contratual, bem como as narrativas da ex-esposa do apelado afirmando que foi submetida à situação análoga, conferem verossimilhança às alegações autorais.

Presentes, na espécie e no peculiar cenário dos autos, fortes indícios de que o autor agia de má-fé no recrutamento de suas pretendentes, notadamente pelo descrito no histórico de *e-mails* que trocara com outras mulheres e com a própria ex-esposa, de forma a satisfazer seus interesses.

Do mesmo modo, as trocas de *e-mails* da apelante com a ex-mulher do apelado (R.) (fls. 44/49), bem como a "declaração de maus tratos" assinada por ela (fls. 41/43), trazem mais elementos cognitivos à narrativa.

Acesso ao Sumário

De todo o exposto, agregando-se a ausência de qualquer resposta do réu, aplicam-se, à espécie, os efeitos da revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados na inicial (art. 319 do CPC/73, correspondente art. 344 do CPC/15).

Malgrado ausente demonstração de efetivo ilícito penal praticado, o balanço do conjunto probatório confere razoabilidade à delicada temática de encarceramento e privação de liberdade, a qual vem banhada pela referida presunção de veracidade.

A conduta praticada pelo aludido apelado extrapola a fronteira da licitude e têm por efeito legal gerar abalo à esfera moral das apelantes.

O ardil que se traduzira em aceitação e abandonarem o país em que viviam e submetidas a situação degradante e humilhante, apesar da ingenuidade, não excluído por esta.

Nesse panorama, a conduta do apelado constitui lesão ao direito de personalidade do apelante, princípio salvaguardado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.

Consubstancia-se o ato ilícito (art. 186 do Código Civil) e o consequente dever de reparar (art. 927 do Código Civil), sendo nítido o nexo de causalidade.

Quanto ao montante indenizatório, vale a percepção de Maria Helena Diniz sobre o tema, que edifica:

> "*Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e lesados e punitivos para o lesante, sob uma perspectiva funcional. A reparação do dano cumpre, portanto, uma função de justiça, corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade e etc.*" (Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil 26ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pág. 127)

Em situações tais, a coerência fática recomenda que se verifique todo o contexto da mácula proferida.

Malgrado nenhuma quantia em espécie tenha o condão de reparar prejuízos dessa ordem, a moderação há de conter a exasperação, notadamente para que não se promova o desvio do fim precípuo de compensar o ilícito.

É necessário, neste caso, ater-se ao caráter dissuasório da indenização, e ao mesmo tempo ponderar que não haja lucro indevido ao ofendido.

Tais ponderações, somadas às particulares circunstâncias da espécie e não havendo demonstração de efetiva repercussão danosa na esfera da própria honradez externa das lesadas, o arbitramento deve ater-se a quantia de R$

Acesso ao Sumário

10.000,00 para ambas as autoras.

No que tangem os danos materiais alegados, porém, as apelantes não cuidaram de especificar e comprovar o quanto efetivamente dispenderam para realizar a viagem à Portugal, tampouco quais dívidas assumiram e quais bens tiveram que se desfazer em função dos fatos ocorridos.

Não compondo os autos tal substrato probatório, não cabe indenização de dano hipotético e não consumado.

Dada a não comprovação do fato constitutivo do direito das autoras (art. 333, I, CPC/73, correspondente art. 373, I do CPC/2015), por conseguinte, a mera alegação de sofreram danos patrimoniais não podem ser albergadas pelos efeitos da revelia, sobretudo porque os alegados danos poderiam ter sido documentalmente comprovados.

Por outro lado, a ação não possui suporte fático em relação ao corréu B.V., o qual trouxe tese de defesa (fls. 305/309), nomeadamente porque não há nos autos nenhuma comprovação de que este tenha participado dos fatos narrados, estando ausente, nesse ponto, qualquer verossimilhança em lhe estender o crivo condenatório.

Dessa forma, com relação a este, o pedido é improcedente.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso a fim de julgar parcialmente procedente a ação e condenar o corréu C. no pagamento da indenização por danos morais na quantia de R$ 10.000,00, corrigida monetariamente a partir da publicação do V. Acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescida de juros moratórios contados do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Ante a reversão parcial julgado, condeno o corréu C. a responder pelas custas processuais e verba honorária do patrono das autoras, a qual fixo em 15% sobre o valor da condenação. Incidirá, ainda, correção monetária a contar da publicação do V. Acórdão.

Em face do corréu B.V., as autoras arcarão com as custas e verba honorária, a qual arbitro em 10% sobre o valor total da condenação, ficando suspensa sua exigibilidade, mercê da gratuidade processual concedida às apelantes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000931-46.2016.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante M.R.P. e apelada V.B.V.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 24 de agosto de 2017.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Investigação de Paternidade - Ajuizamento pela avó paterna para reconhecimento de neta nascida de relacionamento do filho já falecido - Extinção sem exame do mérito - Indeferimento da petição inicial por ilegitimidade passiva - Inconformismo - Acolhimento - Direito ao reconhecimento do vínculo de parentesco - Princípio da dignidade da pessoa - Ausência de obstáculo à legitimidade decorrente do art. 1.606, do CC - Precedentes do STJ em hipóteses de ação ajuizada pelos netos, sendo falecido o pai - Sentença afastada - Recurso provido.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de investigação de paternidade, julgou extinto o processo, sem exame do mérito. Confira-se fls. 42.

Inconformado, apela a autora (fls. 48/53), aduzindo, em resumo, que lhe assiste o direito de ser reconhecida como avó paterna da menor, visto que seu filho, genitor da criança, faleceu antes que pudesse exercer o reconhecimento da paternidade, ato que havia sido obstado pela genitora da menor. Argumenta que o reconhecimento do vínculo de parentesco deriva de direito fundamental, mencionando o disposto no art. 27, do ECA. E o art. 227, § 6º, da CF.

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade (fls. 42), sendo o recurso recebido (fls. 55).

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso (fls. 64/76).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso foi recebido (fls. 78).

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

II - A apelante diz ser avó paterna da menor V.B.V., nascida em 15.03.2009, fruto de relacionamento havido entre seu filho J.C.I.R. (falecido em 01.02.2015) e a genitora da menor.

A sentença recorrida não reconheceu a legitimidade ativa da apelante para

Acesso ao Sumário

a propositura da ação, sob o fundamento de que o reconhecimento da paternidade é direito personalíssimo do genitor, conforme o art. 1.606, do CC.

Assiste razão à apelante.

Com efeito, o atual ordenamento jurídico tem prestigiado, de forma crescente, os direitos atinentes ao vínculo de parentesco, bem como o de conhecimento da origem genética, com base no direito da dignidade da pessoa (art. 1º III, da CF).

Não se pode olvidar que a ação envolve interesse de incapaz, que vai além do próprio direito reclamado pela autora (convivência familiar), de modo que o vínculo que se busca constituir, após o óbito do genitor, sequer seria possível sem a intervenção judicial.

Convém transcrever parte do bem fundamentado parecer do DD. Procurador de Justiça José Eduardo Ismael Lutti, que com precisão examinou a matéria abordada no recurso:

> "CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, ao analisarem o disposto no mencionado art. 1.606 do Código Civil de 2002, ressaltam que não se deve ater a uma interpretação restritiva desse dispositivo. Salientam, para tanto:
>
> 'Apesar de se tratar de ação personalíssima, como visto alhures, os herdeiros do investigante, que já ajuizou a ação investigatória, têm legitimidade para prosseguir na ação, salvo se houve extinção do processo (parágrafo único do art. 1.606 do Código Civil).
>
> No entanto, é preciso afirmar, mais do que isso, a legitimidade dos herdeiros (netos) para a propositura da ação, iniciando-a contra o avô. É a chamada investigação de parentalidade avoenga.
>
> O art. 1.606 do Códex traz regra exatamente nesse sentido, autorizando os herdeiros a propor a ação 'se ele morrer menor ou incapaz'. Justifica-se a legitimação dos herdeiros em tal hipótese pela impossibilidade de o investigante aforar a ação, em face de sua incapacidade.
>
> Assim, tendo falecido incapaz, e, por conseguinte, impossibilitado de ajuizar a ação pessoalmente, razoável que estejam legitimados os herdeiros.
>
> Com base no tratamento constitucional da filiação - impossibilitando a limitação do estado de filiação - é preciso ir mais longe. Assim, afirmamos que o neto detém legitimidade ativa ad causam para promover a investigação contra o seu avô, independentemente de ter o investigante falecido no gozo de plena capacidade, exercitando a investigatória avoenga. (sem destaque no original)
>
> É que, como pontifica Belmiro Pedro Welter, 'o direito personalíssimo do filho é mesmo direito personalíssimo do pai, do avô, do neto etc. Se o filho não quer exercer o seu direito, não se pode proibir que o seu

Acesso ao Sumário

filho (neto) possa exercê-lo, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de seu direito nativo de personalidade.

Desse modo, o neto que propõe a investigatória contra o seu avô está perseguindo direito próprio, reclamando a sua ancestralidade, sua identidade genética, afirmando sua própria dignidade. Não fosse só isso, mister seu interesse também econômico, vez que passará a ser possível cobrar alimentos do avô, pleitear herança, alimentos etc.' (in Direitos das Famílias . Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 548, grifo nosso)

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ao interpretarem o referido art. 1.606 do Código Civil, salientam:

'2. A ação declaratória de estado. A ação declaratória do estado de filho, conhecido como de investigação de paternidade, é apenas uma espécie do gênero, declaratória de estado familiar. Ela pode ser exercida por quem tenha interesse jurídico em atribuir a um determinado fato da vida uma conseqüência jurídica.

Esse interesse pode ser revelado por alguém que pretenda apontar como sendo descendente de uma estirpe, ainda que longínqua. Os limites do pedido devem ser estabelecidos a partir das possibilidades reais de apuração da verdade e a partir da demonstração efetiva de interesse jurídico. Não contém nenhum fator de quebra do equilíbrio do sistema acolher-se para julgamento a pretensão de quem queira apontar a outrem uma ascendência parental, para apontar-lhe parentesco em linha reta, que o coloca na situação jurídica especialíssima de herdeiro necessário descendente em linha reta do falecido, ainda mais diante do claríssimo comando do CC 1811. É evidente, em casos assim, o interesse jurídico próprio de quem pretende declarar-se o estado de neto, ou de bisneto de outrem.' (in Código Civil Comentado . 6ª ed., rev., amp. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 1.073-1.074, grifo nosso).

Então, no que tange à controvérsia dos autos, é de entender-se que, embora não haja previsão legal que regulamente, de forma direta, a declaratória de relação avoenga, também não há vedação expressa a inviabilizar seu ajuizamento.

E foi essa a compreensão adotada em precedente de que foi relator o ilustre Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, em julgamento que traz a seguinte ementa:

'RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.

- Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao - É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros

Acesso ao Sumário

deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.

- Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo.' (REsp 604.154/RS, Terceira Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 1º/7/2005, grifo nosso)."

Pertinente a transcrição, ainda, de trecho do REsp 807849-RJ, da 2ª Seção do E. STJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, em caso em que os netos buscam o reconhecimento da relação avoenga:

"Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.

- **Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.**

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.

- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.

- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.

- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que 'os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.'

Acesso ao Sumário

- Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que 'em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue'.

...

- Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.

- A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.

- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.

...

Recurso especial provido." (J. 24.03.2010 - negrito não original)

Não fosse o suficiente, a apelante demonstra, ainda, a existência de vínculo

Acesso ao Sumário

socioafetivo e convivência entre ela e a criança (fls. 16 e seguintes), bem como a existência de outra criança nascida posteriormente do mesmo relacionamento (menor EAVR, nascida em 20.12.2012 - fls. 14), de cujo assento consta a mesma filiação que agora se busca reconhecer para a outra criança.

Assim, como visto, o direito reclamado nesta demanda vai muito além do interesse da autora, ora apelante, diz com o interesse da própria menor, representada pela mãe, em face dos seus direitos de personalidade e, inclusive, de parentalidade, além de igualdade de tratamento em relação à irmã, caso venha a ser confirmada a paternidade.

Mais não é necessário ser dito, acredita-se, para se afirmar a legitimidade ativa da apelante para a propositura da ação.

Desse modo, a sentença deve ser cassada, a fim de se permitir o processamento do feito no Juízo de origem.

III - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028749-16.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BRUNO DE OLIVEIRA BUHNEMANN e LERISSA LANHELLAS DE ANDRADE, é apelado GAFISA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19645)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. Compra e venda de imóvel. Ação de indenização por danos materiais e morais. Pretensão de restituição de valores pagos. Sentença de improcedência. Em grau recursal, condenação da ré a devolução de valores pagos com corretagem e taxa SATI, de forma simples, afastada

reparação imaterial com rateio da sucumbência.

PRESCRIÇÃO. Prescrição trienal, conforme entendimento fixado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.551.956-SP, pelo rito dos recursos repetitivos. Termo inicial do prazo. Data da assinatura do contrato. Contrato assinado em 2012. Ação interposta em 2014. Prescrição não caracterizada.

COMISSÃO DE CORRETAGEM. Serviço de corretagem prestado por terceiro estranho à incorporadora. Taxa devida pela intermediação do negócio. Não configuração de venda casada. Necessidade, contudo, de que o consumidor seja previamente informado do preço total do valor da compra do imóvel, com o devido destaque do valor da comissão de corretagem. Inteligência dos arts. 31, 46 e 52, do CDC). Ciência dos autores da cobrança das comissões, vez que constante do contrato e confessado na peça vestibular sua anuência, nos seguintes termos: "para não perderem o negócio realizaram os pagamentos". Questão resolvida pelo sistema de recursos repetitivos. Comissão devida. Reembolso descabido.

SATI (taxa de assessoria técnico-imobiliária). Prestação de serviço inerente ao negócio. Função do promitente vendedor de prestar esclarecimentos técnicos e jurídicos sobre o negócio contratado. Cobrança indevida por ferir a boa-fé objetiva. Ambas as questões foram objeto de julgamento do Recurso repetitivo REsp 1.599.511-SP (2016/0129715-8)SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 24/08/2016).

SUCUMBÊNCIA. Mantida a condenação das partes em custas e despesas processuais, bem como, honorários advocatícios, da forma como lançado no V. Acórdão primitivo.

Recurso de apelação parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de indenização por danos materiais e morais com repetição de indébitos de valores cobrados a título de corretagem, serviços de intermediação e outras taxas.

Os pedidos foram julgados improcedentes, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC/1973. Sucumbência pelos autores e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), devidamente corrigidos.

Os autores (*Bruno de Oliveira Buehnemann* e *Lerissa Lanhellas de Andrade*) apresentaram recurso de apelação alegando inexistir contrato para a cobrança da corretagem e SATI. Com relação ao valor do imóvel "*com desconto*", dizem que essa questão não elimina a responsabilidade pela cobrança de valores não contratados com corretagem e SATI. No mais, insistem acerca da venda casada e camuflada, porque induzidos à erro porque "*a proposta diz uma coisa e o contrato diz outra*". Pugnam pela devolução dos valores em dobro devidamente corrigidos. Com relação ao engodo, pugnam pela reparação imaterial, além de questionam a verba de sucumbência.

O recurso foi processado, com oferecimento de contrarrazões pela ré (fls. 166/186) com pedido de pedido de confirmação da r. sentença.

Designada audiência de conciliação, foram iniciados os trabalhos, sem composição amigável (fls. 190 e 195).

Em primeiro momento, houve julgamento pelo então Relator Desembargador Mauro Conti Machado, dando parcial provimento ao recurso dos autores para: *condenar a ré à devolução das quantias despedidas a título de comissão de corretagem e de assessoria técnico-imobiliária (SATI), de forma simples*, devidamente atualizado pelos índices da Tabela Prática, a partir do desembolso, e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação. Repartidos, entre as partes, os ônus sucumbências, nos termos do *caput*, do artigo 21, do Código de Processo Civil. *Afastada a reparação imaterial* (fls. 210/215).

Foram opostos embargos de declaração pela **ré** (Gafisa) os quais foram rejeitados (fls. 229/231). A mesma parte embargante manejou Recurso Especial (fls. 234/250), devidamente respondido (fls. 259/263).

Após determinação da Presidência de Direito Privado para suspensão do julgamento do Recurso Especial até final da controvérsia sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça (fl. 264), os autos tornaram conclusos para reapreciação da questão à luz do decidido (fls. 210/215).

É o relatório do essencial.

DA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Anote-se que o julgamento é realizado de conformidade com as disposições contidas no Código de Processo Civil de **1973**, tendo em vista que a

Acesso ao Sumário

r. sentença foi proferida em sua vigência (05 de setembro de 2014), aplicando-se o princípio "*tempus regit actum*", corolário do sistema de isolamento dos atos processuais.

DOS FATOS

Cuida-se de ação visando restituição de valores pagos acerca da comissão de corretagem e taxa SATI decorrente de contrato de compra e venda para aquisição de unidade autônoma nº 76 (Empreendimento Mistral).

In casu, a r. sentença foi reformada em grau recursal para condenar a **ré** na devolução dos valores pagos à titulo de verba de corretagem e taxa SATI, afastada reparação imaterial com repartição das sucumbências.

In casu, considerando o entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos recursos especiais repetitivos 1599511/SP e 1551956/SP, em reposicionamento, adota-se nova orientação jurisprudencial.

DA PRESCRIÇÃO

Embora não alegado, importante consignar que a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem é **trienal**, a teor do disposto no artigo 206, § 3º, inciso IV do Código Civil, **a contar da data da celebração do contrato**.

Nesse sentido, o julgamento proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido ao procedimento do artigo 1040 do CPC/2015 (543-C do CPC/73):

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS.*
>
> *CORRETAGEM. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO TRIENAL DA PRETENSÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.*
>
> *1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC). 1.2. Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.360.969/RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga.*
>
> *2. CASO CONCRETO: 2.1. Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato. 2.2. Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial.*
>
> *3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *(RECURSO REPETITIVO ESPECIAL Nº 1.551.956-SP (2015/0216171-*

Acesso ao Sumário

0), Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24 de agosto de 2016).

Verifica-se, do contrato trazido com a inicial (fls. 24/56) que o instrumento foi assinado em **23.06.2012**, e a ação foi ajuizada em **28.03.2014**. *In casu*, não caracterizada a prescrição.

DA COMISSÃO DE CORRETAGEM

No tocante à restituição da comissão de corretagem ao promitente comprador, a questão foi enfrentada em sede de recurso repetitivo onde concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, uma vez informado o consumidor acerca da verba cobrada, a ele incumbe seu pagamento.

É que a prática comercial no ramo imobiliário de venda de imóvel na planta, alterou alguns conceitos em relação ao papel do corretor em tais negociações, haja vista a terceirização destes serviços pelas incorporadoras, a quem resta apenas o compromisso da construção do bem prometido à venda.

Ademais, tal conduta não onera do ponto de vista econômico o consumidor, uma vez que é praxe, mesmo entre particulares, que o custo de corretagem seja suportado pelo comprador do imóvel.

Assim, seja através de corretores ou imobiliárias, o serviço de corretagem contratado pelas construtoras afasta a alegação de venda casada.

Contudo, e na esteira do Recurso Especial Repetitivo Nº 1.599.511 - SP (2016/0129715-8), relator Min. Paulo Tarso Sanseverino, a questão deve ser enfrentada sob as regras do Código de Defesa do Consumidor, posto que "... *apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo.*"

Este o ponto fulcral da questão em debate.

Embora os repasses a título de corretagem sejam devidos, porque inexistente qualquer prejuízo ao consumidor, frise-se, de outro lado, as informações repassadas consumidor-comprador, devem ser revestidas de toda a clareza e transparência devidas e previstas no ordenamento jurídico. E nesse sentido o julgado citado.

Acesso ao Sumário

A questão seguinte diz respeito ao dever de informação imposto ao fornecedor.

> "*No âmbito das relações de consumo, a informação adequada sobre os produtos e serviços não é apenas um direito do consumidor, mas um dever imposto ao fornecedor, conforme se pode extrair, dentre outros (artigos 31, 46 e 52), dos seguintes enunciados normativos do Código de Defesa do Consumidor... serviço, sem nenhum acréscimo pecuniário. Portanto, há o reconhecimento da necessidade de clareza e transparência na previsão contratual acerca da transferência para o comprador ou promitente-comprador (consumidor) do dever de pagar a comissão de*

corretagem. Para cumprir essa obrigação, deve a incorporadora informar ao consumidor, até o momento celebração do contrato de promessa de compra e venda, o preço total de aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que esta venha a ser paga destacadamente. A grande reclamação dos consumidores, nos processos relativos ao tema em análise, é a alegação da omissão da prestação dessa informação, conforme enfatizado na audiência pública. Alega-se que somente após celebrado o contrato, com o pagamento do sinal, é que o consumidor vem a ser informado acerca do custo adicional da comissão de corretagem. Essa estratégia de vendas contraria flagrantemente os deveres de informação e de transparência que devem pautar as relações consumo. Em tais casos, o consumidor terá assegurado o direito de exigir o cumprimento da proposta pelo preço ofertado, não sendo admitida a cobrança apartada da comissão de corretagem, se não prevista no instrumento contratual." (Recurso Especial Repetitivo Nº 1.599.511 - SP (2016/0129715-8), relator Min. Paulo Tarso Sanseverino).

Dito isto, a cláusula que prevê a cobrança de comissão de corretagem nos negócios imobiliários, sob o regime da incorporação, só terá validade se previamente informado o consumidor do preço total do valor de compra da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. (...)

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. (Recurso Especial Repetitivo Nº 1.599.511 - SP (2016/0129715-8), relator Min. Paulo Tarso Sanseverino).

No caso vertente, restou demonstrado nos autos que os autores tiveram **prévia** ciência da cobrança de comissão de corretagem, vez que questionaram sua incidência, decidindo fechar o negócio, como se observa do trecho colhido da peça vestibular, a saber:

"*Verificou-se que o valor foi muito além do informados ao que seria esperado (...) a negociação perdurou até 16:00 e chegaram a um valor de R$301.022,50 e convencidos de que seria um valor dentro de suas condições, resolveram fechar o negócio (...) decidiram darem uma entrada*

Acesso ao Sumário

no valor de R$21.684,78 (...) ao verificarem o relatório de compra e venda, depararam com uma distribuição de parcelas, questionaram a advogada da empresa (...) a advogada informou que era correto e obrigatório, pois estavam cobrando a contratação da SATI e CORRETAGEM (...) para não perderam eo negócio, realizaram o pagamento".

Mesmo que assim não fosse, consta do contrato assinado pelos autores, cláusula expressa acerca do preço do imóvel e valores de corretagem, senão vejamos:

"*4.1.1 A comissão de corretagem pela intermediação da presente compra e venda não integra o preço – fl. 20*".

No mesmo sentido, é a cláusula 4.1.2, que institui ao comprador o pagamento da comissão de corretagem, a saber:

"4.1.2 O COMPRADOR é o único e exclusivo responsável pelo pagamento da comissão diretamente ao credor (a empresa imobiliária e/ou o corretor imobiliário), ajustando diretamente com este ou com aquela a valor e a forma de sua liquidação - fl. 20".

Dessa forma, como alegado pela ré, na hipótese dos autos, os autores, **antes** da celebração do negócio, foram informados a respeito dos valores que teria que desembolsar acerca da comissão de corretagem, na medida aceitaram os serviços (fl. 20 - cláusula 4.1.1 e 4.1.2).

Assim, na hipótese dos autos, houve atendimento ao dever de transparência dos contratos, sendo indevida a restituição da quantia paga a título de comissão de corretagem.

Dito isto, neste tópico, merece provimento a apelação da ré para reformar a r. sentença, reconhecendo a **licitude** da taxa de corretagem, afastando o reembolso, vez que contratado.

SATI-SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO IMOBILIÁRIA

O colendo Superior Tribunal da Justiça, na esteira do disposto no artigo 1.040 do CPC/2015, e na mesma oportunidade em que enfrentada a tese acerca do cabimento da cobrança da corretagem em negócios imobiliários através de incorporação, assim decidiu sobre a validade da cláusula que determina ao consumidor o pagamento do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI). Confira-se:

REsp Nº 1.599.511 - SP (2016/0129715-8)

RELATOR: MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR.

Acesso ao Sumário

VALIDADE. PREÇO TOTAL.

DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: (...)

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

Pois bem, como dito acima, o fornecedor ou prestador de serviços tem o dever de oferecer informações claras e transparentes ao consumidor, tanto sobre os serviços como aos produtos fornecidos.

Partindo de tal premissa, o custo do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), mostra-se indevido na medida em que é função do promitente vendedor prestar esclarecimentos técnicos e jurídicos sobre o negócio contratado, ou seja, a compra da unidade autônoma pelo consumidor.

Trata-se de um serviço "*... inerente à celebração do próprio contrato, inclusive no que tange ao dever de informação, não constituindo um serviço autônomo oferecido ao adquirente, como ocorre com a corretagem.*

Verifica-se, neste caso, uma flagrante violação aos deveres de correção, lealdade e transparência, impostos pela boa-fé objetiva, tendo em vista a cobrança, a título de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), pelo cumprimento de deveres inerentes ao próprio contrato celebrado. A abusividade dessa cláusula contratual deflui do disposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor." (REsp Nº 1.599.511 - SP (2016/0129715-8) - cit.)

Todavia, a devolução deverá se dar de forma simples, e não em dobro, dada a inexistência de demonstração de má-fé por parte da ré, requisito essencial para aplicação da repetição de indébito, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

Partindo de tal premissa, o custo do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), mostra-se indevido na medida em que é função do promitente vendedor prestar esclarecimentos técnicos e jurídicos sobre o negócio contratado, ou seja, a compra da unidade autônoma pelo consumidor.

Assim, neste tópico, não merece provimento a apelação da ré, reconhecendo a **ilicitude** na cobrança da taxa SATI, vez que indevida.

DA SUCUMBÊNCIA

Mesmo com o desfecho dado à causa, mantida a condenação ao rateio, da forma do V. Acórdão primitivo.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016,

Acesso ao Sumário

já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento ao recurso de apelação interposta pelos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037966-41.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes FAZENDA ROSEIRA ZETA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e EVEN CONSTRUTORA E INCORPORADORA S/A, é apelado EDUARDO GAITA NETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.530)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), ROSANGELA TELLES e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Legitimidade passiva "ad causam" - Cadeia de fornecimento - Atraso na entrega das chaves - Culpa das requeridas em disponibilizar a documentação para obtenção do financiamento - Correção pelo IPCA durante a mora que não se afigura abusiva - Lucros cessantes que se presumem - Redução para 0,5 % do valor atualizado do contrato por mês - Despesas com condomínio, IPTU e água que devem

ser restituídas quando referentes a período anterior à efetiva disponibilização do imóvel ao comprador - Corretagem - Validade da transferência ao comprador - Restituição indevida - Dano moral - Não ocorrência - Atraso da rés em assinar o contrato que impediu a participação do autor na promoção de entrega de um televisor na aquisição do bem - Promessa vinculativa - Indenização devida - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por perdas e danos materiais c.c. lucros cessantes, alegando o autor que em fevereiro/2014 adquiriu o imóvel descrito na inicial, mas o instrumento de promessa de compra e venda somente foi assinado em abril/2014, por sucessivos erros no contrato, impedindo-o de participar da promoção que presenteava uma TV de 55 polegadas a quem adquirisse o imóvel entre 25/01/2014 a 28/02/2014, aduzindo que o imóvel deveria ter sido entregue imediatamente após a assinatura do contrato, o que não ocorreu, havendo sido entregue apenas em 13/10/2014, por culpa exclusiva das requeridas, as quais também são culpadas pelo atraso na liberação do financiamento imobiliário, o que gerou aumento indevido do saldo devedor, pretendendo a declaração de ilegalidade da atualização do saldo devedor pelo índice IPCA após abril de 2014, pretendendo a restituição da importância de R$ 15.733,91, bem como a condenação em entregar a televisão prometida ou sua substituição em pecúnia no valor de mercado equivalente (R$ 2.582,90), pagamento de indenização por perdas e danos no valor de R$ 10.500,00, ou seja, R$ 1.500,00 mensais, restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente a título de assessoria imobiliária (R$ 15.040,00), devolução em dobro dos valores pagos a título de IPTU, consumo de água e condomínio durante a mora das requeridas (R$ 3.533,00), indenização por dano moral no valor de 20 salários mínimos e, por fim, o pagamento de multa e juros contratual, aplicando-se de forma invertida a cláusula VII, § 1ª do contrato firmado entre as partes, perfazendo até o momento R$ 19.434,13.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte a ação, declarando indevida a aplicação do índice IPCA sobre o saldo devedor, a partir da data de encerramento para o prazo de entrega do imóvel (maio/2014), condenando as rés a restituir o que foi indevidamente pago decorrente da aplicação desse índice (IPCA), de forma simples, abatido o montante a título da correção pelo IGP-M, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença; condenando, ainda, a efetuarem a entrega da Televisão LED de 55 polegadas ou, na impossibilidade, efetuar o pagamento do valor de R$ 2.582,90, corrigido da sentença, com juros moratórios de 1% ao mês da citação, observados os

Acesso ao Sumário

termos dos artigos 405 e 406 c.c. 161, parágrafo primeiro do CTN, bem como a indenizar os lucros cessantes, na quantia mensal de R$ 1.819,84, desde a data limite do prazo de entrega (maio/2014) até a data da efetiva entrega das chaves (outubro/2014), com correção monetária pelos índices da tabela prática do TJSP e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados de cada mês vencido, e o reembolso da taxa de corretagem no importe de R$ 7.520,00, corrigida e com juros de 1% ao mês do desembolso, a indenizar a taxas condominiais, contas de água e IPTU pagas antes da entrega das chaves, corrigidos dos desembolsos, com juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação e a compensar o dano moral na quantia de R$ 10.000,00, atualizada da sentença (Súmula nº 362 do STJ) e juros moratórios de 1% ao mês da citação, observados os termos dos artigos 405 e 406 c.c. 161, parágrafo primeiro do CTN. (fls. 397/403), além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (fls. 313/321).

As requeridas apelaram arguindo preliminarmente a ilegitimidade passiva da Even Construtora e Incorporadora S.A., pois apesar de pertencer ao mesmo grupo da corré, não foi parte no contrato celebrado e a ilegitimidade de ambas as apelantes com relação ao pedido de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem, uma vez que tais valores foram pagos a terceiro (Evenmob Consultoria de Imóveis Ltda.) e, no mérito, afirmaram que o atraso na obtenção do financiamento pelo autor não lhes é imputável, uma vez que sua obtenção era de responsabilidade exclusiva do comprador, sendo legal a aplicação de correção monetária ao saldo devedor, ainda que se reconhecesse a culpa das requeridas pelo atraso no pagamento, uma vez que tal correção visa tão somente a recomposição da moeda, não representando acréscimo ou penalidade aos adquirentes, sendo que o índice IPCA está de acordo com a prática do mercado imobiliário, afigurando-se lícita ainda a aplicação dos juros de acordo com a Tabela Price, insurgem-se também contra as condenação à indenização pelos danos materiais e moral, reiterando não serem responsáveis pelos atrasos na obtenção do financiamento e, subsidiariamente, requerem a redução da condenação por lucros cessantes para 0,5% do imóvel e a da indenização por dano moral de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; defendem a legalidade da cobrança de comissão de corretagem e o descabimento da devolução das taxas condominiais, consumo de água e IPTU, por ser expresso o contrato quanto à responsabilidade do comprador pelos pagamentos a partir da celebração do instrumento e, por fim, afirmaram inexistir nos autos comprovação de que houve efetiva promessa da entrega de TV à parte autora e, ainda que houvesse, o imóvel foi adquirido posteriormente à validade da promoção, conforme afirmado pelo próprio requerente (fls. 325/367).

Foram apresentadas contrarrazões sustentando a manutenção da r. sentença (fls. 374/396).

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

A data da decisão é que estabelece a legislação processual a ser aplicada ao recurso, no caso o CPC/1973, por ter sido prolatada a sentença em 08/05/2015 (fls. 321).

É regra de direito intertemporal, em observância ao ato jurídico processual perfeito, como deflui da interpretação do art. 14 do CPC/2015.

Como acentuam Marinoni-Arenhart-Mitidiero[1]: "a lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão".

Com os julgamentos dos Repetitivos REsp 1599511/SP, REsp 1551956/SP, REsp 1551951/SP e REsp 1551968/SP não há óbice à apreciação dos recursos interpostos.

Com relação à suscitada ilegitimidade *ad causam*, cumpre observar que, no sistema do CDC, respondem solidariamente todos aqueles que se inserem na cadeia de fornecimento do serviço ou do produto. Como salienta Claudia Lima Marques[2]: "o art. 20 do CDC concentra-se na qualidade dos serviços, no resultado obtido, e não na atuação direta ou indireta do fornecedor e na valoração dessa atuação. Trata-se, portanto, de uma norma genérica de garantia de prestabilidade do serviço, que, ao mencionar apenas o 'fornecedor', institui uma solidariedade legal em toda a cadeia de fornecedores, organizados para servir ao consumidor. Cabe ao consumidor a escolha de contra quem irá reclamar, geralmente seu contratante direto, como as agências de viagens, que poderão ressarcir-se com base no disposto no parágrafo único do art. 7º do CDC. Frise-se que, quando o caso é de serviços por muitos fornecedores (unidos entre si ou não), o dever legal de qualidade é de todos".

Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "a melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação"(REsp 1058221/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011; REsp 1077911/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011).

Salvaguarda-se, assim, o direito do consumidor, na hipótese de inidoneidade financeira do fornecedor direto, sendo legitimados mesmo aqueles não tenham recebido diretamente as importâncias reclamadas pelo pagamento de "assessoria" e "corretagem", uma vez que tais serviços se inserem na mesma

1 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni e al. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.113.

2 MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p.519.

Acesso ao Sumário

"cadeia de fornecimento".

Recentemente, restou assentado pelo STJ em recurso repetitivo que a incorporadora na condição de promitente-vendedora é parte legítima *ad causam* para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor (REsp 1551951/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016; (REsp 1551968/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016), sendo legitimadas ambas as requeridas.

Ademais, não bastasse a corré Even Construtora e Incorporadora S.A. integrar o mesmo grupo econômico da corré Fazenda Roseira, conforme admitido no recurso de apelação, constou do regulamento da promoção "Brasil Joga em Casa" (fls. 92/101), em sua cláusula 4ª, que o instrumento particular de promessa de venda e compra firmado entre o autor e a incorporadora estava sujeito à validação interna pelo Grupo Even, bem como que o "termo de transferência de posse" e contém o logo "Even" em seu cabeçalho (fls. 274/275), estando evidente sua integração à cadeia de fornecimento.

O autor firmou com a corré Fazenda Roseira Zeta Empreendimentos Imobiliários S.A., em 12/04/2014, o Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra de Unidade Autônoma (fls. 32/35 e 47/66), tendo esta se comprometido à entrega imediata das chaves, condicionada tão somente à assinatura do contrato de financiamento bancário (cláusula XXIV fls. 56).

Observa-se, contudo, do "termo de transferência de posse" (fls. 274/275) que as chaves foram entregues apenas em 13/10/2014. Os protocolos elencados às fls. 4/6 da inicial, relatam as várias dificuldades enfrentadas pelo autor na obtenção da documentação necessária à elaboração e assinatura do contrato de financiamento, o que não foi especificamente impugnado pelas requeridas, presumindo-se, portanto, verdadeiro, não havendo as requeridas se desincumbido minimamente do ônus de comprovar a culpa exclusiva do adquirente pelo atraso no recebimento (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Mantém-se, portanto, o período de mora reconhecido em sentença.

Assim, vencido o prazo para entrega da obra, não há ilegalidade na correção do saldo devedor, pois, conforme o pacífico entendimento defendido por ADA PELEGRINI GRINOVER, transcrito *in* RJTJESP LEX 113/62, esta "nada acresce a dívida, mas, é a própria dívida em sua manifestação atualizada, de modo que a moeda, nominalmente expressa no momento do ajuste da dívida, tenha o mesmo poder aquisitivo, quando do adimplemento", razão pela qual sua incidência, independentemente da culpa da compradora pela rescisão, deverá se dar a partir de cada desembolso.

Acesso ao Sumário

Neste ponto, não se vislumbra abusividade na adoção do índice de correção previsto no contrato (Capítulo 2, Cláusula II, parágrafo 1º - fls. 47), Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA, indexador oficial calculado pelo IBGE e que reflete a variação do custo de vida de famílias com renda mensal entre 01 e 40 salários mínimos), afastando-se a condenação das requeridas neste ponto.

Os lucros cessantes pelo atraso são presumidos, e é devida a indenização, independentemente da valorização que sofreu o imóvel, ou da destinação que se pretendia dar ao bem, para uso próprio, locação ou comodato, e que não foi possível, unicamente pela privação da coisa, no período da mora.

Consoante o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça: "descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável" (AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012; AgRg no Ag 1036023/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010; AgRg no Ag 692.543/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 223).

Assim, é devido o ressarcimento, mas em valor inferior aquele fixado pelo Juízo de origem, devendo se adotar o correspondente a 0,5% do valor atualizado do contrato por mês, conforme vem decidindo este E. Tribunal em casos análogos, desde o fim do prazo de tolerância até a data anterior a da efetiva entrega das chaves.

Com relação à cobrança de taxa condominial, é assente no Superior Tribunal de Justiça que: "a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais" (EREsp 489.647/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 15/12/2009), bem como que: "somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda" (REsp 660.229/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 14/03/2005, p. 378), e ainda que: "o promitente-comprador, via de regra, é parte legítima para responder pelo pagamento de verbas condominiais. Contudo, tal legitimidade é afastada quando demonstrado que não houve a imissão na posse do imóvel, não se exercitando as faculdades de

Acesso ao Sumário

usar, gozar e dispor da coisa" (AgRg no Ag 645.645/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 253), razão pela qual devem ser restituídas as importância pagas a título de despesas condominiais, IPTU e água durante a mora das requeridas, conforme determinado pelo Juízo de origem.

No tocante à comissão de corretagem, o entendimento firmado no REsp Repetitivo n. 1599511/SP, é de ser válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem (REsp 1599511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016), sendo irrelevante que a negociação tenha se realizado em *stand* do empreendimento onde compareceu o comprador, ou que a intermediação seja feita por meio de empresa do mesmo grupo econômico da vendedora ou por profissionais autônomos.

O "resumo de escritura" (fls. 90), bem como a "declaração de recebimento de complementação de entrada" (fls. 67), ambos apresentados pela própria parte autora, não deixam dúvidas do seu conhecimento acerca da transferência da obrigação pelo pagamento da comissão de corretagem, especificando inclusive o montante a ser pago a cada um dos corretores beneficiários, não fazendo jus, portanto, à sua restituição, muito menos em dobro, não se aplicando o disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC.

No tocante ao dano moral, o retardamento na entrega do imóvel pode causar aos consumidores, desconforto, desânimo, aborrecimento e irritação. Entretanto, tais sentimentos, isoladamente, não importam em violação a direito da personalidade, que importa em lesão à autoestima ou ao conceito público do indivíduo. É assente que o simples descumprimento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral (AgRg no REsp 1136524/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011; RCDESP no Ag 1241356/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 17/11/2010), a não ser que resulte, também ofensa a direito inato da pessoa humana, o que não ocorreu no caso.

Acesso ao Sumário

Por fim, diferentemente do que sustentam os apelantes, restou efetivamente comprovada a existência da promoção "O Brasil Joga em Casa", havendo sido apresentado o termo de participação devidamente assinado pelo autor e datado em 15/02/2014 (fls. 92/101), o que demonstra a justa expectativa criada na parte autora pelo recebimento do prêmio, não havendo as requeridas comprovado a culpa exclusiva do adquirente pelo atraso na assinatura do contrato (art. 14, §

3º, II, do CDC), devendo, portanto, ser mantida a condenação das requeridas neste ponto, por ser vinculativa a promessa feita ao consumidor, integrando o contrato.

Sucumbentes ambas as partes, cada uma deverá arcar com a metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007870-46.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ALTANA ALEMANHA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., é apelado RAFAEL CASTRO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24107)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), JAMES SIANO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 14 de setembro de 2017.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Elementos suficientes para o convencimento do juiz - Preliminar afastada.

RESCISÃO CONTRATUAL C.C. DEVOLUÇÃO DE VALORES - Compromisso de compra e venda - Procedência do pedido - Inconformismo - Acolhimento parcial - Rescisão do contrato - Possibilidade de retenção de 10% do montante pago pelo compromissário comprador para ressarcimento dos gastos com a administração do empreendimento - Devolução de 90% da quantia paga - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP nesse tópico - Juros moratórios cuja incidência se inicia a partir do trânsito em julgado - Rescisão declarada por culpa

Acesso ao Sumário

do comprador - Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido.

Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores ajuizada por Rafael Castro Silva em face de Altana Alemanha Empreendimento Imobiliário Ltda., tendo a r. sentença de fls. 209/212, de relatório adotado, julgado procedente o pedido.

Inconformada, apela a ré sustentando, preliminarmente, nulidade processual por cerceamento de defesa. Reputa imprescindível a realização de prova pericial para apuração das efetivas perdas com a rescisão do contrato. No mais, sustenta, em síntese, que o contrato não possui nenhum vício de consentimento capaz de macular sua validade. Salienta a aplicabilidade da cláusula contratual, que prevê a retenção de 30% do montante pago, além da multa de 8% sobre o valor do contrato, no caso de rescisão, uma vez que o autor consentiu expressamente com seus termos. Subsidiariamente, pugna pela retenção de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento). Por fim, defende a aplicação dos juros de mora a partir do trânsito em julgado. Pede, pois o provimento do recurso para reformar a r. sentença (v. fls. 215/229).

Recurso respondido (v. fls. 234/240).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

De início, a preliminar de cerceamento de defesa não comporta acolhimento.

Com efeito, os elementos necessários para convencimento do juiz encontram-se presentes, mostrando-se desnecessária a produção de prova pericial, uma vez que não tem relevância à apuração das perdas com a rescisão do contrato efetivada logo no início do relacionamento travado entre as partes.

Acesso ao Sumário

É oportuno lembrar que "*A prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes, tem como finalidade a formação da convicção em torno desses fatos e como destinatário o juiz, visto que ele é que deve ser convencido da verdade dos fatos já que ele é que vai dar solução ao litígio*" (Jurid XP, 21ª Ed, Comentário ao art. 332 do Código de Processo Civil). E é por isso que o Colendo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem assentado que "*O Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe selecionar aquelas necessárias à formação de seu convencimento*" (REsp nº 431058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.10.06).

Assim, rejeita-se a preliminar arguida pela apelante.

No mérito, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar parte dos fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"(...)

RAFAEL CASTRO SILVA, devidamente qualificado nos autos, ajuizou a presente 'ação de rescisão contratual c/c devolução de quantia paga' contra ALTANA ALEMANHA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., aduzindo, em suma, que firmou com a ré um instrumento particular de compromisso de compra e venda do imóvel descrito na inicial.

Todavia, diante de dificuldades financeiras, buscou resilir o contrato, mas foi informado que somente seriam reembolsados 70% (setenta por cento) dos valores pagos, além de multa de 8% sobre o valor total do imóvel a título de despesas de venda, intermediação e publicidade.

Assim, requereu em sede de tutela de urgência a suspensão das cobranças e a abstenção da inscrição do seu nome nos órgãos restritivos de crédito. Ao final, busca a procedência da ação para que seja afastada a aplicação das cláusulas abusivas e resilido o contrato firmado entre as partes com a devolução de 90% do valor pago.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 28/91.

A decisão de fls. 102/103 concedeu a tutela urgência para suspender a exigibilidade do débito e para que a ré se abstivesse de negativar o nome do autor. Na mesma oportunidade a gratuidade da justiça foi concedida ao autor.

A ré foi devidamente citada e ofereceu contestação sustentando que não se opõe ao desfazimento do negócio. Contudo, defende a legalidade das disposições contratuais e a aplicação da cláusula 7.6. Requereu a condenação do autor por litigância de má-fé. (fls. 110/122). Juntou documentos (fls. 123/198).

Réplica às fls. 201/208.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O processo comporta julgamento imediato, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, tendo em vista a desnecessidade de produção de provas em audiência, pois, todas as questões de fato e de direito encontram-se devidamente expostas nos autos.

A ação é procedente.

É direito potestativo do autor a resilição unilateral do contrato objeto da lide, mormente, tendo em vista a expressa previsão contratual e que a ré reconheceu a procedência deste pedido.

Ademais, a Súmula nº 1 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pacificou que o compromissário comprador terá direito a reaver as quantias

Acesso ao Sumário

pagas, mesmo em caso de rescisão motivada por este, podendo o compromissário vendedor obter compensação apenas pelos gastos próprios com a administração e propaganda.

Nesse sentido, também é a Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça:

'Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.'

Logo, o autor pode resilir o contrato de forma imotivada, o que atrai a incidência da cláusula penal redigida no contrato.

Todavia, no caso em testilha, é clara a nulidade da cláusula 7.6 do contrato firmados entre as partes (fl. 56), a qual a título de cláusula penal estipula a perda de 30% (trinta por cento) do valor pago, além de 8% (oito por cento) do valor total da alienação a título despesas de venda, intermediação e publicidade.

Trata-se de típica cláusula abusiva que estabelece obrigações iníquas e coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC) com a nítida intenção de estabelecer por via transversa a perda excessiva das prestações pagas por força do contrato e ainda dificultar o seu recebimento, o que viola o artigo 53 do CDC.

Deste modo, mantenho como cláusula penal pela resilição unilateral do contrato por parte do autor a retenção de somente 10% (dez por cento) dos valores efetivamente desembolsados por ele.

O valor deverá ser desembolsado em uma única parcela, pois, em razão da resilição do contrato, o imóvel poderá ser disponibilizado à nova venda para terceiros, não se justificando o seu parcelamento, nos termos da Súmula 2 deste Tribunal de Justiça:

'A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.'

(...)

Por fim, não vislumbro a ocorrência de litigância de má-fé por parte do autor, que buscou o provimento de tutela jurisdicional para fazer valer direito que entendia possuir.

No caso dos autos, não restou demonstrada qualquer conduta por parte do autor no sentido de alterar a verdade dos fatos, induzir o julgador a erro ou retardar o andamento do feito, pelo que não é possível aplicar a pena com base em meras alegações das partes.

Acesso ao Sumário

Assim, não estando configurada qualquer das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil rejeito a alegação de litigância de má-fé.

Ante o exposto e por tudo mais que consta nos autos, JULGO PROCEDENTE a ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para, confirmando a tutela de urgência de fls. 102/103, declarar a resilição unilateral do contrato objeto da lide e condenar a ré a devolver ao autor 90% (noventa por cento) dos valores desembolsados por ele como parte do pagamento do preço do imóvel, devidamente atualizados desde os desembolsos (...)". (v. fls. 209/212).

Em que pesem as alegações recursais, a impossibilidade de manutenção do contrato de compra e venda assumido já foi enfrentada por este Egrégio Tribunal, culminando na criação da Súmula 1, que estabelece: "*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*".

Nesse rumo, as importâncias pagas pelo autor devem ser restituídas, admitindo-se a retenção, pela ré, de 10% (dez por cento) do montante pago para fins de ressarcimento dos gastos com a administração do empreendimento, já que manteve uma estrutura para administrar a venda, mas não recebeu a contraprestação devida.

Ademais, a retenção de 30% do montante pago e a multa de 8% sobre o valor do contrato ou, ainda, a retenção de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do valor adimplido constituem vantagem exagerada ao vendedor e excessivamente onerosa ao adquirente, já que o autor perderia significativa importância para a ré, que, por sua vez, lucraria com a nova alienação do bem.

No entanto, o termo inicial para incidência dos juros de mora do montante a ser devolvido é a data do trânsito em julgado, uma vez que a rescisão se deu por culpa do comprador (v. fls. 3).

Sobre o tema, confira-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no REsp 1013249/PE:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEVOLUÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO. PERCENTUAL. REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE MORA DA PARTE RÉ. 1. Em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra*

com retenção 10% a 20% das prestações pagas a título de indenização pelas despesas decorrentes do próprio negócio. 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ quando a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Na hipótese em que a rescisão contratual deu-se por iniciativa do comprador, por não mais suportar o pagamento das parcelas, e em que se busca a restituição de valores superiores aos fixados na apelação, o termo inicial dos juros moratórios deve ser o trânsito em julgado, pois inexiste mora anterior da ré. 4. Agravo regimental provido" (STJ - AgRg no REsp: 1013249 PE 2007/0289138-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 25/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2010).

No mais, considerando que a parte apelante obteve êxito parcial no seu recurso, mostra-se inviável a majoração dos honorários advocatícios.

Finalmente, considera-se prequestionada toda a matéria debatida relativa à Constituição Federal e legislação infraconstitucional, restando desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos invocados e pertinentes aos temas em discussão, razão pela qual a oposição de embargos de declaração meramente protelatórios poderá resultar na aplicação das multas previstas no Código de Processo Civil.

Em suma, impõe-se a parcial reforma da r. sentença para fixar a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos deste v. acórdão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000120-33.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante E.L.A.G.P. (G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado A.S.P.

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 38.207)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 15 de setembro de 2017.

VITO GUGLIELMI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ILEGITIMIDADE DE PARTE. ATIVA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE ASSENTO. AÇÃO PROPOSTA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO PELO SEU TITULAR. NÃO OCORRÊNCIA DE HIPÓTESE DE LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. REQUERENTE QUE POSTULA DIRETO PRÓPRIO EM SEU NOME. RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO QUE CONSTITUI DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL, CONFORME ARTIGO 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONDICIONAMENTO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO JURÍDICO, SENDO VEDADO AO INTÉRPRETE FAZÊ-LO. ARTIGO 1.614 DO CÓDIGO CIVIL QUE NÃO EXCLUI A PROPOSITURA DA DEMANDA PELO FILHO AINDA MENOR. PREVALÊNCIA DO DIREITO À BUSCA DA VERDADE BIOLÓGICA, DE CARÁTER IMPRESCRITÍVEL. EXTINÇÃO AFASTADA. TEMA QUE PERMITE O PROSSEGUIMENTO DO FEITO NOS TERMOS DO ARTIGO 1.013, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO.

PATERNIDADE. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE ASSENTO PROPOSTA EM FACE DO PAI REGISTRAL. COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL GENÉTICO POR EXAME DE DNA. PECULIARIDADES DO CASO QUE DEMONSTRAM A AUSÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA ENTRE OS LITIGANTES. PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AÇÃO

Acesso ao Sumário

PROCEDENTE. RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que extinguiu, sem resolução de mérito, ação de impugnação de paternidade cumulada com retificação de assento proposta por E.L.A.G.P., menor representado por sua genitora M.S.G., em face de seu pai registral A.S.P.

O MM. Juízo entendeu que a genitora não possui legitimidade para impugnar o reconhecimento voluntário de paternidade constante do assento de nascimento do menor, que somente é atribuído ao próprio filho, quando atingida a maioridade, nos termos do artigo 1.614 do Código Civil (fls. 59/61).

Inconformado, apela o autor (fls. 66/72). Assevera que o vínculo biológico de paternidade entre as partes foi afastado por meio de exame particular e pela perícia realizada pelo IMESC no curso da demanda. Frisa que o réu visitou o menor apenas uma vez, inexistindo vínculo de afeto entre os litigantes. Argumenta que a declaração de inexistência da paternidade não acarreta prejuízo ao menor, pois garante ao apelante o direito de tomar conhecimento de sua origem biológica mediante investigação da real paternidade. Argumenta que deve prevalecer a verdade real. Alega que o menor não pode ser condenado a viver rejeitado pelo pai registral, com o qual não existe vínculo genético ou afetivo. Ressalta que o registo de nascimento deve ser expressão da verdade. Menciona jurisprudência a seu favor. Conclui pela reforma.

O órgão do Ministério Público atuante em primeiro grau reiterou seu posicionamento anterior pela procedência da demanda (fls. 75/76).

Por esta Instância, o apelo foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 79).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 83/87).

É o relatório.

2. Cuida-se de demanda de impugnação de paternidade cumulada com retificação de registro civil ajuizada pelo autor em face de seu pai registral. Extinta sem resolução de mérito, sobreveio o presente recurso do demandante, o qual está a merecer acolhida.

Com efeito, é o caso de se afastar a extinção da ação.

O plexo normativo brasileiro assegura ao menor o reconhecimento do estado de filiação, tratando-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos do artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso em apreço, inexiste a ilegitimidade ativa reconhecida em sentença.

Isto porque a demanda fora proposta pelo próprio menor, e não por sua

Acesso ao Sumário

genitora, que apenas o representou.

É dizer, não se está diante de hipótese de legitimação extraordinária, de caráter excepcional no sistema jurídico e que depende de permissão jurídica, consoante estabelece o artigo 18, do Código de Processo Civil.

O requerente pleiteou direito próprio e em seu nome.

Conforme se disse, o direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo e, na hipótese vertente, fora exercido pelo seu titular (o filho), que apenas contou com a representação de sua genitora, em face de sua minoridade.

A interpretação do artigo 1.614, do Código Civil, não permite ilação distinta.

Deveras, estabelece o sobredito comando legal que "*O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.*"

A ação de impugnação ao reconhecimento voluntário de paternidade constitui ação de estado, sendo, pois, imprescritível, uma vez que não pode obstaculizar o direito do filho ao reconhecimento da verdade biológica.

A sobredita dicção normativa não veda a propositura da demanda pelo filho quando ainda menor de idade. E ao intérprete não cabe criar condicionante ao exercício do direito (sobretudo por se tratar de direito fundamental e afeto à personalidade), inexistente na lei.

Até mesmo o prazo decadencial para o exercício do direito de ação a partir do atingimento da maioridade é contestado pela doutrina em face do caráter imprescritível da demanda.

Nesse sentido, o magistério de Maria Berenice Dias:

"***Nitidamente, a limitação temporal - quatro anos - entra em rota de colisão com o que dispõe o ECA 27: o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. O fato de ter havido o reconhecimento voluntário da paternidade não pode afetar o direito de buscar a verdade biológica. Não cabe a mantença da distinção que sustenta boa parte da doutrina e consegue adeptos nos tribunais. Não há por que limitar o direito de investigar a paternidade ao exíguo prazo da impugnação da filiação. Modernamente, não se pode admitir prazo para uma ação que é tão imprescritível quanto o ré a negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir. Como a pretensão investigatória é imprescritível, o eventual registro de paternidade não deve obstaculizar o seu exercício.***" ("*Manual de Direito das Famílias*". 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 385)

Acesso ao Sumário

Evidente, pois, que o autor possui legitimidade para a propositura da presente ação.

Nessa linha intelectiva, segue o entendimento jurisprudencial:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - Insurgência contra sentença pela qual improcedente pedido formulado pelo apelante contra menor representado pela mãe - Admissibilidade - Possibilidade de ação negatória se o reconhecimento voluntário de paternidade efetuado não for condizente com a realidade - Aplicação dos princípios da veracidade e da legitimidade do registro público - Recurso provido. (TJSP; Apelação Com Revisão 0014101-04.2007.8.26.0000; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4.V.JUDICIAL/JURI EXEC.CRIM.ME; Data do Julgamento: 11/12/2008; Data de Registro: 14/01/2009)

Assim, sendo o requerente titular do direito de ação para impugnar o reconhecimento do estado de filiação e tendo legitimidade para a propositura da demanda, é o caso de afastar a extinção decretada em sentença.

Resta saber, apenas, se em face desse reconhecimento, deve o Tribunal prosseguir no julgamento ou devolver os autos à instância inferior, para que outra decisão seja proferida.

A indagação se punha, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, em face da alteração constante do parágrafo 3º, do artigo 515, e 516, por força, respectivamente, das Leis 10.352/01 e 8.950/94.

E a resposta, já na vigência daquele diploma, havia de ser positiva. Fosse por força do princípio dispositivo, fosse por efeito translativo do recurso, o conhecimento delas - quer meramente processuais (de ordem pública, sobre as quais não opera a preclusão, ou porque não decididas), quer de mérito, pois a causa permite julgamento antecipado, na forma do artigo 330 do Código ora revogado.

Sobre o tema, e colacionando Barbosa Moreira, anota JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ("Lineamentos da Nova Reforma do CPC", RT, São Paulo, 2ª Ed., 2002, pág. 96):

"***Assim, se porventura a sentença acolhe, em julgamento liminar, a argüição de decadência ou de prescrição, dúvida não pode haver no sentido de que, ao proferi-la, o juiz não se encontra em condições de solucionar qualquer outra questão de mérito, 'além daquela concernente à decadência ou à prescrição, de sorte que apenas esta se devolve ao conhecimento do tribunal; se a apelação for provida, o feito terá de prosseguir, na instância inferior, a sua marcha normal, para exame oportuno dos demais aspectos do 'meritum causae'. Extinto que seja o processo, por decadência ou por prescrição, nos termos do art.***

329, combinado com o art. 269, n. IV, o tribunal só poderá passar a outras questões de mérito nas hipóteses em que se teria aberto ensejo ao julgamento antecipado da lei pelo juízo 'a quo', segundo o art. 330, ou, quando já realizada a audiência de instrução e julgamento".

Quid, em relação ao tema de fundo? Por força do efeito translativo, podia (*rectius*: devia) ser apreciado pelo Tribunal.

Explica-se. Ainda que, por força do princípio dispositivo, parecesse só o tema da extinção aquele a ser apreciado, com as novas regras indicadas, que visam economia processual, maior extensão no julgamento ao tribunal se possibilitou.

É o que igualmente anota o autor (*op. cit.*, pág 98):

"***Por paradoxal que possa parecer, argumentando simplesmente que o princípio do duplo grau de jurisdição não vem contemplado na Constituição Federal, a nova lei altera a tradicional regra acima exposta, ao autorizar que nas hipóteses de sentença terminativa, o tribunal possa passar ao julgamento do mérito, desde que se trate de questão exclusivamente de direito e que não demande ulterior instrução probatória***".

E prossegue:

"***Devolvida a cognição da controvérsia ao tribunal 'ad quem', a partir da vigência da lei agora promulgada, independe a natureza da sentença recorrida - terminativa ou definitiva - visto que a causa poderá ser julgada pelo mérito em segundo grau. Bastará, para tanto, que o 'thema decidendum' seja considerado exclusivamente de direito ('quaestio iuris') e que - na dicção do texto legal - 'esteja em condições de imediato julgamento', isto é, não exija a produção de qualquer prova. Anote-se que a locução empregada é mais restrita do que a constante na redação do art. 330, II, do CPC, visto que, em princípio, excluída a questão de fato já provada nos autos. Explica a tal propósito Eduardo Cambi que essa nova regra não autoriza ao tribunal de segundo grau examinar o 'meritum causae' quando, por exemplo, após a produção da prova, a sentença irrompe terminativa, ou seja, a extinção do processo ocorre sem julgamento da lide***".

Por isso é que "***... com a alteração introduzida, o recurso de apelação perde a sua função substitutiva, tendo-se em vista que agora nem sempre o novo julgamento se identificará com o objeto da sentença recorrida***" (*op.cit.*, pág. 100).

O advento do novo Código de Processo Civil, ainda nessa perspectiva, pacificou a questão - ora dispondo o *caput* do artigo 1.013 que "*a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada*", estabelecendo,

Acesso ao Sumário

ainda, o § 3º, inciso I, do mesmo dispositivo que "*se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando* [...] *reformar sentença fundada no art. 485*".

Não se perca, ainda sobre o tema, que dentre as hipóteses do mencionado artigo 485 do novo diploma processual se inclui, justamente, a da sentença que "*verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual*", a teor de seu inciso VI.

Patente, pois, que a ação deve ser objeto de imediato julgamento, com o reconhecimento da procedência da demanda.

Isso porque, comprovada a inexistência de relação de filiação biológica entre o demandante e o réu, por meio de exame genético de DNA realizado em caráter particular (fl. 11) e mediante perícia judicial (fls. 36/46), a procedência da presente demanda, com a exclusão da paternidade e, bem, a consequente retificação parcial do registro de nascimento do demandante, são medidas que se impõem.

A par da cabal comprovação da ausência de vínculo de filiação genético, a refletir mesmo a verdade biológica e caracterizar a erronia do assento de nascimento, os demais elementos dos autos não são suficientes a comprovar a existência de vínculo socioafetivo entre os requeridos.

Importante se considerar, no caso, que a demanda foi proposta quando o autor contava com apenas 04 meses de idade (fl. 10).

Demais disso, o requerente alega que apenas houve contato com o réu em uma oportunidade.

Citado, o requerido não contestou a pretensão inaugural, o que evidencia a inexistência de vínculo afetivo entre as partes a justificar a mantença da falsidade registral, conforme bem observado pela Procuradoria de Justiça.

E como bem consignou o Superior Tribunal de Justiça, sequer a absoluta prevalência do melhor interesse da criança justifica a manutenção de uma paternidade fictícia, quando presente, de outra banda, a comprovação científica acerca da inexistência do laço biológico em que se escora a alegada relação afetiva. Nesse sentido:

> "***Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí***

Acesso ao Sumário

sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas." (STJ - REsp 878.954/RS - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 07.05.2007)

Em resumo, ainda que houvesse comprovação de relação socioafetiva entre os requeridos - que não restou suscitada - a verdade real revelada pela prova técnica produzida haveria de prevalecer. Já tive, aliás, a oportunidade de sustentar esse entendimento no julgamento da Apelação Cível nº 315.287.4/5-00 da Comarca de Cotia, no qual ponderei:

"***Exatamente a jurisprudência recente, em homenagem à verdade real, seja do registro, seja da própria paternidade, acabou por orientar decisões no sentido de que pouco importa a ocorrência ou não do vício na manifestação de vontade; presente a exclusão biológica da paternidade, deve o registro ser desconstituído parcialmente.***"

E concluí:

"***Ainda que os menores mereçam a total proteção - o que, em tempo algum, não se nega - não deve essa mesma proteção se transformar num mal maior. Examinado, pois, sob a ótica do menor (aqui ora réu), cumpre salientar que menor não será para o resto da vida. Ademais, e ainda que não se desconheça a possível existência de laços afetivos, certamente, nessas circunstâncias (e especialmente depois da propositura da presente ação!) estarão ou comprometidos, ou deteriorados. Será mesmo que traduz proteção ao réu a manutenção da paternidade não biológica indesejada? A resposta é negativa.***"

Destarte, em resumo, de rigor a procedência da ação, com a exclusão do estado de filiação entre as partes e a consequente retificação parcial do registro de nascimento do requerente, nos moldes por pleiteados na exordial.

Com o resultado, invertem-se os ônus da sucumbência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010406-83.2016.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelado EVALDO LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.770)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), CLAUDIO GODOY e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 15 de setembro de 2017.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Plano de saúde - Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais - Sentença de extinção em relação ao pedido de obrigação de fazer, a partir de 02.09.2016, por perda superveniente do objeto, e procedência quanto aos pedidos de indenização por danos morais e imposição de multa - Recurso de apelação da ré - Preliminar de não conhecimento do recurso de apelação da ré afastada - Negativa de cobertura de terapia em regime de "*home care*" - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Rol da ANS que não pode ser considerado taxativo - Tratamento indicado por médico que possui a técnica mais atualizada - Escolha que cabe tão somente ao médico responsável e ao paciente - Súmula nº 90 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Recusa injustificada de atendimento a usuário de plano de saúde - Dano "*in re ipsa*" - Indenização arbitrada em R$ 5.000,00, valor reputado razoável considerando-se a gravidade da lesão e a condição econômica da ré - Multa cominatória arbitrada em valor excessivo - Redução para o valor único de R$ 10.000,00 segundo critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Reforma parcial da R. Sentença apelada para diminuir o valor atribuído à título de "*astreinte*". Dá-se provimento em parte ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por Evaldo Lima contra Bradesco Saúde S.A., alegando, em síntese, que em novembro de 2014 foi diagnosticado com diverticulite e em 28.01.2015 foi submetido à cirurgia que retirou 20 cm de seu intestino. Em fevereiro de 2015 passou a sentir dores e nova cirurgia foi realizada. Após apresentar infecções decorrentes de internação em UTI, uma terceira cirurgia foi realizada. Em seguida, uma quarta cirurgia foi realizada para refazer a fístula

e em 28.03.2016 sofreu um acidente vascular cerebral, sendo realizado novo ato cirúrgico. Assim, foi recomendado tratamento em sistema de "*home care*". Apesar de ter recebido atendimento de uma enfermeira e fisioterapeuta, em nenhum momento foi encaminhado um médico para seu atendimento, apesar da ré ter ciência de sua grave situação. Afirmou que não consegue mais andar ou falar, passa os dias acamado e tem grande dificuldade para engolir os alimentos, sendo recorrentes as infecções urinárias. Assim, não realizou mais exames ou consultas médicas. Nestes termos, foi recomendado por médico atendimento de enfermagem por 12 horas, 4 dias na semana, e por 6 horas, 3 dias na semana, bem como fisioterapia respiratória e motora, o que foi negado pela ré, sob o argumento de que não tem direito de ter um médico em sua residência e que o tratamento com fisioterapeuta se encerrará em 07.08.2016. Postulou a antecipação de tutela para determinar que a ré realize a cobertura das despesas com tratamento multidisciplinar (médico, enfermagem e fisioterápico) contínuo sob a modalidade de "*home care*", com fornecimento do quanto necessário para seu tratamento e, ao final, o julgamento de procedência da ação, confirmando a tutela antecipada deferida, além da condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

O processo foi julgado extinto, sem julgamento do mérito, por perda superveniente do objeto, em relação ao pedido de fornecimento do tratamento "*home care*", a partir de 02/09/2016, ao fundamento de que o autor não é mais beneficiário do plano de saúde coletivo fornecido pela ré, uma vez que ele gozava do plano em razão do vínculo empregatício com a empresa Uranet Projetos e Sistemas Ltda., e, devido ao cancelamento do plano pelo estipulante e migração para a empresa Notre Dame Intermédica, não mais subsiste o vínculo contratual entre o autor e a ré (fls. 244). No mais, a ação foi julgada procedente, para o fim de condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 5.000,00, a título de indenização por danos morais, corrigido pela Tabela Prática do TJSP a partir da sentença e juros de mora desde a data da citação, bem como ao pagamento de multa em razão do descumprimento da tutela provisória concedida na forma exposta na fundamentação. Face à sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a ré postulando, em síntese, a improcedência da ação. Subsidiariamente, requer a minoração do valor fixado a título de indenização por danos morais (fls. 298/318).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões, na qual se argui preliminarmente o não conhecimento do recurso interposto pela ré (fls. 323/340).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual, nos termos da certidão de fls. 351.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Preliminarmente, não se cogita de negativa de seguimento ao recurso de apelação fundada no princípio da dialeticidade previsto no artigo 1.010, inciso II, do Código de Processo Civil, que prevê:

"*Artigo 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida, ao juízo de primeiro grau, conterá:*

(...)

II - a exposição do fato e do direito;"

No caso, o recurso de apelação interposto por Bradesco Saúde S.A., objetivando a improcedência da ação, tem nexo lógico direto com a R. Sentença apelada. A apelante expõe claramente os argumentos invocados para reforma da sentença, bem como os fundamentos de fato e de direito capazes de embasar seu pedido, não se limitando a repetir as razões de mérito postas em contestação.

Ainda que assim não fosse, prevalece o entendimento de que a negativa de seguimento ao recurso é faculdade do relator, não se tratando de imposição legal, o que autoriza o conhecimento do recurso.

No mérito, o recurso merece provimento em parte.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela ré contra sentença que julgou extinto o processo em relação ao pedido de fornecimento do tratamento "*home care*", a partir de 02/09/2016, e procedente a ação em relação aos danos morais e incidência de multa diária, advindos da negativa em prestar atendimento domiciliar em regime de "*home care*" para a parte autora.

A controvérsia, na hipótese, cinge-se em discernir a responsabilidade da ré quanto a obrigação de atendimento nos moldes fixados, derivando daí a eventual caracterização de danos morais e multa diária. A ré defende a licitude de sua conduta ao argumento de exclusão contratual e ausência de previsão no rol de cobertura obrigatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como alega que a determinação judicial foi integralmente cumprida, de acordo com o documento de fls. 255.

Este entendimento, entretanto, não deve prevalecer.

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

Ademais, ainda que o contrato firmado entre as partes seja anterior à Lei nº 9.656/98, que rege os planos de saúde e seguro saúde, caracteriza-se como contrato de longa duração, renovável automaticamente e, desta forma, passa a ser regido pela nova legislação.

Tal entendimento, inclusive, foi consagrado pela Súmula nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.*"

Cuida-se de negativa de cobertura de atendimento domiciliar pelo sistema de "*home care*", sob o fundamento de exclusão contratual.

Na hipótese, restou incontroversa a necessidade do tratamento, nos termos dos relatórios médicos de fls. 21/23 e 45.

O "caput" do artigo 4º da Lei nº 8.078/90 estabelece que o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser "*o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo*".

O inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, por sua vez, é expresso ao aludir à necessidade de observância do princípio da vulnerabilidade do consumidor, demonstrando ser este a parte mais frágil na relação de consumo.

Verifica-se, portanto, ser abusiva cláusula contratual que preveja a exclusão de cobertura de atendimento domiciliar "*home care*", colocando o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito, este Egrégio Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 90:

"*Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de 'home care', revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.*"

No tocante aos danos morais, a própria negativa da ré inegavelmente causou sofrimento ao autor, danos que prescindem de comprovação para serem indenizáveis, pois "*in re ipsa*", inerentes à própria conduta de violação do direito do paciente de realizar seu tratamento, o que enseja, em última análise, violação à sua integridade física e psíquica. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A este respeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico a associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável" (AgRg no REsp nº 1253696 - SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.08.11).

Assim como esta Colenda Câmara:

"PLANO DE SAÚDE - Hérnia de disco lombar - Cirurgia - Prescrição de materiais importados - Recusa injusta de cobertura por parte da ré - Exclusão de cobertura contratual não verificada - Impossibilidade da

Acesso ao Sumário

operadora de plano de saúde alterar a qualidade dos materiais solicitados por médico especialista - Óbice de natureza meramente financeira - Procedimento cirúrgico prescrito em caráter de urgência com risco de lesão neurológica irreversível - Dano moral in re ipsa - Indenização devida - Ação procedente - Ônus de sucumbência a cargo da ré - Recurso provido." (Apelação Cível nº 0015792-60.2011.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, v.u., j. 02.10.2012)

Ressalte-se que, não havendo norma legal que estabeleça na hipótese os parâmetros da indenização por dano moral, imperioso seu arbitramento pelo Juízo, considerada a gravidade da lesão, suas nefastas consequências à autora, e a condição econômica da ré, lembrando-se, entretanto, que a dor sofrida não pode, até mesmo em face do elevadíssimo significado do bem humano atingido, ser causa de enriquecimento.

Com base em tais parâmetros, afigura-se razoável o valor arbitrado pelo MM. Juízo "a quo" a título de indenização por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Tal valor é capaz de proporcionar ao autor algum conforto e alegria para minimizar a dor moral sofrida, bem como desestimular a repetição pela ré de práticas desrespeitosas semelhantes.

Por derradeiro, em relação a multa cominatória, observo que a decisão que concedeu a tutela antecipada, para que a ré providenciasse imediatamente o tratamento domiciliar recomendado ao autor (médico, enfermagem e fisioterápico), na modalidade "*home care*", sob pena de fixação de multa, foi proferida em 29.07.2016 (fls. 46/48) e publicada em 01.08.2016 (fls. 49).

A imposição da multa ocorreu por nova decisão, proferida em 09.08.2016 (fls. 61), em decorrência do não cumprimento da medida pela apelante e para a hipótese de persistência da inércia que, em tese, já não era admissível desde 04.08.2016 (fls. 59).

Ao contrário do que tenta fazer crer a ré, não consta nos autos comprovação de que a determinação judicial foi integralmente cumprida, uma vez que o documento acostado a fls. 255 demonstra que foi fornecido apenas fisioterapeuta, enfermeiro e fonoaudiólogo, não tendo disponibilizado, em nenhum momento, visita médica ao autor, conforme expressamente recomendado em relatório pelo médico que acompanhou o caso (fls. 45), bem como expressamente determinado a fls. 47.

Portanto, a multa foi devidamente imposta.

Por outo lado, o valor da multa diária arbitrada pelo MM. Juízo "a quo", em R$ 7.500,00, limitada a 30 dias, mostrou-se excessivo. Em que pese a "*astreinte*" não poder ter valor diminuto a ponto de não cumprir seu objetivo de coerção ao cumprimento da determinação judicial, mostra-se necessária sua redução total para o valor único de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido a

Acesso ao Sumário

partir desta data, segundo critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

Logo, de rigor a reforma parcial da R. Sentença, para reduzir o valor atribuído a título de "*astreinte*".

Permanece, entretanto, a sucumbência integral da ré, na forma da sentença, eis que a mera redução por equidade e razoabilidade do valor da multa cominatória não altera ter sido a ré a única causadora da própria propositura da ação.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007176-48.2015.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE S.A., é apelado NELSON DIAS DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30358)**

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

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Plano de saúde - Declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c restituição de valores pagos a maior - 1. Reajuste por mudança de faixa etária após os 65 anos de idade - Caso concreto que se submete às disposições das Leis nºs. 9.656/98 e 10.471/2003 (Estatuto do Idoso) - Aplicação das Súmulas nº. 91 e nº. 100 deste C. Tribunal de Justiça de São Paulo e das Teses firmadas pelo E. STJ na sistemática de julgamento dos recursos repetitivos (REsp. 1.360.969/RS) - Aplicação do Prazo trienal do art. 206, § 3º, IV, do Cód. Civil. Reajuste Afastado a partir de 26/08/2015, com devolução simples das quantias pagas a maior, corrigidas a partir de cada

Acesso ao Sumário

desembolso, com juros de 1% a partir da citação. Sentença Mantida - Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de nulidade c/c repetição de indébito ajuizada por Nelson Dias de Freitas em face de Sul América Companhia de Seguro Saúde S.A.

A r. sentença de fls. 146/150, agregada com os embargos de declaração de fls. 161/162, proferida pelo d. Magistrado Walter de Oliveira Junior, cujo relatório adoto, afastou a decadência da ação e julgou procedente o pedido para reconhecer a ilegalidade do reajuste do valor do plano do autor por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos, mormente porque não justificado o reajuste no percentual de 68%, declarando nula a cláusula que admite reajuste nas mensalidades do plano de saúde por mudança de faixa etária, condenando a ré à restituição do importe pago à maior a partir de 26/08/2015 (data do reajuste), bem ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Irresignada, recorre a empresa ré (fls. 165/191), requerendo seja o feito sobrestado até consolidação do resultado do julgamento do recurso com tema de repercussão geral, REsp n. 1.568.244/SP. Tocante a matéria de fundo, pugna pela reforma do julgado, alegando, em síntese, a prescrição ânua da ação, prevista no artigo 206, § 1º, inciso II, letra 'b' do Código Civil; ocorrência do prazo decadencial de noventa (90) dias previsto no artigo 26, inciso II da Lei 8.078/90 ou mesmo da *supressio legis*, resultante da inação do recorrido por longo tempo para defesa de seus interesse. Reputa como legítimo o reajuste no prêmio do seguro por mudança da faixa etária do beneficiário, uma vez que expressamente previsto no contrato celebrado, em especial pelo alto índice de sinistralidade pertinente ao grupo abrangido, não se podendo imputar que referida cláusula ou prática seja abusiva, reiterando não ser aplicável disposições da Lei 9.656/98 e 10.741/03, posto que o contrato entre as partes é anterior a estas legislações. Aduz pela impossibilidade de devolução das mensalidades cobradas, uma vez que ausente qualquer culpa, dolo ou má-fé, devendo, de forma alternativa, caso prevalecida devolução, que os juros incidam a partir da citação e correção monetária a partir da data da propositura da ação.

Recurso tempestivo, preparado, recebido no duplo efeito.

Contrarrazões a fls. 196/200 pelo improvimento do recurso.

Intimadas, as partes não se opõem ao julgamento virtual.

É o relatório.

Por primeiro, considerando a orientação firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.360.969/RS e nº 1.361.182/RS,

Acesso ao Sumário

representativos de controvérsia, de rigor reapreciar o caso em julgamento uma vez que necessária sua adequação ao que restou decidido pela C. Corte Especial daquele E. Tribunal Superior.

1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade

Acesso ao Sumário

absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula

Acesso ao Sumário

(ausência de causa jurídica lícita).

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

Dessa forma, não há que se considerar a prescrição ânua (CC. Artigo 206, § 1º, inciso II, alínea 'b'), mas sim prescrição trienal, conforme repetitivos numerados acima.

Tendo em conta que a ação foi ajuizada em **15.09.2015** pretendendo o afastamento da incidência do reajuste por faixa etária, aplicado em 31/07/2015, tão logo a o autor completou 66 anos, a pretensão não foi atingida pela prescrição trienal, muito menos pela 'supressio legis'.

Também não há que se falar de decadência prevista no artigo 26, inciso II da Lei 8.078/90, uma vez que a questão abordada na presente ação diz respeito à revisão de revisão de cláusula abusiva, refugindo a constatação de vício ou defeito de produto.

No mérito, há que se consignar, antes de tudo, que a previsão de reajustes das mensalidades dos planos de saúde não é expediente ilegal. Na verdade, encontra amparo no art. 15 da Lei nº 9.656/98 que traz a possibilidade de variação dos valores pagos em razão da idade do consumidor desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS.

Nesse sentido, importante citar recente julgado do STJ, sobre a validade dos reajustes por faixa etária, julgada como recurso repetitivo:

Acesso ao Sumário

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial

Acesso ao Sumário

acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada:

Acesso ao Sumário

serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz- se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" como intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido.

(Recurso Especial 1.568.244/RJ, MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, j. em 14.12.2016, g.n.)

No caso dos autos, o plano de saúde foi celebrado em 23/04/1991, não adaptado, e possui previsão de reajuste por faixa etária da seguinte forma:

"15. PREMIOS MENSAIS.

15.1 O prêmio mensal estipulado na data de início de vigência do seguro será aquele estabelecido na tabela de prêmios da Seguradora, para a faixa etária em que se encontra o Segurado.

15.2 As faixas etárias de que trata o seguro são as seguintes:

- até 17 anos.

- de 18 a 55 anos.

- de 56 a 65 anos.

Acesso ao Sumário

-acima de 65 anos."

Pondere-se que não há quaisquer indicativos nestes e nos demais artigos sobre o percentual dos reajustes para cada faixa etária; não há informação clara, impedindo que o autor possa avaliar, antecipadamente, o valor que será acrescido em razão da mudança e, ainda, sequer, uma idade limite para imposição de aumento, posto que a última faixa (acima de 65 - fls. 82), possibilita acréscimo sobre qualquer idade alcançada pelo beneficiário o que, decerto, estabelece desvantagem exagerada contra o consumidor, que é vedado pelo artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90).

Assim, diante da ausência de informação clara sobre os percentuais de reajuste por faixa etária que deveriam constar no contrato do autor, especificamente nas cláusulas acima indicadas, bem como em razão da última faixa etária (acima de 65 anos) reveste-se como abusivo o percentual de 68% aplicada na mensalidade do autor ao completar 66 anos.

No mais, há que se ter em conta que a tese empregada pelos recursos repetitivos, suso mencionados, veda reajustes em percentuais desarrazoados ou aleatórios, sem base atuarial idônea, que onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Esse o caso dos autos que se verifica reajuste em 26/08/2015 no percentual de 68%, sem que a administradora de plano de saúde apresentasse documentos técnicos comprobatórios do desmensurado índice de sinistralidade ocorrido no período e no grupo coberto, revelando nítida abusividade, que deve ser afastada, condenando a requerida à devolução dos valores pagos a maior, com correção monetária da data de cada pagamento e juros de mora de 1% da citação.

No entanto, o valor deverá ser restituído de forma simples, pois não restou demonstrada má-fé na cobrança, conforme entendimento do STJ: "***A devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor.***"

Tese firmada com base nos julgados: **AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS**, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., J. em 26/05/2015, DJE 24/06/2015; **AgRg no AgRg no AREsp 600663/RS**, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, 4ª T., J. em 07/05/2015, DJE 19/05/2015; **AgRg no AREsp 439822/RS**, Rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª T., J. em 07/05/2015, DJE 18/05/2015; **AgRg no AREsp 460436/SP**, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª T., J. em 07/04/2015, DJE 14/04/2015; **AgRg no REsp 1200821/RJ**, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 3ª T., J. em 10/02/2015, DJE 13/02/2015; **AgRg no AREsp 617419/PR**, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª T., J. em 18/12/2014, DJE 03/02/2015.

E diante do desfecho dado à causa, fica mantida a condenação da requerida

Acesso ao Sumário

no pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios tal como fixados na r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003976-14.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MARGARIDA VALENTIM NAGAY (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MAGAZINE LUIZA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12437jv)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO E ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 27 de setembro de 2017.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Queda devido a má sinalização de degrau no estabelecimento da ré. Autora sofreu fratura da patela e, por consequência, se submeteu a cirurgia. Procedência parcial da ação. Insurgência da autora para majoração dos danos morais fixados em R$ 5.280,00 e dos honorários advocatícios. Indenização majorada para R$ 10.000,00 que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e de acordo com precedentes jurisprudenciais da Câmara. Verba honorária mantidas – Sentença parcialmente reformada - Apelo parcialmente provido.

VOTO

A sentença de fls. 134/140, cujo relatório se adota, nos autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente a ação para condenar a ré ao pagamento da importância de R$ 5.280,00.

A autora apela, fls. 148/159, para majorar o "quantum" referente à indenização para R$ 50.000,00 e a verba honorária de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Recurso recebido em ambos os efeitos, fls. 175.

Contrarrazões apresentadas às fls. 182/190.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por MARGARIDA VELENTIM NAGAY contra MAGAZINE LUIZA S/A, na qual alega a autora que sofreu queda na loja da requerida ao tropeçar em um pequeno degrau sem nenhuma sinalização. Em razão da queda, sofreu fratura na patela, sendo socorrida pelo SAMU, e encaminhada ao Hospital de Clínicas de Marília, onde passou por uma cirurgia no dia 11/08. Alega ter sofrido danos morais em razão da queda, tendo em vista a fratura sofrida, internação, cirurgia, uso de medicamentos e dores constantes.

A autora recorre alegando que o valor arbitrado é ínfimo e requer que o *quantum* seja elevado para o valor de R$ 50.000,00 e a verba honorária de sucumbência seja elevada para o valor de 20% da condenação.

Restou incontroverso nos autos que a autora se feriu dentro do estabelecimento comercial da empresa ré após tropeçar em um degrau mal sinalizado.

No caso em tela, não se discute mais a responsabilidade da ré ou mesmo a existência de dano moral, ficando limitado o apelo ao *quantum* a ser pago.

A quantificação do dano moral não pode servir ao enriquecimento ilícito, mas deve compensar o mal sofrido pela vítima.

Para fixação do dano moral, acompanho a orientação do Superior Tribunal de Justiça, atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual o valor fixado na sentença, R$ 5.280,00, deve ser majorado.

O Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, tem orientado que o valor da indenização deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A indenização não pode ser ínfima, a ponto de ser irrelevante àquele que deve responder pela indenização, mas, também, não pode ser demasiada, a ponto de ensejar o enriquecimento ilícito.

Como já se decidiu, "*Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" (RSTJ 112/216).

Acesso ao Sumário

"*Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve-se atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas*" (JTJ-LEX 204/70).

Em casos análogos a Câmara tem fixado indenização por danos morais em R$ 10.000,00. Confira-se:

> **RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais e materiais** - Autora que teve seu pé enroscado numa fiação e sofreu queda no estabelecimento da ré - Elementos constantes dos autos e prova oral que confirmaram o nexo causal e os danos causados à autora - Configuração do dever de indenizar - Valor da indenização por danos morais majorado para R$ 10.000,00, observada as circunstâncias do caso, as finalidades punitiva e reparadora - Improcedência mantida em relação ao pedido de danos morais formulado pelo marido da autora - Sentença parcialmente reformada - Não provido o apelo da ré e parcialmente provido o recurso da autora Apelação nº 0017407-22.2010.8.26.0114 - Rel. Helio Faria.
>
> APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - QUEDA DA AUTORA EM CALÇADA SOB CUIDADO DA REQUERIDA - AUTORA QUE COMPROVOU SUFICIENTEMENTE SUAS ALEGAÇÕES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA REQUERIDA - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO DEMONSTRADO - DANO MORAL CONFIGURADO - FIXAÇÃO EM R$ 9.330,00 QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019130-78.2011.8.26.0005 - Relator Des. CESAR ALMEIDA.
>
> *Responsabilidade Civil. Ação indenizatória julgada improcedente. Queda em supermercado devido a existência de poça de água no chão. Fratura de pulso. Responsabilidade objetiva do estabelecimento. Ocorrência de danos morais, arbitrados em R$ 10.000,00. Danos materiais comprovados. Invertidos os ônus sucumbenciais anteriormente arbitrados. Apelação parcialmente provida. Apelação Civel 0056003-97.2008 Rel. Des. Pedro Alcântara.*

Por fim, em relação ao valor dos honorários foram bem arbitrados, de acordo com o que se tem estipulado em casos análogos, não merecendo alteração, com a ressalva de que, nos termos do Enunciado administrativo n. 7 aprovado pelo Plenário do STJ, "*somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*".

Por tudo isso, reforma-se a sentença majorando a condenação por danos morais, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024378-04.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante CENTRO TRASMONTANO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA ORLANE DE OLIVEIRA MESTRINHERI.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.848)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 26 de setembro de 2017.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: NULIDADE - Cerceamento de defesa - Dilação probatória que não se faz necessária diante dos elementos dos autos suficientes à solução da lide - Possibilidade do juiz dispensar a produção de provas - Preliminar afastada.

PLANO DE SAÚDE - Pretendida rescisão unilateral do contrato pela operadora, sob a alegação de fraude na "declaração de saúde" ante a omissão de doença ou lesão preexistente - Má-fé da contratante não comprovada - Pedido subsidiário para o cumprimento do prazo da cobertura parcial temporária - Não cabimento - Ausente prévio exame admissional que apurasse eventual patologia não indicada na declaração de saúde - Risco assumido pela autora - Ação improcedente - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 166/171, de relatório adotado, que julgou a ação improcedente. A autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Com embargos declaratórios rejeitados (fls. 176/178 e 182/183), apela a autora alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa ante a necessidade de produção de outras provas, mormente a pericial. No mérito, sustenta o dever do beneficiário de informar, no ato da contratação do plano, sobre lesão ou doença preexistente, admitida a cobertura parcial temporária até 24 meses; a operadora dá ao proponente a oportunidade de preencher a "declaração de saúde", consubstanciada na presunção da boa-fé contratual; cabe a rescisão unilateral do contrato ante a fraude praticada pela ré, de acordo com o disposto no parágrafo único, inciso II, do artigo 13 da Lei 9.656/98; a ré é portadora de doença crônica, inclusive já estava em tratamento antes da contratação do plano, mas omitiu tal informação. Requer a rescisão do contrato de plano de saúde e, subsidiariamente, a aplicação da cobertura parcial temporária por doença ou lesão preexistente, no prazo de 720 dias contados da contratação do plano. Pede o provimento do recurso (fls. 188/208).

Contrarrazões (fls. 213/216).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta dos autos que a ré firmou contrato de plano de saúde com a autora - operadora Centro Trasmontano de São Paulo -, em 10 de março de 2016, ocasião em que a contratante preencheu a "declaração de saúde" de fls. 91/92 no sentido de que não era portadora de doenças preexistentes.

Entretanto, no dia 28 de setembro de 2016, a ré foi internada no Hospital IGESP e submetida à cirurgia do punho, ocasião em que se constatou, por meio de "entrevista qualificada" realizada pelo médico auditor da operadora, em 29 de setembro de 2016 (fls. 145/146), que a beneficiária havia se submetido à cirurgia da coluna cervical, há quatro anos.

A autora/operadora de plano de saúde sustenta que a ré omitiu deliberadamente informações sobre seu estado clínico e, diante da alegada fraude perpetrada, requer a rescisão unilateral do contrato, de acordo com o disposto pelo artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98, ou, subsidiariamente, a aplicação da cobertura parcial temporária por doença ou lesão preexistente, no prazo de 720 dias contados da contratação do plano.

A ré afirma que o preenchimento da declaração de saúde foi feito pelo corretor da operadora/autora que comercializou o plano e, na ocasião, não estava presente um médico para orientá-la. Ademais, em 28 setembro de 2016, foi submetida à cirurgia do punho em razão de uma queda que sofreu, que em nada estava relacionada com a cirurgia de coluna que realizou outrora.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

De início, a despeito da irresignação da autora quanto à produção de outras provas, não restou configurado cerceamento de defesa a macular o desfecho dado à controvérsia.

A autora aponta a necessidade de produção de prova pericial para demonstração da suposta omissão da ré quanto à sua patologia no momento da contratação do plano de saúde, bem como requer a expedição de ofício ao Hospital Paulistano para o fornecimento do prontuário médico da paciente.

Contudo, as circunstâncias presentes dispensavam maior dilação probatória e, portanto, tinha o processo condições plenas de receber julgamento no estado.

E isto porque, "*Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização*" (RT 305/121).

Irrelevante a produção de perícia médica se a prova documental constante dos autos foi suficiente para o deslinde do feito.

Portanto, tendo em vista a irrelevância da produção de outras provas, era dever do magistrado *a quo* indeferir os atos inúteis, em atenção ao princípio da celeridade processual.

Passo ao mérito.

Pretende a autora a rescisão do contrato firmado com a ré/beneficiária em razão de suposta fraude quando do preenchimento da "declaração de saúde", à época da contratação, ou, subsidiariamente, a imposição de prazo de cobertura parcial temporária.

Entretanto, cumpre ressaltar que não houve realização de prévio exame admissional, medida que teria permitido à autora constatar eventual doença ou lesão preexistente da ré, podendo impor-lhe, desde logo, o prazo de carência.

Ao deixar de assim proceder, assumiu a autora o risco de fornecer cobertura a qualquer tratamento abrangido pelo contrato, ainda que eventual patologia seja anterior à associação ao plano de saúde e demande tratamento antes de transcorrido o respectivo prazo de carência.

Este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou o entendimento por meio da Súmula 105: "*Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional*".

No mesmo sentido, há muito o Superior Tribunal de Justiça se manifestou: "*É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.*" (AgRg no Ag 973265/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe

Acesso ao Sumário

17/03/2008).

Ademais, o fato de a ré ter se submetido à cirurgia de coluna vertebral, anteriormente à contratação do plano de saúde (há quatro anos), não significa que ela tenha ficado com sequelas. Deste modo, não há provas de que, no momento da contratação, a beneficiária apresentava sintomas ou complicações decorrentes da cirurgia de coluna, o que afasta a possibilidade de rescindir o contrato em virtude de suposta fraude quando do preenchimento da "declaração de saúde", ou, subsidiariamente, a cobertura parcial temporária.

Neste ponto, o I. juiz da causa bem ressaltou: "*(...) quanto à questão das doenças que a ré é ou foi portadora, em que pesem constar do relatório médico de auditoria realizado pelo autor a fl. 95, não há qualquer documento nos autos que comprove que a ré tenha complicações decorrentes dessas doenças. Portanto, desde a contratação, não houve qualquer intercorrência ou internação que sugestione a existência de doença preexistente. Assim, o relatório médico apresentando não pode ser selecionado como prova incontroversa, porquanto produzido unilateralmente por profissional de confiança da seguradora*" (fls. 168).

Em julgamento de casos análogos, este E. Tribunal de Justiça decidiu:

"*PLANO DE SAÚDE - Ação de rescisão contratual promovida pela operadora à contratante, ao argumento de que constatada doença preexistente cujo tratamento esta pretende - Alegação de omissão da autora na declaração de saúde que firmou no momento da adesão, quanto à preexistência de doença relacionada com 'transtorno da articulação tempormandibular', que referiu em aludida declaração e de que realizava acompanhamento desde data anterior à contratação - Afirmação da operadora, portanto, de que a contratante tinha conhecimento da moléstia desde antes - Inocorrência de fraude, contudo - Informação, conquanto confirmada, que não autoriza afirmar atitude com propósito de fraudar o seguro - Afirmação da autora de que o problema realmente se instalou depois da contratação, o que levou ao diagnóstico e à indicação de cirurgia - Inexistência de prova em contrário - Operadora que no ato da contratação dela não exigiu exame médico conclusivo da existência de moléstia - Inexistência igualmente de prova de que ela entendesse ou tivesse o transtorno como moléstia, de sorte que razoável o pensamento de que não o tinha como doença - Pretensão da operadora de rescindir o contrato, improcedente - Orientação da jurisprudência da Corte Superior e deste Tribunal (Súmula 105) - Sentença reformada para julgar improcedente a ação. Apelação da ré, provida, prejudicada a da autora*" (Apelação nº 1005801-78.2015.8.26.0348, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. João Carlos Saletti, julgado em 23/08/2016, v.u.);

Acesso ao Sumário

"*APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - Rescisão contratual unilateral pelo Plano de Saúde, ante a alegação de fraude por parte do segurado, que teria omitido doença preexistente - Parcial procedência, com fixação dos danos morais em trinta salários mínimos, improcedente o pedido em face do Hospital - Inconformismo de ambas as partes - Ilicitude da conduta da Seguradora caracterizada - Ausência de realização de entrevista qualificada e de exames para admissão dos segurados - Não comprovada má-fé do segurado (...) Sucumbência - Condenação da Seguradora a arcar com a integralidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação - Sentença reformada unicamente neste tópico - Negado provimento ao recurso da ré e recurso do autor parcialmente provido*" (Apelação nº 9150291-20.2004.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Viviani Nicolau, julgado em 07/06/2011, v.u.).

Mesmo que assim não fosse, cabia à autora comunicar previamente a ré através do "termo de comunicação ao beneficiário do indício de fraude", em consonância com o artigo 13, inciso II, parte final, da Lei nº 9.656/98. E a Resolução nº 162/2007 da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), que regulamente o citado dispositivo legal determina a instauração prévia de processo administrativo perante aquele órgão regulamentador.

A este respeito, o C. Superior Tribunal de Justiça se posicionou:

"*PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SEM O DEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. 3. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO SOB A ALEGAÇÃO DE FRAUDE. CIÊNCIA DO AUTOR ACERCA DE DOENÇA PREEXISTENTE NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO. PODER DE NORMATIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. APLICAÇÃO CONJUGADA DAS LEIS NS. 9.961/00 e 9.656/98 COM A RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 162/07 DA ANS. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. RECURSOS DESPROVIDOS.*

(...)

3. Trata-se de ação de obrigação de fazer objetivando a manutenção do plano privado de assistência à saúde contratado com a empresa ré, uma vez que, ao necessitar de internação hospitalar, ocasião em que foi constatada a contaminação pelo vírus HIV, a demandada procedeu à rescisão unilateral do contrato, invocando, para tanto, o art. 13,

parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/98.

4. A despeito da possível ciência do demandante acerca de doença preexistente no momento da contratação, a operadora do plano de saúde não pode proceder à resolução do contrato sem a instauração prévia de processo administrativo perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, conforme determina a Resolução n. 162/07.

5. A ANS foi criada pela Lei n. 9.961/00, na condição de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, e tendo por finalidade institucional, segundo disposição do art. 3º do aludido diploma legal, "promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país."

6. No exercício dessa prerrogativa, e dando cumprimento ao 11, parágrafo único, da Lei n. 9.656/98, foi editada a Resolução n. 162/07, cujo art. 16, § 3º, veda, expressamente, sob qualquer alegação, 'a negativa de cobertura assistencial, assim como a suspensão ou rescisão unilateral de contrato, até a publicação pela ANS do encerramento do processo administrativo, ficando a operadora sujeita às penalidades previstas na legislação em vigor.'

7. O ato impugnado, portanto, foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANS, de baixar normas relativas à atividade dos planos e seguros privados de assistência à saúde no país, nos moldes preconizados pelas Leis ns. 9.961/00 e 9.656/98.

8. Recursos especiais do autor e da ré desprovidos.

(...)

E para afastar qualquer dúvida quanto à necessidade do procedimento administrativo prévio como condição de rescisão unilateral do contrato, com base na alegação de doença ou lesão preexistente no momento da contratação, o ***art. 16*** *da referida Resolução deixa claro que, 'somente após a comunicação ao beneficiário de alegação de omissão de informação na Declaração de Saúde por ocasião da assinatura contratual ou da adesão ao plano privado de assistência à saúde, a operadora poderá encaminhar a documentação pertinente à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS,* ***requerendo abertura de processo administrativo para verificação da sua procedência ou não****', o que veio a ser reiterado, de maneira expressa, no § 3º desse mesmo dispositivo, no qual foi consignado que 'não será permitida, sob qualquer alegação, a negativa de cobertura*

Acesso ao Sumário

assistencial, assim, como a suspensão ou ***rescisão unilateral de contrato****, até a publicação pela ANS do* ***encerramento do processo administrativo****, ficando a operadora sujeita às penalidades previstas na legislação em vigor.*" (REsp nº 1.553.007/SP, Terceira Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015) (grifos no original).

No mesmo sentido, confira-se o julgado desta E. Corte paulista:

"*(...) Contrato de assistência médica e/ou hospitalar. Rescisão unilateral. Admissibilidade que deve ser conjugada com a relevância do objeto e do negócio jurídico. Tese de omissão de doença preexistente e fraude contratual. Instauração de procedimento administrativo. Reconhecimento de que a operadora infringiu a regulamentação contida no artigo 14 da Lei 9.656/98, c/c o previsto nos artigos 15 e seguintes da Resolução Normativa 162/2007, c/c artigo 18, parágrafo único, inciso I, da Resolução Normativa 195/2009. Conduta passível, inclusive, de punição (artigo 62 da Resolução Normativa 124/2006). Abusividade manifesta. Ausência, ademais, de exames admissionais prévios no ato da contratação. Rescisão promovida pela operadora de saúde que não deve vincular o segurado. Parte hipossuficiente que não pode ser surpreendida com a abrupta ruptura da cobertura securitária. Incidência do disposto no artigo 13, inciso II, da Lei 9.656/98. Princípio da função social do contrato. Desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito que se evidencia na desigualdade material de poder. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio. Menoscabo com o consumidor. Lesão à dignidade humana. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Conduta que a doutrina moderna caracteriza como ilícito lucrativo. Incidência dos arts. 4º, 'caput', 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Manutenção do contrato bem determinada.*" (Apelação nº 0082491-57.2012.8.26.0224, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rômolo Russo, julgado em 19/07/2017, v.u.).

Aliás, o contrato da própria autora prevê a necessidade de informar o beneficiário quando for identificado indício de fraude, podendo solicitar a abertura de processo administrativo junto à ANS (cláusula 10 - fls. 76/77), o que não ocorreu.

Destarte, porque a autora não logrou êxito em demonstrar que houve má-fé da ré a caracterizar fraude quando do preenchimento da "declaração de saúde", no ato da contratação, a improcedência da demanda era de rigor.

Por fim, nos termos do artigo 85, §§1º e 11, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios ficam majorados para R$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0069522-78.2010.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados HOSPITAL BOM CLIMA S/C LTDA. e AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., são apelados/apelantes FABIO TOMAZ DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSILENE SILVA RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos das rés e deram parcial provimento ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 29 de setembro de 2017.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DA EQUIPE DE ENFERMAGEM NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL. FALECIMENTO DA FILHA DOS AUTORES, MENOR EM TENRA IDADE. INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Preliminares afastadas. Ausência de cerceamento de defesa, diante da realização de prova técnica, suficiente para elucidar as questões controvertidas. Ilegitimidade passiva não verificada. Prova técnica é robusta e o laudo bem elaborado, deixando claro que a filha menor dos autores foi vítima de erro médico da equipe de enfermagem, tendo este culminado no seu óbito durante internação hospitalar. Há nexo de causalidade entre a morte da paciente por embolia gasosa por agente físico, e a conduta equivocada/falha de conexão do circuito inalatório no acesso venoso da paciente. Indenização por danos materiais e morais que comporta moderada majoração. Recursos das rés desprovidos. Recurso dos autores parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*ação de responsabilidade civil c/c indenização por danos morais e materiais com pedid o 'in limine' de tutela antecipada*" (*sic*) movida por FÁBIO TOMAZ DE LIMA e ROSILENE SILVA RODRIGUES DE SOUZA em face de HOSPITAL BOM CLIMA S/C LTDA e AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL.

A r. sentença (fls. 326/332), disponibilizada no DJe de 23/11/2015 (fls. 332-v), entendeu que a filha dos autores foi vítima de erro médico indireto (enfermagem), julgando a ação nos seguintes termos:

"*Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos da inicial para:*

a) condenar solidariamente as partes rés a pagarem às partes autoras indenização por danos materiais no valor de R$ 557,02, corrigida pela Tabela Prática do TJSP de cada desembolso, com juros de mora de 1% ao mês a contar de setembro de 2010;

b) condenar solidariamente as partes rés a pagarem às partes autoras, com correção pela Tabela Prática do TJSP e juros de mora de 1% ao mês de cada vencimento:

b.1) pensão mensal, da data do décimo quarto à data do vigésimo quinto aniversário da vítima, equivalente a 1/3 de salário mínimo vigente;

b.2) pensão mensal, da data do vigésimo quinto à data do sexagésimo quinto aniversário da vítima, equivalente a 1/6 de salário mínimo vigente;

c) condenar solidariamente as partes rés a pagarem a cada um dos autores indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00, corrigida pela Tabela Prática do TJSP da data desta sentença, com juros de mora de 1% ao mês a contar de setembro de 2010.

Dada a sucumbência mínima das partes autoras, condeno solidariamente as partes rés ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo e m 15% do valor da condenação (considerando a complexidade e duração do feito).

Oportunamente, arquivem-se. P.R.I.C.".

Inconformada, apela a corré AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL (fls. 334/344).

Sustenta que "*nenhuma responsabilidade poderá ser imputada à apelante que não teve qualquer ingerência no atendimento prestado à menor*" (sic).

Diz que a perícia está eivada de incorreções e deduzida de forma equivocada. "*Assim sendo, mesmo que restassem configurados o evento danoso e o nexo de causalidade, o que se admite apenas para argumentar, não restou*

Acesso ao Sumário

demonstrada qualquer ação (ou omissão) da apelante que pudesse redundar em tal resultado" (sic).

Discorda da condenação consubstanciada no pagamento de pensão vitalícia. Alega que não há evidências de que a menor Mariana pudesse, ao completar 14 anos, "*estar exercendo qualquer função remunerada ou mesmo, de qualquer forma, contribuindo como sustento dos apelados*" (sic).

Caso mantida a condenação, requer que o termo final para pagamento da pensão seja estabelecido quando os genitores completarem 73 anos, em razão da expectativa devida do brasileiro.

Afirma que o *quantum* indenizatório relativo aos danos morais é abusivo.

Os autores FÁBIO TOMAZ DE LIMA e ROSILENE SILVA RODRIGUES DE SOUZA também interpuseram recurso de apelação (fls. 349/362).

Requerem a majoração dos danos morais para R$1.000.000,00. Insistem na dor e sofrimento da família com a morte da criança de um ano e meio de idade.

Pleiteiam que a fixação da pensão mensal, da data do décimo quarto à data do vigésimo quinto aniversário da vítima, seja equivalente a 2/3 de salário mínimo vigente; e da data do vigésimo quinto à data do sexagésimo quinto aniversário da vítima, equivalente a 1/3 de salário mínimo vigente.

Apela o HOSPITAL BOM CLIMA S/C LTDA. (fls.363/380) alegando, preliminarmente, nulidade da sentença, determinando-se a realização de prova oral "*para que se possibilite, de forma plena e efetiva, à apelante produzir as provas necessárias e indispensáveis a demonstração de culpa exclusiva de terceiro, de modo a ilidir, com isto, sua responsabilização objetiva*" (sic).

Alternativamente, requer seja reconhecida sua ilegitimidade passiva.

Caso apreciado o mérito, defende a total improcedência dos pedidos, face a ausência de nexo causal entre sua conduta e os danos suportados pelos autores.

Subsidiariamente, requer a redução da verba indenizatória.

Tempestivos, os recursos foram regularmente processados, com resposta às fls. 384/392, 393/399, 400B/ 407 e 408 /413.

O processo foi redistribuído (cf. fls. 417/421 e 424).

É o relatório.

Os autores são pais de *Mariana Silva Thomaz*, nascida em 03 de fevereiro de 2009 e falecida nas dependências do hospital, em 08 de setembro de 2010, em função de erro da equipe de enfermagem que retirou a mangueira de soro do cateter no braço da criança, injetou a medicação e, ao recolocar a mangueira, confundiu-se, colocando a mangueira de oxigênio em seu lugar. A criança faleceu, então, por embolia gasosa.

Os pais ajuizaram ação indenizatória.

Acesso ao Sumário

Sobreveio sentença de parcial procedência e insurgência de todas as partes.

Parcial razão assiste a os autores, ao passo que os recursos das rés devem ser desprovidos.

Cumpre anotar, de início, que se trata de relação inserta no âmbito do direito do consumidor.

Nessa seara, como se sabe, a inversão do ônus da prova opera em favor do consumidor, quando verificada a verossimilhança da sua alegação ou sua hipossuficiência (art.6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor), notando-se apresença dos dois requisitos no caso.

Primeiramente, não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Este somente se verificaria se fosse tolhido das partes o direito de produzir provas que sejam efetivamente necessárias à correta compreensão da lide e formação do livre convencimento do magistrado, o que não se verifica na hipótese.

O julgador é o destinatário final das provas, e cabe a ele determinar a suficiente instrução do feito. Segundo o art. 130 do Código de Processo Civil vigente à época, é possível indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias, sem que com isso se caracterize restrição ao direito de defesa de qual quer dos litigantes.

Desnecessária a colheita de prova testemunhal, sobretudo porque o laudo pericial (prova técnica efetivamente necessária ao deslinde da causa) foi bastante claro a respeito dos fatos.

Observe-se que o laudo produzido pelo *expert* estava e se prestou à sua finalidade de auxiliar o julgador a compreender questões técnicas muito específicas, às quais não está familiarizado. Como não houve qualquer dúvida a cerca das conclusões apresentadas pelo perito, não foi necessário que apresentasse esclarecimentos posteriores sobre o seu trabalho.

Consoante o teor do laudo oficial (fls.308/313), aliás não impugnado de forma específica e por meio de elementos técnicos adequados, patente a existência dos pressupostos legais para a concessão da indenização pleiteada (seja por danos materiais, seja por danos morais), posto que demonstrada a ocorrência de erro médico da equipede enfermagem.

Apesar da alegação das corrés, que tentam se esquivar de suas responsabilidades, inegável a legitimidade passiva *ad causam*, não só do hospital onde a criança faleceu, como também da operadora de plano de saúde contratada pelos autores, em decorrência da responsabilidade que decorre do credenciamento.

De fato, o plano de saúde é solidária e objetivamente responsável pelos danos causados em hospital por ele credenciado, já que se trata de culpa por fato

Acesso ao Sumário

de terceiro, fundada na falta de cautela ao se eleger a parceria:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. 1. - A operadora de plano da saúde responde por falhas nos serviços prestados por profissional médico credenciado. Precedentes desta Corte. 2. - Agravo Regimental improvido.*" (STJ, AgRg no AGRAVO EM REsp nº 194.955, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 26/02/ 2013).

"*RESPONSABILIDADE CIVL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Ação dirigida em face do plano de saúde conveniado da autora. Decreto de improcedência. Demanda que imputa erro médico a profissionais pertencentes à rede credenciada, no que tange ao diagnóstico e atendimento prestado à autora. Responsabilidade objetiva do plano de saúde, enquanto fornecedor de serviços médicos [...]*" (Relator(a): Salles Rossi; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgãojulgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/01/2014; Data de registro: 31/01/2014)

Assim sendo, ambas as corrés são partes legítimas para figurarem no polo passivo da lide, tendo em conta a sua relação jurídica de preposição, atinente à prestação de serviços de enfermaria, em seu nome ou sob sua preposição profissional, pela enfermeira. Detal sorte que, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código Civil, manifesta a legitimidade passiva dos réus.

No caso, incontestável que o corpo de enfermagem é contratado pelo próprio hospital, donde exsurge uma relação de preposição, podendo-se, portanto, afirmar a existência de culpa *in eligendo*.

Não bastassei sso, há um vínculo que liga o profissional de enfermagem ao hospital, que é crede nciado da Amil.

Portanto, conforme já analisado na Apelação nº 0069522-78.2010.8.26.0224, de relatoria do Exmo. Des. RAMON MATEO JÚNIOR, o fato de os autores não terem ingressado com ação em face da enfermeira encarrega da não afasta a legitimidade passiva dos réus, tampouco ameniza sua culpa.

Acesso ao Sumário

No mérito propriamente dito, a procedência da ação se impõe.

Conforme bem ressaltado pelo MM. Juízo *a quo*, aprova técnica é robusta e o laudo bem elaborado, deixando claro que a filha menor dos autores, Mariana, foi vítima de erro médico praticado pela equipe de enfermagem, tendo este culminado no seu óbito durante internação hospitalar junto ao réu Hospital Bom Clima.

Realizada a perícia médica, o *expert* concluiu:

"*Há nexo de causalidade entre a morte da paciente por embolia gasosa por agente físico, e a conduta equivocada/falha de conexão do circuito inalatório*

no acesso venoso da paciente" (sic - g.n).

Desta feita, de rigor a procedênciados pedidos formulados.

No que diz respeito à indenização por danos materiais a sentença comporta reforma.

O artigo 948, inciso II do Código de Processo Civil, determina que, nos casos em que a conduta ilícita causar o óbito, a indenização por danos materiais deverá abarcar também "*a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima*".

Aos pais da vítima cabe pensão mensal vitalícia, pois, tratando-se de família de baixa renda, há de se presumira contribuição do filho capaz para a economia doméstica.

Ao contrário do que as rés alegam, "*é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor ainda que não exerça trabalho remunerado*", nos termos do enunciado da Súmula 491 do STF.

Assiste razão aos autores quanto ao valor da indenização que deve ser equivalente a 2/3 de salário mínimo vigente (1/3 para cada genitor), da data do décimo quarto à data do vigésimo quinto aniversário da vítima; e equivalente a 1/3 de salário mínimo vigente (1/6 para cada genitor) da data do vigésimo quinto à data do sexagésimo quinto aniversário da vítima.

Observo que o lapso temporal de duração da pensão é a "*duração provável da vida da vítima*" (artigo 948, inciso II do Código de Processo Civil vigente à época), não havendo que se falar em limitação em razão da expectativa de vida dos pais.

Esse é o parâmetro reconhecido e aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> "*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA DOS RÉUS...*
>
> *5. QUANTO AO PENSIONAMENTO, CABE RESSALTAR QUE* ***A JURISPRUDÊNCIA DO STJ CONSOLIDOU-SE NO SENTIDO DE SER ESSE DEVIDO, MESMO NO CASO DE MORTE DE FILHO (A) MENOR. E, AINDA, DE QUE APENSÃO A QUE TEM DIREITO OS PAIS DEVE SER FIXADA EM 2/3 DO SALÁRIO PERCEBIDO PELA VÍTIMA (OU O SALÁRIO MÍNIMO CASO NÃO EXERÇA TRABALHO REMUNERADO) ATÉ 25 (VINTE E CINCO) ANOS E, A PARTIR DAÍ, REDUZIDA PARA 1/3 DO SALÁRIO ATÉ A IDADE EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. Precedentes.I ncidênciada Súmula 83/STJ***.

6. No tocante ao termo inicial dos juros moratórios em relação aos danos morais fixados, a jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que, como se trata de responsabilidade extracontratual, a sua incidência ocorre a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Precedentes. Incidênciada Súmula83/STJ.

...

9. Agravo interno desprovido". (AgInt no REsp 1287225/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJ e 22/03/2017)

"*RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.*

...

6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar com o titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros (EREsp 1127913/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe 05/08/2014) 7. ***Conforme a jurisprudência do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65(sessenta e cinco) anos.***

8. Recurso especial parcialmente provido". (REsp 1332366/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016)

Cumpre-se analisar o pedido de indenização atítulo de danos morais. Os autores pleiteiam majoração do *quantum* indenizatório, ao passo que os réus pretendem sua exclusão (ou, subsidiariamente, a redução).

Na hipótese dos autos, o dano moral restou caracterizado, consistindo este no sofrimento suportado pelos pais que perderam uma filha em tão tenra idade, cujo problema de saúde não estava sequer relacionado ao seu óbito. Tratou-se de erro inescusável da enfermeira.

A perda de um ente querido, tão próximo, certamente, causa sofrimento intenso aos familiares, que se vêem definitivamente privados da companhia

Acesso ao Sumário

de algué por quem nutriam sentimentos profundos, e que fazia parte de vida cotdiana.

Caracterizado o dano moral, basta, agora, a estimativa do mesmo. A doutrina apresenta diversos critérios para estimar o dano moral. Menciona-se que para uma estimativa prudente do dano moral, deve-se levar em conta a gravidade objetiva do dano, as características pessoais da vítima, a intenção do causador do dano, tendo sempre em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido, demodo que a indenização fixada não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Quanto ao montante da indenização, vislumbro que o patamar fixado em sentença (R$100.000,00) necessita majoração para R$300.000,00, adequando-se às peculiaridades do caso.

A compensação que o pagamento desta quantia causará a os autores servirá apenas para aplacar a dor causada pela perda repentina de sua filha pequena, e não provocará seu enriquecimento ilícito.

Fixando valor indenizatório próximo, confira-se:

"Responsabilidade Civil - Falha na prestação e serviços médicos hospitalares que resultou na morte do filho dos autores, horas após o falecimento, vitima de secção total
da coluna cervical, em razão de manobras vigorosas praticadas pelo médico que optou pelo parto normal, mesmo após constatar que o bebê estava sentado (parto pélvico) e ter recursos disponíveis para realizar o parto cesáreo - Bebê que nasceu pelos pés e ficou com a cabeça presa no corpo da mãe (cabeça derradeira) - Prova pericial que revelou que o médico poderia aplicar o 'fórcipe Piper', mas a paciente não tinha recebido as anestesias convencionais, tendo tomado apenas anestesia local para a realização da episiotomia - Perito que também explicou que em caso de parto pélvico, há necessidade da presença de mais um obstetra auxiliar, anestesista, neonatalogista, equipe de enfermagem e retaguarda da maternidade e berçário - Médico que resolveu atuar sozinho, buscando o auxílio de uma técnica de enfermagem após perceber a ocorrência de 'cabeça derradeira', ou seja, quando a situação já estava incontrolável - Imprudência, imperícia e negligência grave configuradas - Hospital que também tem responsabilidade pelo ocorrido, porque além do médico fazer parte de seu corpo clínico, o nosocômio não realizou os exames pré-parto, não monitorou o feto e ainda não tinha estrutura de UTI para atender o recém-nascido, que precisou ser transferido de hospital - Dever de indenizar os danos sofridos pelos autores, pais da criança falecida - Indenização fixada com razoabilidade em R$ 250.000,00 - Dano material

Acesso ao Sumário

consubstanciado em pensão mensal no valor equivalente a 2/3 do salário mínimo, com termo inicial na data em que o menor completaria 16 anos e termo final aos 24 anos, mantidos - Idade em que comumente os jovens começam a trabalhar para auxiliar no sustento da família - Decisão mantida - Recursos improvidos".

(Relator(a): Luis Mario Galbetti; Comarca: Vinhedo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/02/2017; Data de registro: 06/02/2017)

"*Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais - Erro médico - Comprovação de sua ocorrência, levando aó bito o paciente, que contava com apenas quatro anos de idade - Procedência parcial - Legitimidade passiva da apelante, uma vez que solidariamente responsável pelo dano - Danos morais arbitrados em R$ 300.000,00 - Valor que obedece aos parâmetros fixados pelo C. STJ, mantido - Não caracterização de litigância de má-fé e, sim, de mero exercício do direito de recorrer - Sucumbência recíproca mantida - adoção dos fundamentos da sentença, em razão do permissivo do artigo 252 do regimento interno desta egrégia corte - Recurso não provido.*"

(Relator(a): A.C.Mathias Coltro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/03/2017; Data de registro: 18/04/2017)

"*Ação de indenização por danos materiais e morais - Erro médico - Responsabilidade objetiva de clínicas e hospitais - Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor - Falha no atendimento dispensado à filha menor dos autores - Morte da criança - Prova que permite concluir pela responsabilidade das requeridas pelo evento danoso - Presença dos requisitos caracterizadores do dever de indenizar - Danos configurados - Danos materiais representados por pensão mensal correspondente ao período em que a menor completaria 18 anos até 25 anos, no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo - Danos morais - Fixação do valor em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Necessidade de adequação - Condenação solidária - Manutenção da responsabilidade das requeridas pela verba de sucumbência - Redução do valor dos honorários advocatícios tendo em vista o valor de condenação - Recurso parcialmente provido.*"

(Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Comarca: Mauá; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/08/2016; Data de registro: 16/08/2016)

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** aos recursos das rés e **dá-se parcial provimento** ao recurso dos autores para:

a) condenar solidariamente as partes rés a pagarem às partes autoras,

Acesso ao Sumário

com correção pela Tabela Prática do TJSP e juros de mora de 1 % ao mês de cada vencimento:

a.1) pensão mensal, da data do décimo quarto à data do vigésimo quinto aniversário da vítima, equivalente a 2/3 de salário mínimo vigente (1/3 para cada genitor);

a.2) pensão mensal, da data do vigésimo quinto à data do sexagésimo quinto aniversário da vítima, equivalente a 1/3 de salário mínimo vigente (1/6 para cada genitor);

b) condenar solidariamente as partes rés a pagarem a indenização por danos morais no valor de R$300.000,00 (R$150.000,00 para cada genitor), corrigido pela Tabela Prática do TJSP da data desta decisão, com juros de mora de 1% ao mês a contar de setembro de 2010.

Mantida, no mais, a r. sentença.

Deixa-se de majorar os honorários advocatícios na forma do art. 85 do CPC/2015, uma vez que os presentes recursos foram interpostos sob a égide da legislação anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003050-67.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado LUCAS DE SOUZA JORDÃO, são apelados CONDOMÍNIO AQUARIUS MARÍLIA SHOPPING CENTER, LEONARDO DIAS REIS DOS SANTOS, SP-SP - SISTEMA DE PROTEÇÃO DE SERVIÇOS PADRONIZADOS S/C LTDA. (REPRESENTANTE LEGAL) e FLAVIO RODRIGO MORETO e Apelado/ Apelante JOHNNY DA COSTA KWIATKOSKI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17/33747)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 29 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Dano moral - Autor agredido fisicamente em shopping por outros frequentadores - Não condenação do shopping suficientemente fundamentada - Briga

Acesso ao Sumário

entre clientes constitui fato de terceiro que escusa shopping de responsabilidade (CDC 14 § 3º II) - Ofensa imprevisível sobre a qual o shopping nada podia fazer - Incabível analogia com súmula 130 do STJ (responsabilidade por furto em veículo estacionado no estabelecimento) - Disparidades marginais entre testemunhos não comprometem coincidência relativamente à autoria da agressão - Outros participantes da briga condenados por falso testemunho por tentarem inocentar autor da agressão - Condenação bem fundada em provas testemunhais - Recursos improvidos.

VOTO

Recursos de Apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente Ação Reparatória de Dano Moral.

O Autor alega que foi vítima de agressão moral e física, da qual decorreu fratura na mandíbula, de Flavio Moreto, Leonardo Santos e Johnny Kwiatkoski em uma das portas laterais de saída do shopping Aquarius, que emprega mão de obra terceirizada da SPSP. Propôs esta ação buscando reparação por dano moral dos agressores bem como do shopping e da fornecedora de mão de obra, estas últimas por faltarem com seu dever de segurança e nada fazerem para impedir a agressão.

O d. Juiz julgou a ação parcialmente procedente (fls. 492/7, 520 e 583), nos termos seguintes: (1) a agressão ocorreu após os encerramentos das atividades e fora do estabelecimento do shopping, que não deve ser responsabilizado; (2) a terceirizada encarregada da vigilância apartou os envolvidos na briga tão logo dela tiveram notícia, concluindo-se que agiu corretamente e não deve ser responsabilizada; (3) os Réus Flavio e Leonardo participaram da briga, mas não desferiram soco no Autor, descabendo responsabilizá-los; (4) duas testemunhas (Marcela e Adriano, fls. 437/ss) atestaram que o o Autor foi golpeado pelo Réu Johnny, que deve, portanto, compensar o dano moral pagando R$8.000,00 ao Autor, com juros e correção do arbitramento; (5) condenou o Réu Johnny a pagar R$1.000,00 em honorários ao advogado do Autor; (6) condenou o Autor a pagar R$1.000,00 em honorários aos advogados dos Réus escusados.

Em suas razões de apelo (fls. 546/73), o Autor alega, em resumo, que (1) deve ser considerado consumidor e aplicado o CDC ao caso (CDC 17); (2) por conta da regra que atribui responsabilidade objetiva aos fornecedores por fato do serviço, o shopping deve ser responsabilizado pelos danos ocasionados em suas premissas (CDC 14); (3) o shopping aproveita comercialmente da promessa

Acesso ao Sumário

de maior segurança oferecida aos consumidores, devendo ser responsabilizado quando falta com essa oferta, na esteira do raciocínio por trás da súmula 130 do STJ, que diz que a empresa é responsável por furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento; (4) o d. Juiz "a quo" não apreciou devidamente essas alegações e fundamentou mal sua decisão, que deve assim ser anulada ou reformada.

O Réu Johnny também apelou (fls. 575/80), alegando que sua condenação deve ser afastada, à medida que as provas são desencontradadas: (1) o Autor originalmente dissera que Flávio lhe dera o golpe que quebrou a mandíbula (fls.) e depois se contradisse, atribuindo o soco a Johnny, devendo-se entender que o Autor ficou confuso após o golpe, que ademais foi desferido enquanto estava de costas, não se devendo acreditar-lhe; (2) os relatos das testemunhas Adriano e Marcela, que acompanhavam o Autor, também são desencontrados, não havendo consenso sequer sobre se o Autor encontrava-se na fila para o cinema ou não; (3) originalmente os Réus Flavio, Johnny e Leonardo relataram que o Réu Leonardo golpeara o Autor (fls.).

Recurso do Autor respondido (fls. 609/16, 617/30, 631/45 e 646/58).

Recurso do Réu respondido (fls. 597/603).

É o Relatório.

Começo pela apelação do Autor.

Quanto à falta de fundamentação da sentença, sem razão o Autor. O d. Juiz "a quo" muito claramente justificou sua decisão de improcedência da ação relativamente ao shopping dizendo que a agressão ocorrera fora do estabelecimento e após encerramento das atividades do shopping. O Autor pode não se convencer das razões, mas estas são suficientes para apoiar a sentença, que assim não falta com o dever de fundamentação (CRFB 93 IX).

Quanto à alegação de que o shopping deve ser responsabilizado objetivamente (CDC 14 "caput"), tampouco convence o Autor. Uma das excludentes de responsabilidade do fornecedor previstas pela própria Lei é a "culpa exclusiva de terceiro" (CDC 14 § 3º II). No caso dos autos, entendo que o dano deveu-se exclusivamente aos participantes da briga, não tendo o shopping participado absolutamente, razão por que foi corretamente exculpado pelo d. Juiz "a quo".

Enfim, quanto à aplicação analógica da "ratio" por trás da Súmula 130 do STJ, entendo incabível "in casu". Há uma diferença muito importante entre o caso sob análise (agressão física) e a situação do enunciado da súmula (furto no estacionamento): na situação sob estudo, houve uma agressão absolutamente imprevisível por parte de outros clientes do próprio shopping, sobre os quais o shopping nada podia fazer preventivamente, enquanto no caso da súmula, o risco é razoavelmente previsível, havendo como o shopping evitá-lo garantido maior vigilância sobre os veículos estacionados. A briga entre consumidores é

Acesso ao Sumário

impossível de conter e evitar, estando muito próxima da força maior, descabendo responsabilizar o shopping por eventos dessa natureza.

Passo à apelação do Réu Johnny.

Os desencontros entre os testemunhos indicado pelo Réu são incidentais e desimportantes relativamente ao cerne do caso, não havendo dúvida, contudo, que o Réu tenha golpeado o Autor.

De fato, em depoimento à polícia, o Autor atribuiu o soco a Flavio (fls. 154). Contudo, é compreensível que o Autor, que não conhecia os Réus, confundisse os nomes, tendo posteriormente, em seu depoimento no processo criminal, corrigido de maneira veemente seu relato, enfatizando que fora em verdade atingido pelo Réu Johnny (fls. 156).

O fato de as testemunhas do Autor, Marcela e Adriano, terem relatos diferentes quanto ao local em que se achava o Autor (se na fila ou fora da fila) tampouco é importante quanto ao que importa para o caso, que é saber a autoria do golpe que feriu gravemente o Autor. Nesse ponto, tanto Marcela como Adriano coincidem, ambos dizendo que Johnny socara o Autor (fls. 152/3, 439 e 440).

Esse fato (Johnny desferiu o soco) é também confirmado pelos Réus Leonardo e Flávio, participantes da briga, que chegaram a ser condenados por falso testemunho, justamente por, inicialmente, terem negado que Johnny atingira o Autor (cf. sentença a fls. 64/8).

Assim, entendo suficientemente provado pelas provas testemunhais que o Réu Johnny efetivamente golpeou o Autor e feriu-o gravemente, ofensa à integridade física e moral que constitui dano moral e merece reparação, nos termos da senteça.

Destarte, entendo correta a sentença, que proponho seja mantida, com ratificação de seus fundamentos como permite o art. 252 do RITJESP.

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento aos Recursos.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002025-18.2015.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes PEDRO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), REGINALDO PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), LUCIANA APARECIDA PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), PEDRO PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), DJALMA LUCIO PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), JOHN WAYNE PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA),

DAYANE GRAZIELE PROENCA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA RITA PIRES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARIA JOSE CORREA DE MELO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.176)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Usucapião urbana. Posse mansa e pacífica não configurada. Réus propuseram inúmeras demandas, enquanto os autores permaneceram no imóvel exercendo ocupação. A impugnação envolvendo a posse é óbice para a caracterização da prescrição aquisitiva e declaração de domínio. Requisitos da usucapião não se fazem presentes. Improcedência da ação em condições de sobressair. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente com base na r. sentença de págs. 351/353, que julgou improcedente ação de usucapião urbana.

Alegam os apelantes que a r. sentença merece reforma, reportando-se a textos legais sobre o tema. A seguir, ressaltam que se encontram na posse do imóvel, sem interrupção, por mais de 15 anos, fazendo do local sua moradia habitual, o que reduz o prazo para 10 anos. Prosseguindo, expõem que o laudo pericial apontou que os autores edificaram uma residência no local que lhes serve de moradia por, aproximadamente, 20 anos, pagando inclusive o IPTU do imóvel usucapiendo. No mais, destacam que, independentemente de justo título, possuem a posse do imóvel, transcrevendo ementas de acórdãos. Ao final, requerem o provimento do apelo, para que a ação seja julgada procedente.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão dos apelantes, págs. 368/378.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

De início, registre-se que os fundamentos da sentença mencionam que no transcurso do exercício da posse dos autores foram distribuídas uma ação de

Acesso ao Sumário

reintegração na posse e uma ação de despejo, a qual fora julgada procedente.

Entretanto, os apelantes omitiram a existência das referidas demandas.

Desta forma, não há que se falar em posse mansa e pacífica, haja vista que ações propostas demonstram que no transcurso da ocupação ocorreram impugnações.

E, a análise do processado indica que os apelantes foram vencidos tanto na ação de reintegração na posse quanto na ação de despejo, de maneira que a referida posse não contém os requisitos necessários para a caracterização da almejada prescrição aquisitiva.

Ademais, a posse é fundamental para a configuração da prescrição, o que não ocorreu no caso em exame, demonstrando, assim, a litigiosidade existente, fato que se contrapõe com a posse mansa e pacífica.

Por outro lado, ainda que tivesse ocorrido alguma permissão ou tolerância da parte apelada seria insuficiente para a caracterização da usucapião, sobretudo porque o *animus domini* não se faz presente, haja vista que a posse se apresenta inábil.

A doutrina assim entende:

"*A rigor, o 'animus domini' é designativo de posse com idéia ou convicção de proprietário, sendo comum a expressão 'posse com ânimo de dono' ('possessio cum animo domini', como diziam os romanos). Portanto, aquela posse, ininterrupta e sem oposição, deve completar-se com a qualificação em foco, pois é necessário que o possuidor a exerça de forma continuada ou ininterrupta e sem oposição, com a idéia de verdadeiro proprietário, isto é, 'cum animo domini'.*" (Benedito Silvério Ribeiro. Tratado de Usucapião. Volume 1. Editora Saraiva. 4ª edição. 2006. Pág. 952).

Acerca da matéria, oportunas as transcrições jurisprudenciais:

"*Apelação. Usucapião. Contrato de locação. Prática de atos que impediram tivesse o apelante desenvolvido posse com ânimo de dono. Ausência de comprovação de posse duradoura de forma mansa, pacífica e sem oposição de terceiros. Recursos desprovidos.*" (Apelação Cível nº 0.019.905-36.2010.8.26.0100. Relator Des. João Batista Vilhena. Décima Câmara de Direito Privado. J. 24-06-2014).

"*Usucapião especial urbana. Ausência de 'animus domini'. Comprovação de que a posse dos autores teve origem em contrato de locação. Falta de cobrança dos aluguéis que constitui mero ato de tolerância do proprietário locador. Posse precária que não autoriza o reconhecimento da usucapião. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.*" (Apelação Cível nº 0.015.140-04.2004.8.26.0562. Relator Des. Cláudio Godoy. Primeira Câmara de Direito Privado. J. 18-03-2014).

Acesso ao Sumário

"*Usucapião. Improcedência. Confirmada. Locação admitida pela apelante. Prova testemunhal e documental. Posse precária que afasta o 'animus domini'. Apelo desprovido.*" (Apelação Cível nº 0.002.552-43.2003.8.26.0224. Relator Des. Fortes Barbosa. Sexta Câmara de Direito Privado. J. 06-02-2014).

Assim, as peculiaridades e os elementos extraídos dos autos conduzem ao decreto de improcedência da ação, não se vislumbrando, pois, suporte para alteração da decisão ora recorrida.

Em decorrência do desfecho da demanda, majora-se a verba honorária para 20% do valor da causa, em observância ao artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, ressalvando-se a aplicação do artigo 98, § 3º, do mesmo Estatuto Processual, em caso de execução.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001782-33.2013.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante/apelado SOCIEDADE OPERARIA HUMANITÁRIA, é apelado/apelante PEDRO JOÃO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado ORLANDO FARIA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27409)**

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

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: ERRO MÉDICO. Indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes. Paciente que padece de retinopatia diabética avançada. Realização de tratamento à base de injeções de medicamento, à época, considerado experimental. Laudo pericial que indicou não ser o tratamento adequado para o quadro clínico apresentado. Embora o tratamento não tenha

Acesso ao Sumário

sido causa do resultado obtido, inequivocamente contribuiu para a rápida evolução da doença e agravamento da perda visual em estágio mais avançado em relação ao tratamento adequado. Conduta do Hospital e do médico demandados que configura concausa do resultado obtido. Nexo de causalidade evidenciado. Posterior reconhecimento, pela ANVISA, da eficácia do tratamento no âmbito oftalmológico, que não afasta essa conclusão. Lucros cessantes que não são devidos, ante a absoluta ausência de provas dos ganhos do paciente antes da perda visual. Danos morais que devem ser mantidos, no valor de R$ 20.000,00, que se mostra adequado frente às especificidades do caso. Sucumbência que deve ser repartida entre as partes, tendo em vista o acolhimento parcial da pretensão inicial. Fixação dos honorários advocatícios. Sentença mantida. Recursos desprovidos, com observação.

VOTO

Trata-se de apelações tiradas da r. sentença de fls. 451/453, que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada por PEDRO JOÃO DA SILVA contra SOCIEDADE OPERÁRIA HUMANITÁRIA e ORLANDO FARIA JUNIOR, para o fim de condenar estes últimos ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de danos morais, solidariamente.

O Hospital apelante, em suas razões (fls. 461/470), argumenta que a perícia técnica realizada nos autos foi clara ao pontuar que o tratamento realizado no paciente (injeções de AVASTIN no globo ocular) não resultou no descolamento de retina, o que é decorrente da própria doença de que é portador. Por essa razão, entende que não há nexo de causalidade a justificar a condenação imposta. Afirma, ainda, que há fato novo a ser considerado no julgamento da causa, consistente na autorização, pela ANVISA, de que o medicamento AVASTIN seja utilizado em tratamentos oftalmológicos, o que reforçaria a tese de inexistência de erro médico. Ainda que assim não fosse, assevera que o fármaco em questão era francamente utilizado no tratamento de doenças oculares no país, certo de que não houve imperícia do médico responsável ao ministrá-lo ao paciente. Requer seja dado provimento ao recurso, com o decreto de improcedência da ação.

Apela, também, Pedro (fls. 524/529), requerendo sejam os apelados condenados ao pagamento de lucros cessantes, consistentes no adicional mensal de 25% do valor de sua aposentadoria, tendo em vista que diante da cegueira

Acesso ao Sumário

de que padece não pode exercer atividade laboral, reduzindo significativamente os seus ganhos. Pugna, ainda, pela majoração da indenização moral, tendo em vista que a conduta dos apelados resultou na perda quase que completa da sua visão. Por fim, pleiteia sejam os apelados condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios.

Contrarrazões apenas pelo Hospital (fls. 533/542).

Este é o relatório.

Em breve suma, argumenta Pedro que é portador de retinopatia diabética avançada, doença que decorre do diabetes de que padece e afeta a visão, que vai se perdendo com o decorrer do tempo.

Alega o paciente que diante desse quadro, compareceu ao Hospital apelado, tendo sido atendido pelo médico, também demandado nesta ação, Dr. Orlando Faria Jr., o qual lhe prescreveu uma terapia consistente em injeções do medicamento AVASTIN diretamente no globo ocular.

Afirma Pedro que depois de 03 injeções houve piora substancial da sua visão, razão pela qual optou por procurar outro médico, o qual realizou 02 cirurgias para tentar reverter o quadro e advertiu o paciente de que a terapia realizada, à base de quimioterápico desenvolvido para tratamento de câncer de colo do intestino, não era recomendada para a sua doença. Alega que mesmo depois das duas cirurgias, sua visão continuou significativamente prejudicada, sendo praticamente cego dos dois olhos hoje em dia.

O Hospital, por seu turno, sustenta que embora não fosse a terapia realizada expressamente recomendada para o problema de saúde do paciente, o seu uso já era consolidado naquela ocasião para tratamentos oftalmológicos, no exterior e no Brasil, apresentando bons resultados no controle da doença. Noticia neste recurso, inclusive, o fato novo consistente na autorização, pela ANVISA, do uso do medicamento AVASTIN para tratamento de doenças da visão.

Ademais, assevera que a perícia técnica realizada nos autos teria esclarecido que a doença de Pedro tem caráter degenerativo irreversível, de modo que a cegueira seria inevitável, consistindo o tratamento em medida paliativa apenas para retardar essa evolução.

Entende que, diante disso, não houve erro médico a justificar a condenação imposta, não estando evidenciado, por outro lado, o nexo de causalidade entre a sua conduta e a do médico Dr. Orlando, e a deficiência visual de Pedro, motivo pelo qual deve a ação ser julgada improcedente.

Pois bem.

Respeitada a convicção das partes, as insurgências não merecem prosperar.

Como bem consignado na r. sentença, concluiu a **perícia técnica** realizada

Acesso ao Sumário

nos autos que:

"***B. O ATO***

Levando-se em conta o estudo da patologia e as terapêuticas elencadas na literatura médica, fica caracterizado indicação de injeções intra-oculares de medicação ***não reconhecida pela boa prática médica para o estágio clínico do periciando****, portador de complicações de deslocamento de retina em olho esquerdo. Não há indicação precisa da terapêutica prescrita,* ***expondo o requerente a riscos desnecessários e postergando a conduta consagrada para a necessidade de retardar a evolução da patologia.***

C. CIRCUNSTÂNCIAS E FATORES DE RISCO

Periciando portador de diabetes e hipertensão arterial mal controladas, com evolução rápida das complicações da diabetes, caracterizada por lesões microvasculares de retina. As evoluções das fichas de atendimento do AME caracterizam controle irregular dos fatores de risco para desenvolvimento da patologia retiniana, bem como outras comorbidades.

Apresentou evolução rápida da perda visual de olho direito sendo que em 2010 apresentava visão apenas para movimentos grosseiros. No início de 2012 intensificaram-se os sintomas em olho esquerdo (único olho funcional na época), o que levou ao encaminhamento para cirurgia no ambulatório de retina da Humanitária (ficha de atendimento AME).

Prontuário médico referente aos atendimentos do requerido não foram apresentados.

D. NEXO CAUSAL

No que pese não ser possível estabelecer nexo entre a aplicação da referida substância e a evolução da patologia, ***fica caracterizado retardo na condução da melhor conduta frente à patologia, que segundo a literatura se prestaria pra uma melhor evolução da perda visual do olho esquerdo.***" - destacamos - (fls. 386/387)

Diante disso, é possível dizer que, de fato, a doença que acomete Pedro é degenerativa, de modo que os tratamentos disponíveis buscam apenas retardar a evolução e estagnar a perda visual em um grau menor, em relação aos casos em que não é feito qualquer tratamento.

Embora reconheça o i. Perito que as injeções de AVASTIN já eram utilizadas experimentalmente, à época, no tratamento de doenças oculares, consignou que diante do estágio clínico do paciente a terapia não lhe era recomendada.

Por fim, elucidou o *expert* que conquanto não tenham sido as injeções de AVASTIN a causa da perda visual acentuada de Pedro, por não se tratar de tratamento adequado para o estágio em que se encontrava sua doença, impediu

Acesso ao Sumário

que outras drogas mais eficientes pudessem ser ministradas, o que retardaria a progressão da cegueira e poderia contribuir para uma estagnação dela em grau menos acentuado.

Logo, na linha de entendimento esposada pelo d. Magistrado, a conduta do Hospital e do médico Dr. Orlando, se caracteriza como concausa, que contribuiu de maneira inequívoca para o resultado danoso obtido, razão pela qual não se pode falar em rompimento do nexo de causalidade, mas apenas em redução do montante indenizatório.

Acerca do tema, preleciona **Rui Stocco**:

"*Em breve síntese, a concausa é um elemento causal a concorrer com outro, de modo que ambos exercem influência e contribuem para a ocorrência do resultado. Classificam-se as concausas em preexistentes, concomitantes e supervenientes.*

Significa, portanto, que o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado não é interrompido ou excluído pela interferência cooperativa de outras concausas. De sorte que, ao agente não deixa de ser imputável o resultado danoso, ainda quando para se lograr a realização deste, se tenha acostado à sua atuação uma concausa, seja ela preexistente, concomitante ou superveniente." (**Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180)

Frise-se que a circunstância de a ANVISA haver reconhecido, posteriormente à realização da perícia, a eficácia das injeções de AVASTIN no tratamento de doenças oculares, em nada afasta essa conclusão, posto que o laudo técnico é claro ao estabelecer que a terapia não era recomendada, diante do estadiamento da doença de Pedro.

Nesse contexto, presentes os elementos da responsabilidade civil (conduta lesiva, resultado danoso e nexo de causalidade entre ambos - arts. 186, 187 e 927 do CC), de rigor a condenação do Hospital e do médico responsável pelo tratamento ao correspondente ressarcimento.

A esse respeito, de se destacar que Pedro, embora argumente que auferia, antes da perda visual, rendimentos superiores ao que hoje ganha a título de aposentadoria por tempo de serviço, não fez prova mínima a esse respeito.

Não se sabe com o quê trabalhava, tampouco a sua efetiva remuneração, razão pela qual a condenação dos demandados ao pagamento de lucros cessantes no valor correspondente a 25% sobre a sua aposentadoria, mensalmente e em caráter vitalício, é inviável.

Em relação aos danos morais, é evidente a sua configuração, posto que o episódio relatado nos autos retratou mais que um mero transtorno ou aborrecimento de menor importância.

Quanto ao valor dessa espécie de reparação, sabe-se que é uma questão

Acesso ao Sumário

controvertida, complexa, e, pela sua própria essência, abstrata. Em concreto, deve atender ao escopo de sua dupla função: reparar o prejuízo, buscando minimizar a dor da vítima e, punir o ofensor, para que não volte a incidir na conduta lesiva.

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.

Assim, tendo em vista a capacidade financeira das partes, a extensão dos danos causados ao paciente e a circunstância de que a conduta do Hospital e do médico se qualificam como concausa (e não causa) do resultado obtido, conclui-se que o montante de R$ 20.000,00 estipulado pela r. sentença se mostra razoável, proporcional e suficiente à finalidade da verba, não comportando majoração.

Quanto aos ônus da sucumbência, tendo em vista que o pedido inicial abrangia o pagamento de indenização por danos materiais, por lucros cessantes e por danos morais, e considerando que a condenação se limitou aos danos morais, nada há que justifique sejam o Hospital e o médico responsabilizados pelo pagamento integral das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios que, portanto, devem ser rateados entre as partes.

Contudo, observa-se que, nos termos do art. 87 do CPC, é necessário estipular um valor determinado a título de honorários advocatícios, o que se procede neste momento.

Ficam o paciente de um lado, e o Hospital e o médico de outro, condenados ao pagamento de 10% sobre o valor da condenação, uns aos outros, a título de honorários advocatícios (art. 85, § 2º do CPC).

Para esta fase recursal, ficam novamente condenados paciente de um lado, e Hospital e médico de outro, ao pagamento de honorários advocatícios uns aos outros, no valor correspondente a 10% sobre a condenação (art. 85, §§ 2º e 11 do CPC).

O caso, portanto, é de manutenção da r. sentença, nos termos em que lançada, ressalvada apenas a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, ***voto pelo desprovimento dos recursos, com observação***.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003252-43.2015.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que são apelantes CRISTIANE GASPAR FURCO MASCANHI e CMBX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE

PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20213)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - BLOQUEIO DA "INTERNET BANKING" - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE DANO OU DA MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO - O erro na autenticação pelo próprio usuário não pode ser debitado às custas da instituição financeira - Se houve erro de digitação, por três vezes, o bloqueio do sistema decorre do próprio mecanismo de segurança, situação que não constitui causa suficiente ao pleito indenizatório - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

CRISTIANE GASPAR FURCO MASCANHI ajuizou ação contra o BANCO BRADESCO S/A, postulando indenização por danos material no valor correspondente a 10 vezes a diferença do valor médio do seu faturamento mensal/diário, e pelos lucros cessantes, sob o argumento de que não conseguiu ter acesso ao sistema de internet do banco ("internet banking"), para emissão de boletos e pagamento de contas.

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, ao fundamento de que o mero transtorno na vida da parte autora não pode dar azo à reparação pecuniária por danos morais por não constituir fato bastante para autorizar dever de indenizar a pretexto de ofensa a quaisquer dos direitos da personalidade; pela sucumbência, foi fixado o montante de 15% do valor da causa, a carga da autora (fls. 283/295).

Recurso processado e respondido (fls. 321/335).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 340).

É o relatório.

Inconformadas, a autora e a CMBX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS - EIRELI vêm apelar, sustentando, em resumo,

Acesso ao Sumário

que se aplicam no caso as normas consumeristas, pois o uso de *internet banking* é tipo de prestação de serviços; que caberia ao réu apresentar os vídeos do circuito interno da agência; que a prova testemunhal demonstra o bloqueio do acesso e operação "on line" (fls. 316/325).

O recurso não pode prosperar.

Independentemente de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, é certo que as recorrentes não demonstraram o alegado dano sofrido. Pelo contrário, o conjunto probatório dá conta de que os recorrentes tiveram acesso à movimentação da conta, não havendo qualquer indicativo de que tenha havido má-prestação dos serviços bancários.

No que tange à exibição das filmagens, trata-se de prova impertinente e inútil à demonstração do alegado dano material ou lucros cessantes invocados pelos apelantes.

Outrossim, é preciso considerar que o erro na autenticação pelo próprio usuário não pode ser debitado às custas da instituição financeira, como evidencia o documento de fls. 59/60. Se houve erro de digitação, por três vezes, o bloqueio do sistema decorre do próprio mecanismo de segurança, situação que não constitui causa suficiente ao pleito indenizatório.

Em conclusão, é de se manter integralmente a r. sentença de improcedência, ficando os apelantes condenados na verba honorária de 20% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, CPC.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006572-03.2015.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CESAR DEL LUCCHESE JÚNIOR e CECÍLIA MARIA MONTEIRO DE BARROS MINERVINO DEL LUCCHESE, é apelado LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL 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 9.942)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), ROBERTO MAC CRACKEN e CAMPOS MELLO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de agosto de 2017.
ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO DECRETADA EM ANTERIOR PROCESSO DE EXECUÇÃO. INEFICÁCIA DA DAÇÃO EM PAGAMENTO CELEBRADA ENTRE O EXECUTADO E O SEU IRMÃO E CUNHADA, ORA EMBARGANTES. RECONHECIMENTO DE QUE SE TRATOU DE SIMULAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Vistos,

Apelação (pp. 242-250) interposta de r. sentença (pp. 237-238) que rejeitou embargos de terceiro.

A r. sentença impugnada, publicada em 30/01/2017, fundamentou como razão de decidir: (i) "César Del Lucchese Junior e Cecília Maria Monteiro de Barros Minervino Del Lucchese interpuseram os presentes embargos de terceiro em face de Louis Dreyfus Comodities Brasil S.A., buscando a desconstituição da penhora incidente sobre o imóvel matriculado sob nº 91.134, a qual se deu nos autos da ação executiva promovida por Louis Dreyfus Comodities Brasil S.A."; (ii) "alegaram que são os legítimos donos do bem, adquirido no ano de 2012 (dação em pagamento)"; (iii) "no feito executivo (processo nº 0033738-86.1999.8.26.0100), houve o reconhecimento de que a transmissão do imóvel (matrícula 91.134) feita pelo executado André Del Lucchesse ao seu irmão César Del Lucchesse Júnior e sua cunhada Cecília Maria Monteiro de Barros Minervino Del Lucchese, ora embargantes, se deu de forma fraudulenta, o que possibilitou a formalização do ato constritivo"; (iv) "na esteira do consignado quando decretada a fraude à execução, não só pelo grau de parentesco das partes envolvidas no negócio, passa ao largo de qualquer credibilidade o suposto desconhecimento dos embargantes da ação executiva promovida em face do Sr. André Del Lucchese, a qual, à época da transmissão fraudulenta, já perdurava há mais de uma década"; (v) "evidenciado então o conhecimento, forçoso admitir que os embargantes anuíram com o proceder ilícito do devedor em detrimento ao crédito da exequente, ora embargada"; (vi) "desta feita, demonstrada a má-fé dos adquirentes (daí ser irrelevante a ausência de averbação do ato constritivo perante o ofício imobiliário), porque conheciam a situação de insolvência do executado, a decretação da fraude à execução era mesmo de rigor"; (vii) "logo, o bem penhorado deve sim responder pela dívida exequenda".

Acesso ao Sumário

Apelam os autores, deduzindo, como causa de pedir, em suma: (i) "justamente pelos laços de família que os unem, o procedimento foi realizado sem as formalidades existentes em negócios desta natureza"; (ii) "não há prova da má-fé dos recorrentes". Formulam pedido de provimento.

Recurso tempestivo, preparado (pp. 251-252), recebido e respondido (pp. 256-268).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Os apelantes opuseram embargos de terceiro contra a apelada, pois, no processo executivo nº 0033738-86.1999.8.26.0100, fora penhorado imóvel matriculado sob nº 91.134, por força de decisão que reconheceu fraude a execução, declarando a ineficácia da dação em pagamento feita pelo executado aos ora embargantes (seu irmão e cunhada).

Aduzem, em suma, que o imóvel lhes foi transferido para pagamento de empréstimo realizado entre eles (executado e os ora embargantes, seu irmão e sua cunhada).

Ora, a questão de fato controvertida nestes autos já foi discutida na execução.

Naquele processo, acórdão deste Relator, acobertado pela preclusão, já reconheceu a fraude à execução, limitando-se os ora embargantes a repisarem os mesmos argumentos então lançados naquela outra demanda por parte do executado.

Conforme já salientado, a execução já pendia há mais de 10 (dez) anos quando da afirmada "dação em pagamento" do bem entre os parentes.

A esse respeito, o acórdão proferido em agravo de instrumento na execução (nº 2225805-49.2014.8.26.0000), bem fundamentou que "só se pode concluir que, na verdade, [o executado] não efetuou dação em pagamento [aos ora embargantes], havendo sim simulação absoluta na transferência do bem, com o objetivo de que ele jamais saísse de seu patrimônio 'real', por assim dizer".

Assim, deve ser mantida a sentença, não comportando acolhimento a presente apelação.

Conclusão. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**. Por consequência ficam majorados os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006981-54.2016.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEX PÃES LTDA. - ME, é apelada ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10184)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Concessionária de energia elétrica - Ação de indenização por danos materiais e morais - Empresa fabricante de pães usuária do serviço da ré - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade civil objetiva da concessionária de energia elétrica - Falha na prestação dos serviços - Existência de nexo de causalidade - Ausência de excludente de responsabilidade - Dano moral não configurado - Sentença reformada para julgar parcialmente procedentes os pedidos, rejeitado o de indenização por dano moral - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Em "*ação indenizatória de danos materiais e morais*", a r. sentença (fls. 150/152), de relatório adotado, julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$ 4.500,00.

Apelou a autora (fls. 155/168) a sustentar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; a falha na prestação de serviços por parte da ré consubstanciada na interrupção da energia elétrica durante horas, causando-lhe prejuízo material na ordem de R$ 43.282,00. Requereu a procedência do pedido com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Preparado (fls. 194/195), o recurso subiu com resposta (fls. 199/206).

Acesso ao Sumário

Sem oposição ao julgamento virtual (fls. 212).

É o relatório.

Presentes os pressupostos legais, admite-se o processamento do recurso, recebidos que é em seus regulares efeitos.

Narra a petição inicial que a apelante, empresa que atua no ramo de fabricação de pães e que se utiliza dos serviços da apelada, teve o fornecimento de energia elétrica interrompido em duas oportunidades.

A primeira interrupção no fornecimento teria ocorrido em 05/06/2014, por volta das 14h:50min, após a explosão em um poste próximo ao local. O fato foi comunicado à apelada e gerou o registro do protocolo nº 354391070, às 15h:26min, fornecido pelo atendente de nome Caio. A energia foi restabelecida somente por volta das 21h:40min.

A segunda queda de energia foi no dia 18/06/2014, por volta das 14:20hs, e seguiu a mesma dinâmica da anterior (após ouvir-se o barulho de explosão no poste próximo ao local houve a interrupção do fornecimento de energia). A apelante solicitou o restabelecimento do serviço junto à apelada que registrou os protocolos números 356110336, às 14h:25min, e 356111149, às 14h:27min, ambos com a atendente Maria que informou que a previsão de retorno seria para as 17h:39min.

Aduz, ainda, que após inúmeras solicitações (nº 0325142585 e nº 356149393, às 16h:37min; nº 356162455, às 17h:50min; nº 356174141, às 19h:27min; nº 35617753, às 20h:01min e nº 356179759, às 20h:04min), por volta das 20h:50min um caminhão de reparos chegou no local e o retorno da energia elétrica ocorreu somente após as 21h:00 (fls.27/30). E que, em decorrência das sobrecargas elétricas ocorridas nas duas ocasiões, teve diversos equipamentos queimados e danificados, além de insumos e materiais de produção inutilizados.

A apelante solicitou o ressarcimento dos prejuízos suportados junto à apelada que indeferiu os pedidos (nº 316958429 e nº 316958573), sob o fundamento de que os equipamentos danificados foram reparados pelo consumidor antes da verificação, sem prévia autorização da concessionária (fls. 36/42).

São aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, mesmo sendo a energia elétrica um insumo à atividade empresarial da apelante, uma vez que se trata de uma fábrica de pães de pequeno porte cuja atividade empresarial depende essencialmente do serviço prestado pela apelada.

No caso dos autos, a apelante não apresentou prova a elidir sua responsabilidade civil sobre o evento danoso, alegando apenas de forma genérica a inexistência de falha na prestação dos serviços e a inexistência de nexo causal entre sua conduta e os alegados danos sem, no entanto, produzir qualquer prova de regularidade dos serviços prestados nas datas das ocorrências. Ao contrário,

o documento de fls. 40 emitido por ela mesma, confirma a ocorrência de perturbação no sistema elétrico que afetou a unidade consumidora nas datas dos fatos.

Nos termos do artigo 210 da Resolução 414/2010 da ANEEL, a distribuidora responde independentemente da existência de culpa pelos danos elétricos causados a equipamentos instalados em unidades consumidoras.

Além disso, a apelada não impugnou os inúmeros registros das solicitações/reclamações discriminados pela apelante na petição inicial e nem tampouco trouxe a degravação das conversas.

Outrossim, registre-se que o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a responsabilização civil objetiva do fornecedor pela reparação de danos gerados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço.

São defeituosos, nos termos do §1º desse artigo, os serviços que não forneçam padrões adequados de segurança de modo como são prestados, levando-se em consideração os riscos que razoavelmente deles pode-se esperar.

A descarga elétrica não pode ser considerada caso fortuito, como pretende a apelada.

Um acontecimento natural, como a queda de energia elétrica causada por chuvas fortes e raios, configura "fortuito interno", uma vez que tal evento é previsível e faz parte dos riscos da atividade da empresa fornecedora de energia, não havendo que se falar em excludente de responsabilidade.

Este é o entendimento desta Câmara, a saber:

"*AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO - Contrato de Seguro Residencial - Descarga de energia elétrica em razão de chuvas, que ocasionaram danos em aparelhos que guarneciam a residência do segurado - Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica - Alegação de excludente de responsabilidade em caso fortuito ou de força maior (chuvas) que não é suficiente para afastar o nexo causal frente às provas documentais produzidas nos autos, em razão dos riscos inerentes à própria atividade da ré - Precedentes - Recurso provido, para julgar procedente a ação, invertido o ônus da sucumbência*" (Apelação nº 1017749-81.2015.8.26.0068, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, j. 30/11/2016).

"*Apelação - Responsabilidade civil - Concessionária de Energia Elétrica - Indenização - Ação regressiva proposta por seguradora que se sub-rogou nos direitos da segurada - Extinção da ação com fulcro no art. 485, VI, do CPC - Inadmissibilidade - Desnecessidade de prévio pedido na esfera administrativa - Extinção afastada - Julgamento da ação em grau recursal, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, do CPC - Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica fundada no artigo 37, § 6º da CF/88 e artigo 14 da Lei nº 8.078/90 - Existência de nexo de*

Acesso ao Sumário

causalidade - Ausente qualquer causa excludente de responsabilidade - Indenização cabível - Recurso da autora provido para afastar a extinção da ação, julgando-a procedente, por aplicação da regra do art. 1.013, § 3º, I, do CPC" (Apelação nº 1011920-44.2016.8.26.0114, Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 16/12/2016).

Demonstrado o dano, o nexo de causalidade e o pagamento da indenização, cabe à concessionária de energia que prestou serviços defeituosos ressarcir a usuária.

No caso em tela, a interrupção do fornecimento de energia causou danos a equipamentos (compressores, ventiladores de ultra congelador e resfriador, câmeras de segurança, placa e conversor de balança), impediu o funcionamento da fábrica e inviabilizou o correto acondicionamento dos alimentos/insumos utilizados na produção e/ou já produzidos.

Os reparos nos equipamentos estão devidamente documentados (fls. 31/35 e fls. 48).

Aqui, não socorre a apelada a alegação de que os reparos efetuados pela apelante sem prévia verificação/autorização elide a indenização devida, com base no disposto no artigo 210, parágrafo único, inciso II, da Resolução nº 411/2010 editada pela Aneel.

Registre-se que esta Resolução prevê a inspeção do equipamento no prazo de 1 (um dia) útil se ele for utilizado para acondicionamento de alimentos perecíveis e ou de medicamentos (§ 2º, art. 206).

Nesse contexto, considerando que a atividade desenvolvida pela apelante depende essencialmente do funcionamento do maquinário de produção e de acondicionamento de produtos em certas temperaturas, convenha-se que aguardar dias por uma inspeção da concessionária implicaria em paralisação de suas atividades e geraria prejuízos ainda maiores.

Com relação aos lucros cessantes consubstanciados na perda de produtos em fase de produção e já produzidos (congelados e resfriados), não houve impugnação específica por parte da apelada. Além do mais, trata-se de versão razoável, até porque as fotografias demonstram volume de massa e pães que se coadunam com a quantidade descrita (fls. 43/47).

Contudo, pelo que se extrai do processado não está configurado o dano moral mencionado.

Embora a pessoa jurídica possa sofrer dano moral indenizável, na hipótese a falha na prestação dos serviços não configurou uma situação de abalo à marca, ao nome ou à imagem da apelante; em verdade, não ultrapassou a esfera do singelo aborrecimento suportado pelo representante, sem *status* de lesão moral indenizável.

O dano gerado pela apelante não ultrapassou a esfera material da apelada.

Acesso ao Sumário

Rejeita-se o pedido de indenização por danos morais.

Reforma-se, pois, a r. sentença recorrida para julgar-se parcialmente procedente o pedido e condenar a ré a pagar à autora R$ 43.282,00 a título de danos materiais, corrigidos da data dos fatos (queda de energia) e acrescidos de juros de mora, contados da citação. Rejeitado o pedido de dano moral, atribui-se 1/3 do valor das custas à autora e 2/3 à ré fixando-se os honorários advocatícios em 15% do valor da condenação, devidos por ambas as partes na proporção das custas, vedada a compensação.

Convencido de tais razões, meu voto **DÁ PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002495-29.2016.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante JOSE GOMES, é apelado BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar e não conheceram o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34094)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 11 de agosto de 2017.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Apelação - Insurgência contra a r. sentença que julgou improcedente a "ação de consignação em pagamento c/c revisão contratual c.c. pedido de liminar de tutela antecipada" - Inadmissibilidade - Apelação com fundamentação deficiente - O apelante não impugnou especificamente os pontos desfavoráveis na r. sentença recorrida - Violação ao artigo 1.010, incisos II e III do CPC/15 - Preliminar acolhida - Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuida-se de "ação de consignação em pagamento c/c revisão contratual c.c. pedido de liminar de tutela antecipada" julgada improcedente pela r. sentença de folhas 150/154, cujo relatório fica adotado.

A apelação é do autor (folhas 150/154). Alega, em síntese, a abusividade da taxa de juros, pugnando pela reforma da r. sentença.

A parte contrária apresentou contrarrazões (folhas 168/193), nas quais alega, preliminarmente, ausência de pressuposto recursal, visto que a apelação atacou de forma genérica a r. sentença, afrontando o princípio da impugnação específica. No mérito, aduz que as cláusulas contratuais não são abusivas e que é inviável a limitação dos juros remuneratórios em patamar de 12% (doze por cento) ao ano, nos termos da Súmula nº 596 do STF. Sustenta a possibilidade de capitalização mensal de juros e a legalidade das tarifas cobradas.

O apelante foi intimado a se manifestar sobre a preliminar de ausência dos requisitos recursais arguida nas contrarrazões (folhas 170/171). O apelante se manifestou às folhas 206/208, impugnando genericamente os argumentos do apelado.

As partes foram intimadas para eventual oposição ao julgamento virtual (folhas 200/201). Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folhas 209.

Recurso regularmente processado.

O recorrente é beneficiário da justiça gratuita (folhas 42).

É o relatório.

2) **DA PRELIMINAR ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS**

Com efeito, a parte, ao recorrer, deve demonstrar porque entende que a sentença está incorreta, demonstrando de maneira consistente as razões para a sua reforma.

Vale dizer deve atacar, especificamente, os fundamentos da r. sentença, no decorrer de suas razões.

Prevê o artigo 1.010 do CPC/15:

"*Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:*

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão."

Acerca do tema, ensina DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES

("in" Manual de Direito Processual Civil, volume único, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1548/1549):

"*Os fundamentos de fato e de direito compõem a causa de pedir da apelação, sendo imprescindível a descrição das razões do inconformismo do apelante, sendo nesse sentido o inciso III do dispositivo ora analisado ao exigir do apelante as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade. Segundo o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a reprodução, na apelação, dos argumentos contidos na petição inicial ou na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso, bastando para que o recurso seja admitido ser possível se extrair a fundamentação recursal a irresignação da parte com a sentença prolatada*".

No mesmo sentido, destaca CASSIO SCARPINELLA BUNEO (em Manual de Direito Processual Civil, volume único, São Paulo: Saraiva, 2015, p.616):

"*Chama a atenção que o texto evidencia, pertinentemente, a necessidade de o pedido de reforma ou invalidação do julgado estar fundamentado em razões aptas a dar-lhe embasamento (princípio da dialeticidade recursal)*".

No caso dos autos, depreende-se de uma simples leitura das razões recursais que o apelante não impugnou especificadamente os pontos desfavoráveis na r. sentença recorrida não se desincumbindo do ônus de demonstrar as razões do pedido de reforma desta.

Dessa forma, não houve a observância ao disposto no artigo 1.010, incisos II e III do CPC/15.

Assim sendo, está evidenciado que o apelo interposto não preenche pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, de modo que não pode ser conhecido.

Feitas tais considerações, mantém-se incólume a r. sentença da lavra do eminente magistrado doutor MARCELO FORLI FORTUNA.

3) Ante o exposto, acolhe-se a preliminar e não se conhece do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000795-43.2015.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OLÉ EMPREENDIMENTOS DESPORTIVOS LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26506)**

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

São Paulo, 16 de agosto de 2017.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por dano material e moral em decorrência de defeito na prestação de serviço bancário - Prazo de prescrição consumado, considerando que a violação do direito ocorreu em 2008 e a pretensão somente foi exercida em 2015 - Arguição de que só tomou conhecimento do fato em 2012 que não restou comprovada - Decreto de prescrição mantido - Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença que acolheu a prejudicial de mérito e **reconheceu a prescrição** da pretensão indenizatória por danos materiais e morais que OLÉ EMPREENDIMENTOS DESPORTIVOS LTDA. moveu em face de BANCO DO BRASIL S/A em decorrência de supostas movimentações financeiras fraudulentas junto à conta por si titulada por quem não detinha autorização e poderes contratuais para tanto, causando-lhe desfalque, sob os fundamentos ***a)*** de não ser crível que o sócio administrador da sociedade somente tenha tomado conhecimento dos fatos questionados em 2012, quando supostamente teve um cheque devolvido cobrado por terceiro, considerando que não fez prova de tal devolução e ***b)*** que as movimentações datam de 2008 e que na qualidade de administrador da sociedade era seu dever observar a movimentação bancária, não lhe socorrendo o ajuizamento de ação somente em 2015 e depois de sua relação comercial com o banco-réu estar de há muito encerrada.

Por conta da sucumbência, a autora ficou condenada a pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, com execução condicionada à perda da condição de necessitada.

Inconformada, apela esta, aduzindo, em síntese, que o prazo prescricional incidente na hipótese é de cinco anos, a teor do contido no art. 27 do CDC, iniciando-se a partir do conhecimento do fato/dano. E considerando que somente tomou conhecimento dos fatos em 2012, a ação ajuizada no ano de 2015 não

Acesso ao Sumário

estaria prescrita.

Afirma que a conclusão de desconhecimento dos fatos questionados pelo administrador da sociedade não pode servir para privilegiar o agir do banco, considerando sua responsabilidade objetiva e a necessidade de inversão do ônus da prova, bem como que as autorizações de entrada eram do seu conhecimento, questionando apenas as operações de saída dos numerários, realizadas por quem não tinha autorização para tanto, conforme apurado pela perícia.

Defendendo a ocorrência do dano material e do dano moral, clama pela reforma da decisão, com o afastamento da prejudicial de prescrição.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, sem preparo em face da gratuidade da justiça que lhe foi concedida e com resposta às fls. 822/832.

Não houve oposição ao julgamento do presente recurso de forma virtual.

É o relatório do necessário.

2. Irrepreensível a r. sentença, que deve ser conservada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A autora pretendeu a condenação do banco requerido no pagamento de indenização por danos materiais e morais, sob o argumento de que teriam sido realizadas operações fraudulentas em sua conta bancária, por sócio que não detinha autorização legal e contratual para tanto, e que tais lhe teriam causado desfalque, amparando sua pretensão em falha na prestação de serviços e na responsabilidade objetiva do banco.

Embora o condutor da lide tenha reconhecido tratar-se de relação de consumo, com incidência do prazo de prescrição quinquenal insculpido no artigo 27, olvidou-se, a autora, de que as operações questionadas datam de maio a dezembro de 2008 e de que sua pretensão somente foi exercida em 2015, ou seja, fora do prazo de cinco anos a tanto reservado.

A despeito de ter afirmado que somente tomou conhecimento de tais operações em 2012, quando um cheque relativo a 2008, que teria sido devolvido por falta de fundos, lhe teria sido cobrado, nascendo ai seu direito (art. 189/CC), não se desincumbiu de demonstrar tal alegação, como era de imprescindível (art. 373, I, CPC).

Assim, o prazo de início do cômputo do prazo prescricional restou inalterado, ou seja, dezembro de 2008.

Ademais, como bem mencionado pelo condutor da lide, não se mostra crível que o administrador da sociedade autora, que veio a juízo questionar as operações supostamente fraudulentas ocorridas no ano de 2008, não tenha tido conhecimento de suas ocorrências no passado, já que a administração da conta corrente da sociedade fazia parte do seu mister. Sua indiligência na gerência da

Acesso ao Sumário

própria conta corrente não pode ser pesada em seu favor.

Bem por isso, considerando que a pretensão foi exercida quando não havia mais prazo para o exercício do direito de ação é que se mantém o decreto de prescrição pelos mesmos fundamentos invocados pelo condutor da lide.

Mais é desnecessário.

Nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil, são devidos honorários de sucumbência ao vencedor, ficando estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, a teor do contido nos parágrafos 1º, 2º e 11º, com execução condicionada à perda da condição de necessitada por parte da autora.

3. Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1071558-50.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLAUDIO ORTEGA e ELISANGELA GUSMÃO PEREIRA DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.369)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. ALVARÁ JUDICIAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EX-DIRETORES DE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVO QUE VISAM O LEVANTAMENTO DE ATIVOS CONSTANTE EM CONTA CORRENTE DEVIDO AO ENCERRAMENTO DA ENTIDADE GRUPO DE APOIO À VIDA - GAVI.

A competência para apreciar o recurso interposto nas ações envolvendo entidades sem fins lucrativo e religioso é da Subseção I da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, 1ª a 10ª Câmaras, conforme

art. 5º, I.1 e 28 da Resolução n. 623/13. Apelação não conhecida. Redistribuição determinada.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 43/45, que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, desse alvará judicial que os autores CLAUDIO ORTEGA E OUTRO requerem expedição em face do réu BANCO SANTANDER S/A.

Os autores narram na inicial que são respectivamente ex-Presidente e ex-Vice-Presidente do Grupo de Apoio à Vida - Gavi, entidade sem fins lucrativo. Sustentam que em virtude do encerramento da entidade perante a Junta Comercial de São Paulo - JUCESP, não obtiveram êxito, por conta própria, em sacar a importância de aproximadamente R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), existente na conta bancária, para seu posterior encerramento junto a instituição financeira, daí a necessidade da medida.

Os autores apelam as fls. 47/53. Alegam, em suma, que deve ser reformada a r. sentença para que o processo tenha seu regular processamento, nos moldes da petição inicial, com o levantamento dos valores depositados na conta corrente da Instituição Financeira mencionada e posteriormente seu encerramento.

É o relatório do essencial.

2. O objeto da ação de onde foi extraído o presente recurso é **discutir a legitimidade dos ex-diretores da entidade sem fins lucrativo** para **sacar** a importância de aproximadamente R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), existente na conta bancária, para seu posterior encerramento junto à instituição financeira, uma vez que a entidade já foi encerrada perante a Junta Comercial de São Paulo - JUCESP.

Vê-se claramente que toda a discussão gira em torno da legitimidade dos autores para efetuarem o saque de valores da conta de entidade sem fins lucrativo, denominado GRUPO DE APOIO À VIDA - GAVI. Não há, destarte, nada que se relacione com alguma das matérias de competência da Subseção II da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça e, consequentemente, desta 12ª Câmara.

A competência para apreciar os recursos interpostos nas ações envolvendo a legitimidade do ex-Presidente e ex-Vice-Presidente para sacar valores de entidade sem fins lucrativo já encerrada é da Subseção I da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, 1ª a 10ª Câmaras, conforme art. 5º, I.1 e 28 da Resolução n. 623/13. É o entendimento pacificado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Ação relativa à associação e sociedade civis e suas responsabilidades civis Competência recursal

Acesso ao Sumário

da 1ª Subseção de Direito Privado "ex vi" do art. 5º, I.1 e 28 da Resolução n. 623/13 - Conflito dado por positivado e afirmada a competência da 7ª Câmara de Direito Privado, a suscitada. (Apelação nº 0054935-34.2016.8.26.0000. Relator(a): Silveira Paulilo. Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Data do julgamento: 06/12/2016)

3. Em face do exposto, não se conhece do recurso e determina-se a sua redistribuição para uma das Câmaras competentes da Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal (1ª a 10ª).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001125-07.2016.8.26.0040, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é apelante ALESSANDRO RODRIGUES SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ATLÂNTICO FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, nos termos do artigo 942 do CPC, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencidos o Terceiro e Quarto Juízes. O Terceiro Juiz declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25168)**

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

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de obrigação de fazer - Nítida pretensão à exibição exclusiva de documentos pelo réu - Necessidade de prévio pedido administrativo válido, inocorrente no caso - Recurso repetitivo do STJ - Falta de interesse de agir evidenciada - Extinção do processo, com fundamento no art. 485, VI, CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por **ALESSANDRO RODRIGUES SOARES** em face de **ATLÂNTICO FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS**, cuja r. sentença de fls. 49/54 julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do NCPC, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, ressalvada a gratuidade de justiça concedida, sem fixação de honorários advocatícios.

Apela o autor (fls. 56/70), alegando, em resumo, presente o interesse de agir para propositura de ação objetivando a exibição pelo réu de contrato do débito negativado. A exibição foi recusada na via administrativa, sequer se manifestando o réu a respeito da exigência prévio recolhimento do custo do serviço, sendo necessário o ajuizamento da ação, via processual adequada para obtenção da documentação pretendida. Pugna pelo provimento do recurso, com inversão do julgado.

Recurso respondido.

É o relatório.

VOTO.

Nega-se provimento ao recurso.

Narrou o autor, na inicial, teve seu nome inscrito em cadastros de proteção ao crédito em 20/8/2012, por débito de R$ 958,66, referente ao contrato 19316380, desconhecendo a regularidade e correção do valor (fls. 1/20).

Postulou procedência da ação, condenando-se o réu "*a fornecer todos os documentos que legitimam a inscrição de ALESSANDRO RODRIGUES SOARES junto aos órgãos de proteção ao crédito, devendo o Requerido apresentar o contrato ou documento equivalente que revele de forma indubitável a manifestação de vontade do consumidor para a aquisição do produto/serviço, bem como a existência de dívida, seu vencimento e, especialmente, a correção do valor inscrito, justificando os critérios utilizados na hipótese de atualização, juros, multa ou demais acréscimos inseridos no valor original do débito*" (fl. 19).

Portanto, embora ação rotulada como de conhecimento de obrigação de fazer, a pretensão do autor apelante é de exibição de documentos pelo réu apelado.

Na hipótese de exibição de documentos, o STJ assentou orientação sobre o tema em recurso especial representativo de controvérsia:

"**Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos bancários) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de**

Acesso ao Sumário

relação jurídica entre as partes, comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária." (REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015).

No caso vertente, considerando-se a pretensão de exibição de documento, inadequada era a pretensão por faltar-lhe a presença do requisito do prévio pedido válido.

Embora demonstrada a solicitação administrativa do documento, denota-se, do corpo da referida solicitação, pedido para que a documentação fosse enviada para endereço de escritório de advocacia que representa o requerente (fls. 28/29), sem prova, todavia, do mandato outorgado a seu advogado. Essa prova deveria instruir a solicitação por tratar-se de documento de interesse da parte.

Sobre o tema, precedentes deste Tribunal de Justiça:

Medida cautelar de exibição de documento - Ausência de prova de resistência da instituição financeira - Requerimento administrativo realizado por terceiros sem poderes especiais e específicos - Incidência dos arts. 653 e 61, § 1º, do Código Civil, por força da Lei Complementar 105/01, disciplinando o sigilo bancário - Honorários advocatícios indevidos - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Recurso não provido. (TJSP. Ap nº 0017270-04.2012.8.26.0071. 38ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. César Peixoto. J. 29.10.2014).

MEDIDA CAUTELAR. Exibição de documentos bancários Documento solicitado para ser entregue a terceiro. Necessidade de procuração específica. Ausência de interesse de agir. Recurso não provido. (TJSP. Ap. nº 1034671-38.2014.8.26.0100. 11ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Gilberto dos Santos. J. 26.10.2015).

Apelação. Ação de exibição de documento. Ausência de resistência por parte da ré em fornecer os documentos solicitados. Desde o início, a insurgência da requerida tem se baseado na desnecessidade da ação, alegando que só não forneceu as informações requeridas por vias extrajudiciais porque a notificação do autor não foi acompanhada de qualquer instrumento comprobatório dos poderes conferidos ao advogado que a assinou. Não há nos autos qualquer prova de que a ré tenha dado causa ao ajuizamento da ação, uma vez não demonstrada a efetiva recusa em apresentar a documentação por meios administrativos. Sucumbência indevida. Precedentes do STJ. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP. Ap nº 1057920-52.2013.8.26.0100. 3ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Beretta da

Acesso ao Sumário

Silveira. J. 21.01.2014).

MEDIDA CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INTERESSE DE AGIR - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PRÉVIO PEDIDO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, SEM ATENDIMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL - ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NA 2ª SEÇÃO DO STJ, NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO - ART. 267, VI, DO CPC - EXAME DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO. (Apelação 2077318-06.2015.8.26.0000, Relator(a): Matheus Fontes; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/06/2015; Data de registro: 15/07/2015).

Ademais, a solicitação administrativa é genérica sem especificar adequadamente o documento cuja exibição é pretendida, com isso, comprometendo a validade da referida solicitação.

Neste cenário, não há elemento suficiente a caracterizar o interesse processual do autor (falta de prévio pedido administrativo válido), motivo pelo qual de rigor a manutenção da extinção do processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do NCPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 27.231)

Vistos.

Constou dos autos:

"*Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por ALESSANDRO RODRIGUES SOARES em face de ATLANTICO FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS, cuja r. sentença de fls. 49/54 julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do NCPC, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, ressalvada a gratuidade de justiça concedida, sem fixação de honorários advocatícios.*

Apela o autor (fls. 56/70), alegando, em resumo, presente o interesse de agir para propositura de ação objetivando a exibição pelo réu de contrato do débito negativado. A exibição foi recusada na via administrativa, sequer se manifestando o réu a respeito da exigência prévio recolhimento do custo do serviço, sendo necessário o ajuizamento da ação, via processual adequada para

Acesso ao Sumário

obtenção da documentação pretendida. Pugna pelo provimento do recurso, com inversão do julgado.

Recurso respondido".

É o relatório.

Ousei divergir com a devida vênia.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer em que o apelante pleiteou a exibição de cópia do contrato de nº 0000000019316380, fato gerador de suposta dívida no valor de R$958,66, pela qual teve seu nome inscrito nos cadastros de proteção ao crédito.

Sobreveio a r. sentença (fls. 49/54) ora combatida, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil ante a ausência de interesse de agir.

Recorre o autor.

Decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça em Recurso Repetitivo (Resp n. 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão):

"*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1.* ***Para efeitos do art.543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura da ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópia e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do curso do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.*** *2. No caso concreto, recurso especial provido.*" (rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 10/12/2014).

Data vênia do entendimento do magistrado de 1º grau, com o advento do novo Código de Processo Civil, remanescem, para as ações autônomas[1], os requisitos mencionados no repetitivo, presentes no caso concreto.

Nesta linha:

"*OBRIGAÇÃO DE FAZER - Exibição de contrato de financiamento - extinto por ausência de interesse de agir - Presença dos requisitos no Resp. 1.349.453-MS - Notificação extrajudicial válida encaminhada previamente pelo autor, com prazo razoável para cumprimento - Interesse de agir configurado pela resistência injustificada - Sentença reformada - ação procedente - Recurso*

1 Independentemente da nomenclatura dada à ação o exame deve ser feito tendo em vista a causa de pedir.

Acesso ao Sumário

provido." (TJ/SP, Relator: Heraldo de Oliveira, 13ª Câmara de Direito Privado, j. em 23/01/2017).

Prosseguindo.

É certo que exigir toda a documentação envolvida na relação negocial é direito do cliente e a exibição dever do fornecedor.

No caso específico dos autos, está demonstrado que houve a tentativa de obtenção do documento na via administrativa, mediante carta, com aviso de recebimento (fls. 28/29), porém infrutífera.

O pedido administrativo (fl. 29) continha as informações básicas de identificação do consumidor (nome completo, endereço e CPF).

Ainda que insuficientes fossem as informações, caberia ao fornecedor, em resposta ao pedido administrativo, informar a impossibilidade de atendê-lo, oportunizando ao consumidor a apresentação de novo pedido, o que, não ocorreu, mantendo-se inerte a apelada.

Ressalta-se que a peça inicial indicou, de forma precisa, as informações da negativação que questiona, inclusive o número do suposto contrato e, também, o documento almejado; de forma que, não tendo respondido ao pedido administrativo, o fornecedor deu causa à propositura da ação, e, agora, com os dados presentes na inicial, não terá escusa para não fazê-lo.

Ademais, o requerimento está em nome e assinado pelo cliente, ora apelante (fls. 29); logo, não é admissível como justificativa para o não cumprimento do pedido administrativo a quebra de sigilo bancário por ausência de procuração com poderes especiais.

Outrossim, se havia dúvida quanto ao pedido para entrega dos documentos em endereço distinto ao do apelante, ou mesmo quanto à existência ou não de procuração, deveria a instituição financeira alertá-lo sobre eventual irregularidade. Mas não, como já dito, manteve-se inerte.

É o que basta para que se considere presente o interesse processual do apelante, ou seja, a necessidade e a utilidade da demanda, independentemente da nomenclatura adotada.

Deste modo, nos termos do disposto no art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, de rigor a procedência do pedido. Os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado, consoante os requisitos do art. 85, § 2º e incisos, do Código de Processo Civil, em especial pela singeleza da controvérsia, porém, garantida a remuneração condigna da advocacia.

Ante o exposto, o meu voto dava provimento ao recurso para julgar procedente a ação e determinar a exibição do contrato n. 0000000019316380, no prazo de 30 dias, com custas, despesas processuais e honorários devidos pelo vencido.

Acesso ao Sumário

CAUDURO PADIN, 3º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003030-38.2015.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que são apelantes JESSICA DOS SANTOS CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), VALENTINA CARDOSO RODRIGUES DE QUEIROZ (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e BRYAN VINICIUS RODRIGUES DE QUEIROZ, é apelado OCEANAIR LINHAS AEREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38781)**

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

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos materiais e morais - Transporte aéreo - alegado cancelamento de voo - Incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor - comprovação nos autos de que os autores apenas efetuaram reserva dos assentos, e não realizaram o pagamento das passagens - Danos materiais e moral não configurados ante a ausência de ato ilícito por parte da ré - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais julgada improcedente em 25.01.2017 pela r. sentença de fls. 144/147, cujo dispositivo ora se transcreve: "*Pelo exposto e por tudo o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a ação com fulcro no art. 487, I do Novo Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condeno os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro, por equidade em R$ 2.000,00. Contudo, por se tratarem de beneficiários da gratuidade de justiça*

(fl.42), as obrigações decorrentes da sucumbência por parte dos autores ficarão suspensas conforme art. 98, § 3º do NCPC. P.I.C.".

Não se conformando com os termos da r. sentença, os requerentes apresentaram razões de apelação às fls. 151/163, sustentando ter ficado comprovado o dano alegado. Afirma ter anexado provas contundentes do dano moral e material sofrido. Avoca falha na prestação de serviço e responsabilidade objetiva da ré pelo suportado pelos clientes. Requer provimento ao apelo.

Recurso tempestivo, não preparado ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita e respondido.

É o relatório.

Os autores ajuizaram a presente demanda alegando terem adquirido passagens aéreas para voo São Paulo (Guarulhos) - Salvador com data marcada para o dia 18.02.2015 e decolagem prevista para as 24h00, conforme *email* recebido (fls. 19).

Aduzem que, apenas quando chegaram ao portão de embarque, após terem se deslocado da cidade de Cubatão para Guarulhos, realizando gastos com transporte, chegado com antecedência de duas horas ao aeroporto (22h30) e realizado o *check in*, foram informados de que o voo que pretendiam embarcar havia sido cancelado.

Diante disso, não tendo recebido qualquer orientação por parte dos funcionários da ré, afirmam não ter lhes restado outra alternativa senão a compra de outra passagem, para voo com saída somente às 06h10 do dia 18.02.2015, de forma que os autores aguardaram por mais de oito horas no saguão do aeroporto, com uma criança de colo.

Requerem indenização pelos danos morais e materiais, consistente na despesa com viagem de taxi até o aeroporto R$ 103,03 (recibo às fls.) cujo valor requer seja pago em dobro.

A parte adversária ofereceu contestação às fls. 48/88, porém de forma intempestiva, de forma que julgado o processo à sua revelia.

Em sede de contrarrazões (fls.166/188), afirma que não houve cancelamento do voo programado para as 24h00 do dia 18.02.15, mas que os autores foram impedidos de embarcar diante da ausência de confirmação do pagamento da reserva, de forma que não houve ato ilícito por parte da ré, ausente dever de indenizar moral ou materialmente.

Em que pese a irresignação da parte autora, que deve se dar muito provavelmente em razão da fundamentação da r. sentença proferida pelo juízo *ad quo*, a ação é manifestamente improcedente.

Conforme se verifica dos documentos acostados pela parte autora, em especial o *email* de fls. 19, a confirmação recebida pelos requerentes não era de

Acesso ao Sumário

compra de passagem, mas apenas da reserva dos assentos.

Note-se que a mensagem é clara e informa que após a confirmação do pagamento outro *email* seria enviado. Deste não há sinal nos autos.

O *email* de fls. 19 não apresenta cabeçalho, tendo esta parte sido recortada, de forma que se desconhece a data de seu recebimento.

Portanto, resta claro que houve apenas mera reserva dos assentos, procedimento prévio e que não confere ao passageiro o direito de embarcar, e não a efetiva compra da passagem.

Não bastando, é verificado que o protocolo de reclamação feito pela autora no balcão da requerida às 23h29 do dia 17.02.15, e anexado aos autos às fls.21, também revela que na ocasião foi esclarecido aos passageiros o motivo da impossibilidade de seu embarque no voo das 24h00; qual seja: a ausência de confirmação de pagamento e consequente perda da reserva. A reclamação não menciona cancelamento do voo, que teria ocorrido de acordo com as alegações dos autores. Ao que tudo indica, o voo prosseguiu normalmente, e os apelantes foram impedidos de embarcar diante da não concretização da compra.

É também digno de se salientar que as únicas passagens aéreas com pagamento comprovado nos autos são as adquiridas para o voo das 6h10, não havendo prova da compra do voo anterior, cuja indenização por danos materiais sequer foi pedida, como seria o esperado.

Quanto aos danos morais, segundo escólio de Youssef Said Cahali:

"***Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos"; e se classificando, assim, em dano que afeta " a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que moleste " a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.) e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz, deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)***" (Dano e Indenização, ed.1980, p.7).

Para Teresa Ancona Lopez de Magalhães, os danos morais podem ser das mais variadas espécies, apurando-se entre eles aqueles que dizem respeito á reputação, à segurança e tranquilidade, à liberdade, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, etc. (O Dano Estético, responsabilidade Civil, p.8, ed.1980).

Mestre Caio Mário da Silva Pereira também ressalta:

"***É preciso entender que, a par do patrimônio, como 'complexo de relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis' (Clóvis Bevilácqua, Teoria Geral de Direito Civil, parág. 29), o indivíduo é titular de direitos, integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exornam a sua consciência, os valores afetivos,***

Acesso ao Sumário

merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica" (Responsabilidade Civil, p.66, ed.1990).

É o que, aliás, anota o magistrado paulista Irineu Antonio Pedrotti, *in verbis*:

"***Há um conjunto de bens ligados ao espírito, aos sentimentos, à inteligência, que também completam o patrimônio de uma personalidade. O sofrimento da perda inesperada de um ente querido; o abalo emocional pelo impacto de uma injúria; a contrariedade e perda de ânimo causadas pela queda de crédito; a humilhação do encarceramento - são danos certamente***". (Responsabilidade Civil, v.2, p.992, Ed. 1990).

No presente caso, resta claro que as agruras suportadas pelos apelantes decorreram apenas de sua própria conduta, não tendo cometido a ré qualquer ato ilícito que enseje reparação, tanto por danos morais quanto materiais.

Diante da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §11º do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos à apelada para R$ 2.500,00, observada a suspensão da exigibilidade decorrente do benefício da justiça gratuita, concedido aos apelantes.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029672-71.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DAS DORES DA SILVA PACHECO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6911)**

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

São Paulo, 14 de agosto de 2017.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Alegação da autora de que ao tentar efetuar o saque de valor de poupança, que seu falecido esposo possuía junto ao banco, foi surpreendia com a

Acesso ao Sumário

sua inexistência - Sentença de improcedência - Banco que alegou o encerramento da conta por inatividade - Ausência de comprovação documental - Situação imposta à autora que caracteriza dano moral - Quantum arbitrado em R$ 4.500,00, com atualização monetária deste julgamento, e acréscimo de juros legais da citação - Sucumbência do Banco - Sentença substituída - Apelo parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de apelação da sentença de fls. 80/82, proferida na data de 19 de outubro de 2016, que, julgou improcedente a ação de indenização por danos morais, ajuizada por **MARIA DAS DORES DA SILVA PACHECO** em face de **BANCO BRADESCO S.A.**, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários, fixados em 10% do valor dado à causa, ressalvada a benesse da gratuidade de justiça.

Rejeitados os Embargos de Declaração opostos pela autora (fls. 86/89).

Apelo da autora às fls. 92/103 sustentando, em síntese, estar incontroverso que seu falecido esposo possuía conta poupança junto ao apelado, onde constava saldo de R$ 862,90, conforme extrato datado de 09.05.2003 e, que ao tentar efetuar o saque de aludido valor foi surpreendida com a sua inexistência, razão pela qual, pugna pela condenação do banco em danos morais, no valor sugerido de R$ 76.040,00. Pede a alteração do resultado.

Com contrarrazões às fls. 107/116 pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A presente apelação, interposta em 05/12/2016, é tempestiva e isenta de preparo.

Restou incontroverso e provado com extrato que o esposo da autora, falecido em 17.09.2003, mantinha conta junto ao Banco requerido.

De igual modo, incontroverso que na data de 09.05.2003 referida conta possuía saldo de R$ 862,90.

Incontroverso, ainda, que no final de 2015, ao tentar efetuar o levantamento da importância supra a autora foi surpreendida com sua inexistência.

Por primeiro, é mantida rejeição da preliminar de prescrição.

É certo que o direito à pretensão de reparação civil, o prazo prescricional é de três anos, consoante art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

Porém, no caso dos autos a autora tomou ciência da inexistência de saldo na conta somente quando tentou efetuar o levantamento do valor, ou seja, fim

Acesso ao Sumário

de 2015.

Esta ciência é que constitui o termo inicial do prazo prescricional. E como a ação foi proposta em 23/03/2016, não há que se cogitar de prescrição.

Sobre o tema, precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

PRESCRIÇÃO** - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Prazo que deve se iniciar na data em que o autor teve conhecimento do evento danoso - Impossibilidade de se exigir que ele tomasse conhecimento da fraude antes de escoado o prazo para o saque dos valores referentes ao FGTS - Conhecimento do fato ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, que previa a prescrição vintenária - Hipótese em que deve ser aplicado o art. 2.028 do Código Civil de 2002 - Incidência do art. 206, § 3°, V do atual diploma a partir da data em que entrou em vigor - Prescrição afastada - Recurso provido. RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais - Saque irregular na conta onde foi depositado o FGTS do autor-apelante - Falsidade da assinatura verificável a olho nu - Dever do banco apelado de evitar fraudes - Indenização devida - **Recurso provido. (Apelação n° 9178884-54.2007.8.26.0000, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, j. 14/12/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇAO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS - PRESCRIÇAO - Saque de valores na conta do FGTS em 1981 - Ação proposta em 2011 - Prescrição - Inocorrência - Aplicação do art. 206, § 3°, V, do Código Civil - Prazo prescricional de três anos, que deve ser contado da ciência da fraude - Autor que tomou conhecimento ao se aposentar, em novembro de 2009 - No caso vertente não se discute a cobrança do FGTS, mas sim o saque fraudulento das respectivas verbas, depositadas no Banco réu - Súmula 479 do STJ - Diante do acervo probatório, que demonstra a ocorrência de dano material - Dever de restituir a quantia sacada por terceiro - RECURSO DESPROVIDO NETE TÓPICO. DANO MORAL - No caso em discussão, não se pode negar a aflição e o desespero do autor em se deparar com a recusa do banco réu em lhe reembolsar os valores constantes do FGTS, que foram sacados fraudulentamente por terceiros - Valor fixado na r. sentença de R$ 20.000,00, que se mostra adequado ao caso em tela - RECURSO DESPROVIDO. (Apel. 0212265-61.2011.8.26.0100, Rel. Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado; j. 14/05/2014)

***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS** - Falta de repasse do FGTS - Banco réu não repassou à CEF valores do FGTS do autor - Ação julgada extinta, nos termos do art. 269, IV, do CPC - Prescrição - Inocorrência - Pretensão a reparação civil - Aplicação do prazo trienal do art. 206, § 3º, do C. Civil - Termo inicial contado do*

Acesso ao Sumário

conhecimento do ato ilícito - Princípio da actio nata - Autor tomou ciência da ausência do repasse de valores do FGTS quando do deferimento de sua aposentadoria, em 18/8/2011 - Ajuizamento da ação em 4/12/2012 - Prazo prescricional não consumado - Sentença de extinção afastada. ***(Apel. 0007859-66.2012.8.26.0319 - Rel. Francisco Giaquinto, 13ª Câmara de Direito Privado; j. 16/12/2015)***

Alegou o banco que a conta foi encerrada por inatividade.

Todavia, não juntou aos autos nenhum documento hábil a comprovar o encerramento da conta, ou até mesmo eventual exaurimento do saldo através de eventuais saques ou débitos outros.

Não se pode olvidar que competia ao Banco (art. 373, inciso II, do NCP) trazer aos autos provas (extratos) a demonstrar a inexistência do saldo.

Nessa esteira, a situação em que posicionada a autora, ora apelante, que de posse de extrato apontando saldo em conta do falecido esposo, vê-se à míngua diante de incomprovado encerramento da conta por inatividade, resulta em induvidoso reflexo subjetivo negativo íntimo configurador de dano moral, plenamente caracterizado, passível de indenização, e não de mero dissabor.

Vários têm sido os critérios de arbitramento da indenização por dano moral, e no caso presente, consideradas as circunstâncias e consequências, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitro valor de R$ 4.500,00, atualizado pela tabela de débitos judiciais deste julgamento (STJ, Súmula 362), acrescendo-se juros de mora legais a partir da citação.

Os ônus sucumbenciais ficam a cargo do banco, arbitrada verba advocatícia em 20% do valor global da condenação, com fundamento no art. 85, §3º e suas alíneas, do NCPC.

Anoto, ainda, entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada." (Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088).

Do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005440-09.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado CARLOS ALBERTO FIRMINO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes C.D.S. CONSTRUTORA LTDA., UBALDO FARRIS e LILIAN RUETE GASPARETTO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento aos recursos, vencido o relator sorteado que declara voto. Acórdão com o 2º desembargador. Acompanha o relator designado, com ressalva na fundamentação, o 3º desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.861)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI, vencedor, RICARDO NEGRÃO, vencido e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 14 de agosto de 2017.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator Designado

Ementa: NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. IMPRESCRITIBILIDADE. O pedido de inexistência de relação jurídica é insuscetível de prescrição ou decadência. A eventual declaração nesse sentido é retroativa à data da celebração do ajuste reputado de inexistente, de modo que não se submete aos efeitos do decurso do tempo. Sentença mantida. Recursos não providos.

VOTO

Recorreram as partes da sentença, proferida pela Doutora *Lissandra Reis Ceccon*, que declarou a nulidade de negócio jurídico, por ato simulado, negócio que envolvia a integração do autor, como sócio, em sociedade mantida pelos réus.

O autor recorreu. Pediu a majoração dos honorários advocatícios à quantia correspondente a 20% do valor da causa.

A ré - *C.D.S. Construtora Ltda*. (nova denominação de *Farrus Gasparetto Construtora Ltda.*) - também recorreu. Pediu, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da petição inicial, pois o autor promoveu o aditamento da inicial após

Acesso ao Sumário

ter sido estabilizada a lide. Pediu, ainda, o acolhimento da decadência do pedido de anulação do negócio jurídico. Afirmou que o negócio jurídico é válido, sendo certo que após o ingresso do autor na sociedade pôde ele adquirir bens, em notória ascensão social decorrente de sua participação na empresa.

A ré - *Lilian Ruete Gasparetto* - também apelou. Pediu, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da petição inicial por ser o pedido juridicamente impossível. O acolhimento do pedido não poderia acarretar sua reintegração à sociedade. Afirmou que a nulidade do negócio jurídico não foi referida na petição inicial e, por isso, o julgamento seria *extra petita*. Pediu, ainda, o reconhecimento da decadência da ação anulatória. Reiterou as alegações da apelante C.D.S. Construtora Ltda. sobre a validade do negócio jurídico e também a respeito da ascensão social do autor após o ingresso na sociedade. Alegou que o negócio jurídico decorreu de livre manifestação de vontade do autor, que não poderia, após quatorze anos de sociedade, impugnar o ajuste, o que contraria a boa-fé exigida do contratante.

Os recursos foram respondidos pelo autor.

É o relatório.

O autor, servente de pedreiro, recebeu, em 10 de abril de 2006, mandado de citação para pagamento de dívida, no valor de R$ 138.102,01, dívida contraída por *Farris Gasparetto Construtora Ltda.*, cuja denominação atual seria *C.D.S. Construtora Ltda.*

O mandado de citação foi expedido para citação do autor, que figurava como sócio da executada, em virtude de alteração contratual promovida pelos réus, datada de 1º de outubro de 1998 e efetivamente registrada em 8 de dezembro de 1998 (fls. 271)

O autor afirmou que não integrou a sociedade e que não emitiu vontade no ato praticado pelos corréus - alteração do contrato social -, de modo que nega a **existência** da relação jurídica entre ele e a sociedade.

Os fatos alegados pelo autor foram confirmados pela prova oral produzida. A testemunha esclareceu que o autor era apenas servente de pedreiro na empresa-ré e que teria sido ele chamado pelo corréu *Ubaldo Farris*, administrador da sociedade, para assinar documento requerido pela Receita Federal para regularização de funcionários (fls. 751). Portanto, não sabia o autor que assinava documento relacionado à alteração do contrato social, pelo qual se tornava sócio de *C.D.S. Construtora Ltda.*

Daí se vê que o autor, de fato, não manifestou qualquer vontade atinente ao ingresso na sociedade. Assinou documento que reputava a outro fim - regularização do emprego. Logo, ausente a vontade do autor para o ato, a questão deve ser resolvida no plano da existência do negócio jurídico, e não de sua validade ou eficácia. Nem mesmo de erro, como falsa percepção da realidade,

Acesso ao Sumário

se pode falar no caso, porque em momento algum, segundo a prova convincente dos autos, o autor celebrou contrato de sociedade ou qualquer outro.

Seguindo a doutrina de **Antonio Junqueira de Azevedo**, "*Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um tertium genus da invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia 'negócio existente - negócio inexistente', de um lado, e a tricotomia 'negócios válido - negócio nulo - negócio anulável', de outro, estão em planos diferentes (...). Portanto, temos: no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito. O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica de eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano de existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito 'ato inexistente') e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência*" (Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia, Ed. Saraiva, 2010, p. 63/64).

O exame dos planos de existência, de validade e de eficácia do negócio jurídico passa necessariamente pela verificação de todos os elementos que o compõem, especialmente no caso dos autos, no qual a vontade do autor é a questão fundamental da lide. **Silvio de Salvo Venosa** é pontual: "*é importante colocar a vontade como elemento do negócio jurídico. No exame do plano de existência não se cogita de invalidade ou ineficácia, mas simplesmente da realidade de existência do negócio. Importa examinar a existência da vontade ou, mais que isso, a existência da declaração de vontade*" (Direito Civil, Ed. Atlas, pg. 358).

Segundo o alegado na inicial, não houve o elemento volitivo do autor no negócio jurídico impugnado. Não houve vontade interna de celebrar o ajuste e, consequentemente, não houve exteriorização dessa vontade na assinatura que apôs no documento. A assinatura foi colocada no papel apresentado para fim diverso. Não tinha o autor qualquer interesse de participar da sociedade. Não há registro da prática de nenhum ato pelo autor concernente à sociedade.

Nesse caso, penso que a questão discutida nos autos está centrada na efetiva **existência do negócio jurídico** que vem causando consequências danosas ao autor, tanto que pediu a declaração de inexistência de relação jurídica na petição inicial.

O pedido de inexistência de relação jurídica é insuscetível de prescrição

Acesso ao Sumário

ou decadência. A eventual declaração nesse sentido é retroativa à data da celebração do ajuste reputado de inexistente, de modo que não se submete aos efeitos do decurso do tempo, como esclarece **Agnelo Amorim Filho**, no clássico artigo que escreveu - "Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as ações imprescritíveis":

> "O autor que requer sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário, pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais. [...]
>
> Por conseguinte, pode-se dizer que as sentenças declaratórias não dão, não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada. Em resumo: não impõem prestações, nem sujeições, nem alteram, por qualquer forma, o mundo jurídico. Por força de uma sentença declaratória, no mundo jurídico nada entra, nada se altera, e dele nada sai. **As sentenças desta natureza, pura e simplesmente, proclamam a 'certeza' a respeito do que já existe, ou não existe, no mundo jurídico.** [...]
>
> Fixado o conceito, pergunta-se: as ações declaratórias estão ligadas à prescrição ou à decadência? Parece-nos que nem a uma coisa nem a outra, conforme se passa a demonstrar. [...]
>
> O conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais. Realmente, como já vimos, o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade de sofrer uma sujeição. Ora, se as ações declaratórias não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco o de criar um estado de sujeição, como ligar essas ações a qualquer dos dois institutos em análise? **Se o único efeito de tais ações é a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento, qual a finalidade da fixação de um prazo para o seu exercício? E quais seriam as consequências do decurso do prazo sem propositura da ação? A relação inexistente passaria a existir? E a existente deixaria de existir? O documento falso passaria a autêntico? E o autêntico passaria a falso? Mesmo admitindo-se, para argumentar, a possibilidade de consequências tão absurdas, a ação não seria nestes casos, declaratória, e sim constitutiva.** [...]
>
> Além do mais, se se quisesse fixar um prazo extintivo para as ações declaratórias, de que natureza seria este prazo? Prescricional ou decadencial? O legislador que pretendesse fazer uma escolha se depararia com um obstáculo intransponível: como as ações declaratórias

Acesso ao Sumário

> não têm por finalidade a restauração, nem tampouco o exercício de direito, elas não podem ser atreladas nem ao instituto da prescrição nem ao da decadência.
>
> Diante de tudo isso, a conclusão que se impõe é a seguinte: as ações declaratórias devem ser classificadas como ações imprescritíveis. E é esta, realmente a classificação dada pela maioria dos doutrinadores"

É como se o negócio jamais tivesse sido celebrado e a sociedade não existisse para o autor, que lançou sua assinatura no instrumento que ela representasse o sinal de efetiva manifestação de vontade no sentido de ingressar como sócio na empresa.

Neste sentido, em caso muito semelhante ao presente, já decidiu este Tribunal, pelo voto do Desembargador **Pereira Calças**:

> "Direito de empresa. Ação declaratória. Inexistência de relação jurídica. Imprescritibilidade (CPC, art. 4º, I). Precedentes desta Corte. Decreto de prescrição levantado. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Réu que era sócio da sociedade e intermediou o ato através do qual o autor passou a integrar os quadros societários. Ausência de vontade para a celebração do negócio devidamente comprovada à luz da prova constante dos autos. Relação jurídica declarada inexistente. Sentença reformada. Apelo a que se dá provimento." (Ap. nº 0011127-66.2008.8.26.0482, Rel. Des. Pereira Calças, dj 06.12.11).

Não se acolhe o pedido de majoração dos honorários advocatícios do autor, pois sucumbente em parte significativa do pedido, relacionada à prescrição das pretensões indenizatórias e, por isso, deve ser mantida a sucumbência recíproca reconhecida na sentença.

Pelo exposto, respeitado o entendimento em sentido contrário, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do autor e **NEGO PROVIMENTO** aos agravos retidos e às apelações interpostas pelos réus, tudo para manter integralmente a sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.257)

Voto divergente:

Divirjo do entendimento da douta Maioria e faço para dar provimento ao agravo retido e julgar prejudicados os recursos, conforme fundamentos contidos no voto apresentado à Turma Julgadora, ora reiterados:

> Recursos de apelação interpostos simultaneamente por Carlos Alberto Firmino, de um lado, e CDS Construtora Ltda., Ubaldo Farris e Lilian Gasparetto Farris, de outro, dirigido à r. sentença proferida pela

Acesso ao Sumário

Dra. Lissandra Reis Ceccon, MMª. Juíza de Direito da E. 1ª Vara Cível do Foro da Comarca de Campinas, que julgou parcialmente procedente a denominada "ação anulatória de alteração de contrato social e composição societária de sociedade por quotas de responsabilidade limitada cumulada com reconhecimento da inexistência de condição de sócio cumulada com indenização por perdas e danos morais".

Entendeu a i. Magistrada singular que a alteração contratual discutida na lide é nula em razão de vício de consentimento, dolo e simulação. Asseverou haver ausência de vontade do autor ao assinar documento sem conhecer seu conteúdo e desconhecimento sobre o fato de ter se tornado sócio da empresa.

A nobre julgadora salientou que os réus não se desincumbiram do ônus de provar a boa-fé na assinatura e a validade do negócio jurídico. Reconheceu, ainda, a responsabilidade da sócia anterior, Lilian Gasparretto Farris, para responder pela empresa conjuntamente com os corréus (fl. 773-781).

Em razões recursais, o apelante Carlos Alberto Firmino pleiteia a condenação dos apelados ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 20% sobre o valor da condenação, uma vez que a MM.ª Juíza a quo deixou de observar os requisitos do § 3º do artigo 20 do antigo Código de Processo Civil ao decidir pela sucumbência recíproca.

Com esses fundamentos, requer a reforma da r. sentença (fl. 792-795).

Preparo e porte de remessa e retorno dos autos ausentes em razão do deferimento dos benefícios da justiça gratuita (fl. 400).

Ausentes contrarrazões (fl. 845).

CDS Construtora Ltda. e Ubaldo Farris, por seu turno, buscam a extinção do feito por inépcia da inicial, a exclusão da primeira recorrente ou a reforma da r. sentença.

Os apelantes pleiteiam, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto contra decisão da i. Magistrada singular. Alegam que o deferimento da inclusão da pessoa jurídica no polo passivo viola o artigo 264 do Código de Processo Civil de 1973, pois houve modificação do pedido e a causa de pedir.

No mérito, alegam que houve decadência da ação anulatória, visto que no momento da propositura da ação já havia decorrido tanto o prazo de 4 (quatro) anos contado a partir da assinatura do contrato previsto no artigo 178, § 9º, V, 'b' do Código Civil de 1916, como o mesmo prazo de 4 (quatro) anos contado a partir da realização do negócio jurídico previsto no artigo 178, II do Código Civil de 2002.

Os recorrentes sustentam, ainda, que o instrumento particular de transferência das quotas é válido, tendo em vista que não há prova nos autos sobre o vício de consentimento alegado. Do mesmo modo, afirmam que o negócio jurídico foi celebrado de boa-fé por haver convicção na prática de ato conforme o Direito.

Com esses fundamentos, requerem a reforma da r. sentença (fl. 803-816).

Preparo e porte de remessa e retorno dos autos em fl. 817-826 e complemento em fl. 861-864.

Lilian Ruete Gasparetto, por sua vez, interpôs recurso de apelação buscando a extinção do feito por inépcia da inicial, a exclusão da recorrente ou a reforma da r. sentença.

A suplicante argui, preliminarmente, a inépcia da inicial em razão da impossibilidade jurídica do pedido de sua reinserção no quadro social, pois contraria ato jurídico perfeito. Ademais, alega que a nobre julgadora a quo decidiu além dos limites objetivos da lide fincados pelo autor ao reconhecer a existência da figura da simulação.

Quanto ao mérito, sustenta a apelante, do mesmo modo, a decadência da ação anulatória, a ausência de provas acerca do vício de consentimento e a boa-fé dos contratantes ao assinarem o negócio jurídico.

Com esses fundamentos, requer a reforma da r. sentença (fl. 832-840).

Preparo e porte de remessa e retorno dos autos em fl. 841-844, complementados em fl. 867-868 e 874-875.

O apelado apresentou contrarrazões em fl. 851-853 pelo não provimento do recurso, sustentando que o conjunto probatório produzido pela parte nos autos demonstrou que nunca foi sócio de fato da empresa ré. Afirma, ainda, que os apelantes não apresentaram prova sobre sua alegada condição de sócio.

Os autos entraram nesta E. Corte aos 26 de agosto de 2015, sendo o recurso distribuído aos 16 de setembro de 2015, conclusos dois dias depois (fl. 856), oportunidade em que se converteu o julgamento em diligência para complementação do preparo (fl. 857) e do porte de remessa e retorno (fl. 870).

É o relatório.

I - TEMPESTIVIDADE

Tempestividade da apelação anotada.

A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 29 de abril de 2015 (fl. 783), sobrevindo embargos de declaração no

Acesso ao Sumário

dia 4 de maio de 2015 (fl. 787), com decisão disponibilizada no DJE em 19 de junho de 2015 (fl. 827).

O recurso de apelação do autor foi interposto no dia 12 de maio de 2015 (fl. 791); o recurso de apelação dos réus CDS e Ubaldo, no dia 18 de maio de 2015 (fl. 801) e o recurso de apelação da corré Lilian, no dia 6 de julho de 2015 (fl. 831), todos dentro do quindênio legal.

Também o agravo retido é tempestivo: a decisão atacada foi disponibilizada em 19 de dezembro de 2013 (fl. 576-577), interrompendo-se o decêndio legal pela oposição de embargos declaratórios em 9 de janeiro de 2014 (fl. 580-581), mesma data em que interposto o agravo (fl. 585).

Considerando que entre os dias 20 de dezembro de 2013 e 6 de janeiro de 2014 o expediente forense esteve suspenso por força do Provimento n. 1.948/2012, do CSM, tem-se que o agravo retido foi interposto dentro do prazo legal, conforme art. 522 do CPC73, vigente na data do protocolo.

I - PREPARO

CDS Construtora Ltda. e Ubaldo Farris recorrem conjuntamente da sentença, tendo recolhido cada qual o valor e R$ 6.418,26 a título de preparo, e R$ 98,10 para pagamento dos portes de remessa e retorno dos autos (fl. 817-826 e 841-844).

Conquanto o valor recolhido isoladamente a título de porte seja inferior ao realmente devido (R$ 163,50), os portes recolhidos pelos recorrentes somam o valor de R$ 196,20.

Registre-se que se há recurso conjunto dos litigantes mostrava-se desnecessária o recolhimento da taxa judiciária por cada um deles. A exigência se dá somente se os suplicantes apresentam peças recursais separadas.

Nesse contexto, os portes recolhidos pelos suplicantes mostram-se superiores ao efetivamente devido.

O mesmo não se pode dizer quanto à recorrente Lilian, que recolheu o porte de remessa e retorno de apenas três volumes e, instada a complementar, cumpriu a determinação em fl. 874-875.

Conhece-se, pois, o recurso de apelação de CDS, Ubaldo e Lilian.

II - AGRAVO RETIDO

O coapelante Ubaldo interpôs agravo de instrumento contra a e. decisão saneadora que afastou a preliminar de inépcia da exordial por impossibilidade jurídica do pedido, bem como a decadência do pedido de anulação (fl. 573-575 e 589-601).

Acesso ao Sumário

Por decisão monocrática do Exmo. Sr. Desembargador José Reynaldo o agravo foi convertido para a forma retida (fl. 617 e 632-634 dos autos digitais n. 2001738-04.2014.8.26.000) e contraminutado em fl. 641.

Pois bem.

Sustentou Ubaldo que o pedido é juridicamente impossível porque o ordenamento jurídico "não traz consigo o retorno ao status quo ante, com a reinserção de sócio já excluído" (fl. 597). Impossível, pois, o reingresso de ex-sócio, salvo por sua expressa vontade.

Outrossim, afirma que o Código Civil prevê prazo prescricional próprio para os casos em que se pretende a anulação de contratos, mormente se suscitado vício de consentimento consistente em erro. Assim, são aplicáveis o art. 178 do CC16 - vigente na data de celebração da alteração contratual - e o art. 178 do CC02, e não o art. 177 do Código Bevilacqua.

O agravo retido foi reiterado nas razões recursais (fl. 804-806) defendendo exclusivamente a aplicabilidade do art. 264 do CPC73.

A matéria, porém, não foi objeto do agravo retido e, por isso, foi atingida pela preclusão consumativa.

Por outro lado, a tese de impossibilidade jurídica do pedido não foi reiterada nas razões recursais do outrora agravante, aplicando-se o § 1º do art. 523 do CPC73.

Não se conhece, pois, o agravo retido neste tocante.

As teses de decadência e prescrição, embora não reiteradas no item IV das razões recursais ("Agravo Retido"), foram expressamente repisadas pelo corréu Ubaldo nas razões de apelação.

Uma vez que o Código revogado exigia a reiteração do agravo retido e de suas razões de reforma, tem-se como reiteradas tais questões, motivo pelo qual o órgão colegiado conhece a matéria.

A Juíza aplicou o art. 177 do CC16 por entender que a pretensão do autor não se funda no defeito do ato jurídico, mas na própria existência. Tratando-se, pois, de ação pessoal, incidiria a regra geral. E, por força do art. 2.028 do CC02, o prazo de dez anos previsto no art. 205 iniciou-se em janeiro de 2003, já que transcorrido mais da metade do prazo até a vigência do Novo Código. Tendo sido a ação proposta em 27 de janeiro de 2012, inocorreu a prescrição.

Nos termos do art. 177, § 9º, V, "d", do Código Civil de 2016, prescreve em quatro anos a pretensão de anular ou rescindir contratos, para os quais não se tenha estabelecido prazo menor, no caso de erro,

Acesso ao Sumário

dolo, simulação ou fraude, contados do dia em que se realizar o ato ou contrato.

A situação prevista no dispositivo legal revogado trata, na verdade, de hipótese de decadência, pois se busca uma sentença constitutiva, e não declaratória. Embora atécnica a redação do dispositivo revogado, a eleição da data do ato ou do contrato como termo inicial do prazo 'prescricional' - e não o da ciência do vício de consentimento ou do vício social - demonstra a clara natureza do prazo, que atinge o próprio direito material.

Não por outro motivo, a redação foi reproduzida no art. 178 do CC02, que dispõe sobre o prazo decadencial previsto para o fato narrado na exordial.

Ocorre que o fato ocorreu no ano de 1998, aplicando-se, por isso, o Código Civil de 1916.

E, como já dito alhures, conforme clara redação do art. 178, § 9º, V, "d", o prazo quadrienal inicia-se na data do ato ou do contrato, e não da ciência do erro, dolo ou simulação.

Há, nesse sentido, orientação pacificada na Corte Superior:

DIREITO CIVIL. ANULAÇÃO DE CONTRATO CELEBRADO COM VÍCIO DE VONTADE. PRAZO ERRONEAMENTE CHAMADO DE PRESCRICIONAL PELO CC DE 1916. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. DATA DA CELEBRAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Violação ao art. 535 afastada.

2. Não se conhece de matéria alegada pela primeira vez em recurso especial, por faltar o indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula 211.

3. No art. 178, § 9º, V, b, o que o Código Civil de 1916 chamou de prescrição - a qual atinge o direito de ação, e não o direito material em si - em realidade, tratava-se de decadência, razão pela qual não se há cogitar da não-existência de uma ação exercitável, uma vez que a decadência atinge o próprio direito material, e não eventual pretensão - direito de ação.

4. Com efeito, muito embora não se tratasse de prazo prescricional, mas sim decadencial, o Código Civil de 1916 foi técnico ao prever como termo inicial do prazo para a propositura da ação anulatória o dia da celebração do contrato ou da prática do ato, e não a data da ciência do erro ou dolo, ou, ainda, a data em que a parte experimentou o prejuízo, o que somente

Acesso ao Sumário

seria relevante se a natureza jurídica do prazo ora examinado fosse de prescrição.

5. Assim, deve-se respeitar mesmo a literalidade do art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, uma vez que observada a melhor técnica no que concerne ao termo a quo do prazo erroneamente chamado "prescricional".

6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 868.524/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 12/03/2010)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.030.268 - MG (2016/0324310-0)

RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA

(...)

DECISÃO

Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/1973, art. 544) contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, por incidência das Súmulas n. 282 do STF e 7 do STJ (e-STJ fls. 898/899).

O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fls. 857/858)

"APELAÇÃO. INTERESSE RECURSAL. SENTENÇA. RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPUGNAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO DE VANTAGEM DO PONTO DE VISTA PRÁTICO. UTILIDADE. ANULAÇÃO. INVALIDADE DO NEGÓCIO ORIGINAL. INEFICÁCIA DOS SUBSEQUENTES. ADQUIRENTES. INTERESSE E LEGITIMIDADE. RETORNO À SITUAÇÃO ANTERIORMENTE EXISTENTE. DESFAZIMENTO DO INTERCÂMBIO DE BENS E DIREITOS. NEGÓCIO JURÍDICO. SIMULAÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL. DECADÊNCIA. CONTRATO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. QUATRO ANOS CONTADOS DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO. PACTO COMISSÓRIO. NULIDADE. ANÁLISE. OBSTADA. COMPRA E VENDA. VONTADE EXTERIORIZADA. EMPRÉSTIMO. JUROS ACIMA DA TAXA LEGAL. GARANTIA REAL. NEGÓCIO SIMULADO.

1- A configuração do interesse recursal pressupõe que o recurso interposto tenha a potencialidade necessária para, do ponto de vista prático, configurar uma situação mais vantajosa do que aquela configurada pela decisão impugnada.

2- Diante da característica da imutabilidade que se agrega ao dispositivo da sentença, evitando a discussão do mesmo objeto em processos posteriores, a extinção do processo com resolução do mérito, implica, do ponto de vista prático, em situação mais favorável do que o reconhecimento da carência de ação.

3- Considerando a potencialidade da pretensão anulatória para repercutir na cadeia de alienações subseqüentes àquela supostamente viciada,

Acesso ao Sumário

principalmente se existente pedido expresso neste sentido, não há falar em ausência de interesse de agir, ou tampouco em ilegitimidade passiva, em relação aos adquirentes posteriores.

4- Por força do disposto no art. 2035, do Código Civil vigente a análise do plano de validade do negócio jurídico celebrado antes da sua entrada em vigor, deverá ser procedida em conformidade com os requisitos postos pelo Código Civil de 1916.

5- No Código Civil revogado a simulação era causa de anulação do negócio jurídico, de forma que o direito à sua desconstituição estava sujeito ao prazo decadencial, (denominado prescricional pelo art. 178, parágrafo 9º, V, b), do Código Civil de 1916), de quatro anos.

6- Reconhecida a decadência do direito à anulação do contrato de compra e venda de imóvel, supostamente contaminado pela simulação, é inviável analisar a pretensão autoral ao desfazimento da transferência do bem pela ocorrência do pacto comissório.

7- Conquanto seja nula a cláusula que autoriza o credor a ficar com o bem dado em garantia, em decorrência do não pagamento da dívida o seu vencimento, art. 1428, co Código Civil vigente e art. 765, do Código Civil revogado), a verificação da existência do pacto comissório pressupõe que o contrato de compra e venda, instrumentalizado pela escritura pública cuja cópia foi apresentada nos autos, seja considerado um contrato de empréstimo com garantia real, justamente o negócio que teria sido dissimulado."

No especial (e-STJ fls. 873/883), fundamentado no art. 105, III, "a", da CF, os recorrentes alegaram ofensa aos arts. 128 e 131 do CPC/1973 sustentando cerceamento de defesa pela impossibilidade de produção de provas.

Apontaram ainda afronta aos arts. 145, V, e 765 do CC/1916 sustentando que a simulação, por ser causa de nulidade absoluta, não sujeitaria o negócio jurídico aos prazos prescricionais ou decadenciais.

No agravo (e-STJ fls. 903/912), afirmam a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial.

Contraminuta apresentada pelos recorridos (e-STJ fls. 914/923)

É o relatório.

Decido.

De início, verifica-se que o conteúdo dos arts. 128 e 131 do CPC/1973 não foi analisado pela Corte local. Incidentes, portanto, as Súmulas n. 282 e 356 do STF, por falta de prequestionamento.

No que diz respeito aos arts. 145, V, e 765 do CC/2002, extraem-se as seguintes razões de decidir do acórdão recorrido (e-STJ fl. 864):

"Também o diploma anterior considerava irregular o negócio jurídico simulado, assim entendido aquele em que existe um desacordo intencional entre a vontade real dos contratantes e aquela que foi exteriorizada, com

Acesso ao Sumário

o objetivo de criar um negócio inexistente ou mesmo mascarar aquele efetivamente objetivado pela vontade interna dos contratantes.

No entanto referida irregularidade não se sujeitava ao regime da nulidade que, pelo Código Civil atual não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o tempo, (art. 169, do Código Civil vigente).

Diante do Código Civil revogado a simulação era causa de anulação o negócio jurídico, estando como tal sujeita ao prazo decadencial, denominado prescricional pelo Caput do art. 178, do Código Civil de 1916."

A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte, pacífica ao afirmar que aos negócios jurídicos simulados praticados sob a égide do CC/1916, aplica-se a lei vigente à época de sua ocorrência. A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. SIMULAÇÃO. PRESCRIÇÃO (CC/1916, ART. 178, § 9º, V, b). OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

5. Por outro lado, merece parcial reforma o acórdão recorrido, pois a alegação de simulação em negócios jurídicos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916 atrai a incidência do princípio tempus regit actum afastando a aplicação das regras do Código Civil de 2002, para, com base no art. 178, § 9º, V, b, do Código Beviláqua, reconhecer-se a ocorrência de prescrição.

6. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp n. 1004729/MS, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016.)

"DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O prazo prescricional de 4 (quatro) anos previsto no art. 178, § 9º, V, "b", do Código Civil de 1916 não se aplica nas hipóteses em que a pretensão do autor, de contestar a validade de determinada cláusula contratual, não se baseia na eventual existência erro, dolo, simulação ou fraude na celebração do contrato impugnado.

2. Recurso especial conhecido e improvido."

(REsp n. 1046067/MG, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 4/2/2010, DJe 15/3/2010.)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

Publique-se e intimem-se.

Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2017.

Acesso ao Sumário

Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA
Relator
(Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, 03/03/2017)

Assim, considerando que o instrumento de alteração contratual foi assinado em 1º de outubro de 1998, a presente ação anulatória deveria ter sido proposta até 1º de outubro de 2002.

Contudo, o protocolo se deu somente nove anos depois, aos 27 de janeiro de 2012 (fl. 2).

Forçoso, pois, reconhecer a decadência do direito suscitado.

Pelo meu voto, portanto, dou provimento ao agravo retido para, reconhecida a decadência, julgar improcedente o pedido inaugural e condenar o suplicado ao pagamento das verbas de sucumbência, fixando-se os honorários advocatícios em R$ 3.000,00, ressalvada a suspensão da exigibilidade das verbas, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC15.

Com esse resultado, restariam prejudicadas as apelações do autor e dos réus.

RICARDO NEGRÃO, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035021-55.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados INSTITUTO CRIAR DE TV E CINEMA e BRAX BRAZILIAN EXPERIENCE - CONSULTORIA E TREINAMENTO LTDA, é apelado/apelante WILLIAN MEIRA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 27124)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 24 de agosto de 2017.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONCURSO DE

Acesso ao Sumário

BOLSA DE ESTUDO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LETIGIMIDADE PASSIVA. 1. Não obstante o objeto da ação seja o prêmio de um concurso de bolsa de estudo, sem remuneração direta, é latente a vulnerabilidade do requerente, incidindo as disposições do Código de Defesa do Consumidor, inclusive considerando o ganho indireto do fornecedor. 2. A legitimidade passiva é extraída da atuação direta da corré no processo de concurso, cumulada com as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar afastada. 3. Dos elementos fáticos retratados nos autos não se infere a culpa do vencedor do concurso, no tocante a entrega de documentação pertinente. Dever de indenizar o prêmio não entregue ao vencedor. 4. Os danos morais decorrem dos fatos constantes dos autos, considerando o empenho do autor em vencer o concurso e o rompimento de suas expectativas sem justo motivo. Recursos de apelação não providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face do teor da r. sentença de fls. 266/270, que julgou procedente o pedido inicial, para condenar os réus ao pagamento de indenização de R$ 28.690,03 (vinte e oito mil seiscentos e noventa reais e três centavos) por danos materiais e de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais. Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O corréu Instituto Criar de TV e Cinema recorre, alegando, em síntese, que não há relação de consumo; que é parte ilegítima; que não foi comprovado ato ilícito e nem dano; que a corré Brax foi quem se comprometeu a doar a bolsa de estudo e garantir a participação do apelado no programa de intercâmbio cultural; que o apelante foi responsável tão somente pela captação de imagens e depoimentos dos alunos participantes, além de outras obrigações acessórias; e, que a corré Brax não adquiriu a passagem do apelado, por receio de que ele não conseguiria obter a tempo os documentos necessários.

O corréu Braz Brazilian Experience Consultoria e Treinamento Ltda. também recorre, alegando, em síntese, que o passaporte do apelado e o visto americano não foram disponibilizados em tempo hábil; e, que não houve dano material ou moral.

Contrarrazões apresentadas às fls. 321/333, requerendo, em suma, o

Acesso ao Sumário

desprovimento do recurso.

Recurso regularmente processado.

Do essencial, **é o relatório**, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

O autor venceu concurso entre alunos da corré Criar, ganhando uma bolsa de estudo doada pela corré Brax.

Nesse contexto, ainda que o curso seja gratuito e a corré Criar seja uma associação sem fins lucrativos, houve efetiva participação de ambas as corrés na organização do concurso de bolsa de estudo, circunstância fática que afasta a alegação de ilegitimidade passiva.

Com efeito, a própria corré Criar declara que "ficou responsável tão somente pela captação de imagens e depoimentos dos alunos participantes de um concurso cultural, além de outras obrigações acessórias (cf. fls. 29/31, de referido Instrumento Particular de Doação), cujos 2 (dois) melhores classificados teriam direito às mencionadas bolsas de estudos oferecidas pela Corré Brax" (fls. 292).

Outrossim, indubitável a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor, ante a latente vulnerabilidade do autor, sem olvidar que, embora o objeto da ação seja o prêmio de um concurso de bolsa de estudo, houve ganho indireto, inclusive decorrentes da utilização da imagem dos alunos e a divulgação do concurso em redes sociais.

Sobre a remuneração do fornecedor (CDC, art. 3º, §2º), o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo 'mediante remuneração', contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor" (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

Desse modo, considerando a atuação direta da corré Criar no processo do concurso, cumulada com as normas consumeristas, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

Acesso ao Sumário

No mérito, é alegado que o autor não apresentou a documentação (visto americano) em tempo hábil para obter o prêmio do concurso. Contudo, com todas as vênias, dias antes da viagem o autor apresentou o visto, inexistindo nos autos prova de que havia um cronograma para apresentação de documentos, conforme bem destacado na r. sentença recorrida.

> "não é possível imputar a culpa por tal acontecimento ao autor que conseguiu o visto poucos dias antes da viagem, pois não há qualquer prova nos autos de que as corrés o informaram de um cronograma e de um prazo máximo para a apresentação dos documentos necessários, ocorrendo a

hipótese de violação prevista no art. 14, CDC." (fls. 268).

A própria corré Brax informa sua ativa atuação na obtenção do visto americano ("A empresa BRAX acabou conseguindo o agendamento do visto e mais uma vez passou todas as informações possíveis e necessárias para que o comparecimento do autor no Consulado americano", fls. 129), não sendo aceitável a alegação de que não houve tempo suficiente para a emissão dos bilhetes aéreos.

Não se olvide que a corré Criar declarou que "a corré Brax deixou de emitir a passagem do Apelado para a viagem de intercâmbio por receito de que seus documentos não pudessem ser obtidos a tempo ou por outras razões que lhe compete esclarecer" (fls. 301).

De destaque que, no ano seguinte ao concurso, em 2014, o autor só não foi inserido no programa em razão da Copa do Mundo de Futebol realizada no Brasil: "Sobre a inclusão do autor no programa do ano de 2014, esclareça-se que mais uma vez a BRAX não pode ser responsabilizada, porque não houve realização do programa naquele ano (por inexistência de demanda) em virtude da Copa do Mundo realizada no Brasil, ou seja, não poderia incluí-lo em programa que não foi viabilizado por motivos totalmente alheios a sua vontade" (fls. 132).

Desse modo, nesse contexto fático, de rigor concluir que restou comprovada a conduta ilícita, no tocante à concessão de prêmio de concurso de bolsa de estudo, sem emitir os respectivos bilhetes aéreos, gerando, assim, o dever de indenizar a parte requerente, vencedora do concurso.

A quantia de R$ 28.690,03 (vinte e oito mil seiscentos e noventa reais e três centavos), a título de danos materiais, está alicerçada no documento de fls. 108/110, inexistindo, nos autos, comprovação de que o prêmio do concurso não corresponda a tal valor.

Os danos morais são extraídos dos elementos fáticos retratados nos autos, considerando o empenho do autor em vencer o concurso e o rompimento de suas expectativas sem justo motivo, com a ausência de emissão dos respectivos bilhetes aéreos, nos termos acima mencionados.

Destaque-se que "**A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título.**" (REsp nº 1.109.978-RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 01/09/2011)

A indenização por danos morais, arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não é exorbitante e nem irrisória. Ao contrário, está alicerçada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como nas circunstâncias fáticas do litígio.

De destaque que a quantificação dos danos morais deve ter como

Acesso ao Sumário

pressuposto a punição do infrator, de modo a inibir a prática de novos atos lesivos e, de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação, satisfatória, pelo dano suportado, sendo a quantia fixada, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de acordo com prudente arbítrio do Julgador, evitando-se o enriquecimento sem causa, sem, entretanto fixar um valor irrisório.

Registre-se que a condenação merece ser imposta levando-se em conta todos os atos e fatos, bem como eventuais condutas do autor do dano visando a sua respectiva reparação ou sua minimização, pois, desta forma, não ensejará a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, sem perder seu caráter punitivo, bem como em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, a finalidade da condenação é compensar o lesado pelo constrangimento indevido suportado e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro. Nesse sentido:

> **"... - O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. Recurso especial provido em parte".[1]**
>
> **"... 2. O valor indenizatório do dano moral foi fixado pelo Tribunal com base na verificação das circunstâncias do caso e atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, há de ser mantido o *quantum* reparatório, eis que fixado em parâmetro razoável, assegurando aos lesados justo ressarcimento, em incorrer em enriquecimento sem causa...".[2]**
>
> **"A fixação do valor da indenização a título de danos morais deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro." (TJMG - Apelação nº 1.0145.05.278059-3/001(1) - Rel. Des. Elpídio Donizetti - Data de publicação do Acórdão)**

Desse modo, com todas as vênias, ante os elementos fáticos retratados nos autos, de rigor manter, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento a ambos os recursos. Em razão do ora decidido, os honorários advocatícios são majorados para 13% (treze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

1 STJ - REsp nº 698772/MG.

2 STJ - REsp nº 797836/MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017188-19.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante DEBORA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Cartão de crédito recebido e efetivado o desbloqueio para utilização - Prévio conhecimento da cobrança de tarifa de anuidade - Responsabilidade em arcar com as cláusulas gerais do contrato - Não cabimento do pedido de devolução em dobro - Manutenção da sentença - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de revisão contratual c.c. repetição de indébito ajuizada por Debora Ribeiro contra Banco Bradesco S/A que, pela r. sentença (págs. 126/131), proferida pela magistrada ANA CLÁUDIA HABICE KOCK, cujo relatório se adota, foi julgada procedente, em parte, para condenar o requerido a pagar o valor de R$ 76,54, com a incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária a partir do efetivo desembolso, devendo as custas e despesas devem ser rateadas entre as partes (art. 86 do Código de Processo Civil), condenando a autora a pagar ao advogado do réu a importância de R$ 800,00, nos termos do artigo 85, §8°, do CPC, ressalvada a gratuidade, e a parte ré a pagar ao advogado da autora na importância de R$ 600,00.

Irresignada, apelou a autora sustentando, em síntese, que passou a pagar anuidade de cartão enviado sem sua autorização e com valor correspondente a "tarifa diferenciada". Assevera que não foi juntado pela ré nenhum documento acerca do contrato de prestação de serviços, apresentando impugnação totalmente genérica. Requer, por fim, a admissão da devolução em dobro do que

Acesso ao Sumário

foi debitado.

Recurso bem processado, acusando resposta (págs. 154/160), subiram os autos.

É o relatório.

Na inicial a autora pretende a devolução de tarifas, encargos de juros, valores cobrados a título de seguro, bem como o de anuidade do cartão de crédito. Desta maneira, a pretensão reparatória ficou a adstrita aos valores especificados na planilha de pág. 04, de modo que a r. sentença condenou o réu à restituição de todos eles, com exceção da anuidade do cartão de crédito no importe de R$ 274,92.

Por conseguinte, a irresignação/interesse recursal da parte restringe-se ao cabimento da cobrança da anuidade do cartão de crédito, nos moldes estabelecidos, bem como na possível devolução dos valores de forma dobrada.

Pois bem, conforme afirmado pela autora, a instituição financeira lhe enviou cartão de crédito, juntamente com a cobrança da anuidade no valor de R$ 274,92 (duzentos e setenta e quatro reais e noventa e dois centavos), valor este parcelado em doze vezes na própria fatura (pág. 34 e 40/48).

A despeito da alegação da autora de que não solicitou o cartão de crédito, é incontroversa a utilização do cartão enviado, utilização esta que pressupõe o desbloqueio, o que legitima a cobrança da tarifa de anuidade.

Sobre o tema, trago precedente deste E. TJSP: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Cartão de crédito - Contrato de adesão - Cartão de crédito recebido pelo apelante que procedeu seu desbloqueio para sua utilização - Prévio conhecimento do apelante da cobrança de tarifa de anuidade, decorrente da utilização do cartão de crédito - Responsabilidade do apelante em arcar com as cláusulas gerais do contrato - Manutenção da sentença de improcedência - Recurso não provido." (TJSP, Apel. 0041919-20.2009.8.26.0562, Rel. Heraldo de Oliveira, 13ª Câmara de Direito Privado, j. em 14.09.2011).

Acesso ao Sumário

E também: "Ação declaratória c.c. condenatória - Autora desbloqueou cartão de crédito que lhe fora encaminhado pelo réu e efetuou compras - Validade da cobrança nas faturas de 'anuidade', 'seguro protegido' e 'multa contratual', enquanto não houver formal cancelamento do cartão pela titular - Constatada inadimplência da autora - Legítima negativação do nome nos órgãos restritivos - Incabível repetição em dobro do indébito e indenização por danos morais - Demanda improcedente - Recurso improvido." (TJSP, Apel. 1006936-20.2014.8.26.0071, Rel. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. em 30.06.2015).

Aliás, evidencia-se que a utilização e desbloqueio do cartão supramencionado ocorreu em agosto de 2015 (págs. 41), conforme extratos

detalhados do cartão de crédito nº ****.****.********. 2475, cartão este utilizado em diversas compras, sem falar que já havia lançamento nas faturas das parcelas no importe de R$ 22,91 (pág. 35), demonstrando inequívoca utilização e aceitação do cartão na modalidade fornecida pela instituição financeira (págs. 40/47).

Por fim, não vinga a pretensão relativamente à repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados pela instituição financeira, porquanto inocorrente, na hipótese, cobrança de má-fé, inaplicável o art. 42, § Único do CDC (Súmula 159, do STF).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1053060-08.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO SOUZA DE BARROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.725)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente) e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 6 de setembro de 2017.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória cumulada com pedido de reparação de danos morais. Sentença de improcedência. Anotação de dados em cadastro restritivo de crédito em razão de inadimplemento de conta telefônica. Autor que afirma não ter contratado o serviço, desconhecendo, assim, a origem do débito. Telas sistêmicas apresentadas pela concessionária de serviço público que não comprovam a contratação. Apontamento injustificado. Inexigibilidade reconhecida. Dano moral. Autor que ostenta restrições anteriores. Ausente prova de que também seriam ilegítimas. Incidência da Súmula 385/STJ.

Acesso ao Sumário

O dano moral não se deve puramente à inscrição, mas sim aos reflexos dela decorrentes, de sorte que, se a parte conta com restrição anterior, obviamente já sofre seus efeitos, particularmente o abalo ao crédito. Sucumbência recíproca. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação respondido e bem processado por meio do qual quer ver o apelante reformada a r. sentença de fls. 71/72 que julgou improcedente a ação declaratória cumulada com pedido de reparação de danos morais por ele ajuizada em face de *Telefônica do Brasil S.A.* Repisando as argumentações constantes da inicial, sustenta, em síntese, que desconhece a origem do débito que deu causa à anotação de seus dados em cadastro de inadimplentes. Aduz que foi vítima de fraude, salientando que a concessionária ré não adotou as providências necessárias no momento da contratação. Argumenta que os documentos unilaterais apresentados pela apelada com sua defesa não se prestam para comprovar o vínculo. Discorre acerca da Súmula 385/STJ, afirmando que ela não se aplica ao caso em comento, uma vez que as demais anotações em seu nome também são ilegítimas e estão em discussão judicial. Pede a procedência integral da demanda.

Recurso recebido no efeito suspensivo (fls. 95). As partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 97).

É o relatório.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pelo douto Juiz *a quo*, a r. sentença comporta parcial reforma.

O autor ingressou com a presente ação pretendendo a exclusão da restrição lançada em seu nome, pela Vivo S.A., no valor de R$ 109,99 (fls. 22) e indenização por danos morais, ao argumento de que a anotação é indevida, pois desconhece a dívida que justificasse a medida adotada.

É fato que, em sua defesa, a ré sustenta a legitimidade da inscrição e colaciona telas de seu sistema para comprovar suas alegações. Contudo, em que pese o esforço da concessionária de serviço público, os documentos de fls. 53/54 não são hábeis a comprovar a existência de débito que legitime a restrição levada a efeito.

Deveria, na verdade, ter trazido aos autos o contrato - ou pelo menos uma proposta de adesão - devidamente assinada pelo autor, o que seria capaz de provar a relação contratual e a existência de vínculo obrigacional entre as partes, mas não o fez. As cópias de telas de computador são imprestáveis para esse fim, porque produzidas unilateralmente.

Acesso ao Sumário

Assim, não tendo a apelada se desincumbido do ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, II, do CPC de regência, qual seja, comprovar a existência válida de vínculo contratual, outra não é a conclusão senão a de que a inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes foi mesmo imotivada e indevida, razão pela qual, neste ponto, a r. sentença deve ser reformada.

No que tange à pretensão indenizatória, melhor sorte não socorre ao apelante.

Não se pode deixar de destacar que, na época da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, havia em seu nome diversas anotações preexistentes, em razão de outras dívidas, conforme documento às fls. 22, o que não permite a indenização pleiteada, nos moldes da Súmula 385 do Colendo STJ.

A Súmula 385/STJ deixa claro que, se existem apontamentos anteriores, em relação às restrições posteriores, como no caso, não se verifica prejuízo indenizável. Cabe anotar que o dano moral não se deve puramente à inscrição, mas sim aos reflexos dela decorrentes, de sorte que, se a parte conta com restrição anterior, obviamente já sofre seus efeitos, particularmente o abalo ao crédito.

Alega o apelante que referidas anotações são indevidas e estão sendo judicialmente discutidas. Contudo, nada trouxe para comprovar suas alegações. Neste aspecto, cumpre anotar que bastaria o requerente trazer aos autos cópia da petição inicial ou até mesmo de certidões de distribuição das referidas ações que poderiam ser facilmente obtidas nos *sites* dos Tribunais de Justiça nos quais se processam.

Nestas circunstâncias, o pleito indenizatório era mesmo improcedente.

Em razão do decidido, considerando ambas as partes sucumbentes, em igualdade de condições, as custas, despesas processuais e honorários advocatícios serão repartidas na mesma proporção, ficando mantida a verba honorária fixada em primeiro grau. A quantia está de acordo com o critério da equidade, eis que não ínfima, tampouco vultosa, mas sim proporcional à dedicação, zelo e o estudo dispensados pelos causídicos na condução do feito e se insere dentro dos parâmetros que a jurisprudência desta Câmara tem adotado para casos análogos.

Anote-se, por fim, que, por tratar-se de sentença publicada na vigência do CPC/1973, não há falar em vedação à compensação de honorários, tampouco em arbitramento de honorários recursais (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ).

Diante do exposto, pelo meu voto, é provido em parte o recurso para, afastado o pleito indenizatório, declarar inexistente o débito objeto da lide, com a consequente exclusão dos dados lançados pela apelada no cadastro de inadimplentes. Sucumbência na forma acima especificada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031594-53.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes OVERNIGHT SEIKO LTDA.-EPP., MARISA GANZAROLLI PEREIRA e RENATO COUTINHO PEREIRA SOARES, é apelado FRANQUEADORA MAKIS PLACE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20261)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente) e HAMID BDINE.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA/RESCISÓRIA DE CONTRATO DE FRANQUIA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA FUNDADA NO ART. 485, VI, NCPC, QUANDO, NA VERDADE, FOI BASEADA NO ART. 485, VII, NCPC. RECONHECIMENTO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INSURGÊNCIA DOS AUTORES. CONCORDÂNCIA DA RÉ/RECONVINTE E APELADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA CONVENÇÃO ARBITRAL. QUESTÃO NÃO SUSCITADA PELA RÉ NA CONTESTAÇÃO. ART. 337, §§5º E 6º, NCPC. CIRCUNSTÂNCIA ALEGADA PELA PRÓPRIA RÉ EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SENTENÇA ANULADA, COM O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA AOS AUTORES APENAS PARA A INTERPOSIÇÃO DO APELO. ART. 98, §5º, NCPC. DOCUMENTOS DOS AUTOS QUE NÃO JUSTIFICAM A CONCESSÃO DA GRATUIDADE PARA OS DEMAIS ATOS DO PROCESSO. APELO DOS AUTORES PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls. 1348/1353), cujo relatório adota-se, julgou extintas a "ação anulatória/rescisória de contrato de franquia" movida por "Overnight Seiko Ltda. Epp.", Renato Coutinho Pereira Soares e Marisa Ganzarolli Pereira, bem como a reconvenção da ré "Franqueadora Makis Place", nos termos do "*art. 485, VI, do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica do pedido*", eis que "*a cláusula 24 do contrato firmado que instituiu a arbitragem para solução das controvérsias entre as partes*" é "*válida, legal e legítima, com obediência ao artigo 4º, §2º da Lei 9.307/96, sem qualquer vício que a maculasse*".

Os embargos declaratórios de ambas as partes foram rejeitados (fls. 1367/1368).

Insurgem-se os autores/apelantes, postulando, preliminarmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que não possuem condições de arcar com as custas e despesas processuais em razão dos prejuízos sofridos com a abertura de franquia desprovida de *know-how* e *expertise*, bem como pelo fato de que o coautor Renato está desempregado desde abril/2017.

Subsidiariamente, pedem a concessão da gratuidade quanto às custas recursais, ou o parcelamento, nos termos do art. 98, §4º, NCPC.

Por conseguinte, afirmam que não foi arguida exceção relativa à convenção de arbitragem pela ré/reconvinte, de maneira que a matéria não poderia ter sido reconhecida de ofício, nos termos do art. 337, §§5º e 6º, NCPC.

Ademais, ressaltam que o contrato de franquia é de adesão, motivo pelo qual não tiveram a opção de transigir quanto à imposição da convenção de arbitragem; que a referida cláusula viola a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a lei de franquias; que o franqueado possui incapacidade técnica para entender o alcance das consequências de adesão à cláusula arbitral; e que o procedimento de arbitragem possui elevado custo, caracterizando óbice de acesso à jurisdição.

Requerem a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito e instrução probatória.

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões às fls. 1429/1436, com a concordância da ré acerca da anulação da sentença.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I) Embora na parte dispositiva da sentença o magistrado tenha feito referência ao art. 485, VI, NCPC ("ausência de legitimidade ou interesse

Acesso ao Sumário

processual"), verifica-se que, na verdade, a extinção do feito sem análise do mérito decorreu do reconhecimento da cláusula 24 do contrato de franquia, que prevê a instituição da arbitragem.

Ou seja, trata-se da hipótese do inciso VII do art. 485, do NCPC ("*acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*").

II) Respeitado o entendimento do MM. Juiz de origem, todavia, impõe-se a anulação da r. sentença terminativa, haja vista que a ré/reconvinte não suscitou, na contestação, a existência da convenção de arbitragem.

Pelo contrário, a ré ainda apresentou reconvenção ao pedido dos autores.

Nessas circunstâncias, o feito não poderia ter sido extinto com base no art. 485, VII, NCPC, pois, conforme dispõe o art. 337, §§5º e 6º, do Novo Código de Processo Civil, reputa-se aceita a jurisdição estatal e renunciado o juízo arbitral caso a existência da convenção de arbitragem não seja suscitada pelo réu em preliminar da contestação:

"**Art. 337.** Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

§5º. Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§6º. A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implicará aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral."

Vale ressaltar, também, que a própria ré/apelada alegou, em seus embargos declaratórios (fls. 1365/1366), a impossibilidade de reconhecimento, de ofício, da cláusula de arbitragem, à luz do art. 337, §5º, NCPC e art. 5º, XXXV, da CF, porém tais embargos foram genericamente rejeitados.

Além disso, nas contrarrazões ao apelo, a ré confirma a renúncia ao juízo arbitral, concordando com a irresignação dos autores.

Portanto, é de rigor a anulação da r. sentença, por violação ao disposto no art. 337, §§5º e 6º, NCPC, determinando-se o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito e instrução probatória, a respeito da qual ambas as partes já tinham manifestado interesse, conforme petições de fls. 1344/1345 e 1346/1347.

III) Destaca-se, por conseguinte, que todas essas circunstâncias ponderadas justificam a concessão da justiça gratuita aos autores/apelantes somente em relação ao preparo recursal, conforme autoriza o art. 98, §5º, NCPC ("***a gratuidade poderá ser concedida a algum ou a todos os atos processuais**, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento*" - g. n.).

Acesso ao Sumário

Ora, diante da genérica rejeição dos embargos declaratórios opostos pelas partes, inclusive nos quais a própria ré ressaltou a impossibilidade de reconhecimento, de ofício, da convenção arbitral, não seria razoável impor aos apelantes o pagamento do preparo para a interposição do apelo.

Vale destacar, inclusive, que o valor da causa é de R$ 430.000,00 (fls. 492/493 e 496), de maneira que o preparo recursal, equivalente a 4%, seria superior a R$ 17.000,00.

E, conforme cópia apresentada às fls. 1396, nas razões de apelação, o coautor/apelante Renato teve contrato de trabalho rescindido poucos dias antes do protocolo do apelo, em abril/2017, circunstância que autoriza a concessão da gratuidade para a interposição do recurso.

IV) Em relação aos demais atos processuais, porém, não se justifica o deferimento da justiça gratuita.

Isso porque, são 3 os autores que ajuizaram a demanda em litisconsórcio ativo: a pessoa jurídica que exerce a atividade empresarial ("Overnight Seiko Ltda. Epp."), o franqueado Renato Coutinho Pereira Soares, administrador de empresas (como ele mesmo se qualificou no contrato de franquia - fls. 538) e a fiadora Marisa Ganzarolli Pereira, os quais participaram de negócio jurídico que demanda considerável capital.

E a documentação apresentada pelos autores não demonstra, por exemplo, a origem de todo o patrimônio utilizado para a assunção da franquia, sendo que o patrimônio indicado nas declarações de imposto de renda juntadas às fls. 155/156, 157/158, 159/160 e 161/167 não é compatível com o negócio firmado pelos ora apelantes.

Inclusive, as três primeiras declarações de imposto de renda elencadas acima foram juntadas de maneira incompleta, de maneira que não corroboram a alegação de hipossuficiência financeira dos autores.

Ademais, anota-se que o pedido de justiça gratuita foi indeferido pela r. decisão de fls. 482/483, a qual não foi objeto de insurgência oportuna por parte dos autores.

V) Diante de todos esses fundamentos, dá-se provimento ao apelo dos autores para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito e instrução probatória, e ficam deferidos os benefícios da justiça gratuita somente para a interposição do recurso (mantido o indeferimento da gratuidade para os demais atos processuais).

Isso posto, **dá-se provimento à apelação dos autores.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001243-80.2016.8.26.0040, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é apelante NILSA APARECIDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD 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 23768)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Cerceamento de defesa não configurado. Prova pericial desnecessária. Preliminar afastada. CDC. Aplicabilidade que não implica acolhimento das teses defendidas pela autora. Juros. Instituições financeiras que não estão sujeitas à limitação de juros remuneratórios. Capitalização. Inocorrência. Parcelas com valores fixos. Ação improcedente. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 219/222, de relatório adotado, julgou improcedente a ação de revisão contratual c.c. repetição de indébito ajuizada por NILSA APARECIDA DA SILVA em face de BANCO ITAUCARD S/A, condenando a autora a arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observado o benefício da assistência judiciária.

Apela a autora às fls. 224/248, onde alega cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, eis que necessária a prova pericial. Sustenta a abusividade da taxa de juros e a ilegalidade de sua capitalização. Aduz ser irregular a aplicação da Tabela Price. Afirma que devem ser aplicadas ao caso as regras do Código de Defesa do Consumidor. Defende a irregularidade da cobrança de comissão de permanência juntamente com outros encargos moratórios. Requer a reforma da sentença.

Acesso ao Sumário

Recurso regularmente processado, com contrarrazões às fls. 252/260.

É o relatório.

Afasto a alegação de cerceamento de defesa.

Trata-se de lide voltada contra cláusulas contratuais, onde não se faz necessária a realização de prova técnica, posto que as questões levantadas se referem apenas a interpretação de disposições legislativas e jurisprudenciais em confronto com o pacto firmado, representando questões de direito quanto a legalidade dos valores cobrados.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Trata-se de demanda onde se discutem as cláusulas de contrato de financiamento de veículo firmado entre as partes em 12/06/2015 (fls. 178/179).

Não há mais dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297, do STJ). No entanto, na hipótese em análise, sua aplicação não implica acolhimento das teses defendidas pela autora.

Quanto à taxa de juros, destaque-se que já se encontra pacificado o entendimento no sentido de que instituições financeiras não sofrem as limitações do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura). Dessa forma, a taxa de juros remuneratórios não se encontra limitada a 12% ao ano.

A matéria, inclusive, encontra-se pacificada no STF, nos termos da Súmula nº 596: "*As disposições do Dec. nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.*".

Destaco que não se vislumbra relevância nos argumentos lançados pela autora, visto que não constatada qualquer irregularidade nas taxas praticadas pela instituição financeira, as quais estão devidamente descritas no contrato firmado entre as partes.

Em relação à capitalização de juros, verifica-se que esta não restou caracterizada.

Com efeito, no caso dos autos, o autor firmou com o réu contrato de financiamento para aquisição de veículo no valor de R$ 15.800,00, a ser pago em 48 parcelas fixas de R$ 583,81, com juros remuneratórios pré-fixados ao patamar de 1,94% ao mês e 25,93% ao ano (fls. 178/179).

Saliente-se que, em se tratando de financiamentos de valores fixos, por prazos determinados, o consumidor sabe, de antemão, no momento da formalização do contrato, qual o valor exato de cada prestação, bem como os encargos assumidos. Assim, por simples cálculo aritmético seria possível se descobrir o *quantum* total dos encargos cobrados pela instituição financeira.

Destarte, não há que se falar *in casu*, em capitalização de juros. Isto porque, em sendo pré-fixados, não haveria a possibilidade de sobra de juros para

Acesso ao Sumário

o mês subsequente, na medida em que tais juros já estão embutidos em cada parcela a ser paga. Assim, torna-se irrelevante a discussão quanto à aplicação da tabela Price.

Anote-se que a constitucionalidade da MP 2.170-36/2001 em reedição da nº 1.963-17/2000, que permite a capitalização mensal dos juros, vem sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 2.316-1, após voto do então Relator, Ministro Sydney Sanches, propondo a suspensão da eficácia do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, mas a decisão final ainda não existe.

Não obstante o fato acima, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0128514-88.2011, suscitado pela 18ª Câmara de Direito Privado nos termos dos artigos 190 e 191 do Regimento Interno, 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, os quais estabelecem a reserva de plenário para declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, em voto condutor do Des. Renato Nalini, decidiu, em 24 de agosto de 2011, pela constitucionalidade do artigo 5º da referida MP:

> **"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDE. Medida Provisória nº 1.963-17/2010, reeditada pela Medida Provisória nº 2.170/2001. Capitalização de juros em contrato de mútuo bancário, celebrado a partir de 31 de março de 2000. Possibilidade. Contrato de mútuo bancário não se aplica o artigo 591 do Código Civil, prevalece a regra especial da Medida Provisória nº 2.170/2001. Precedentes do S.T.J. Argüição Desacolhida. Compatibilidade da Lei com o ordenamento fundante."**

Quanto à comissão de permanência referida pelo apelante, verifica-se que o contrato juntado aos autos não prevê sua cobrança, motivo pelo qual não cabe aqui analisar sua legalidade.

Portanto, de rigor a manutenção da r. sentença que julgou improcedente a ação revisional c.c. repetição de indébito.

Por fim, majoro os honorários devidos ao patrono do apelado para 15% sobre o valor da causa, em função do trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, observado o benefício da assistência judiciária concedido à autora.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela

Acesso ao Sumário

parte.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000919-54.2016.8.26.0634, da Comarca de Tremembé, em que é apelante RODRIGO RAMOS PORTELLA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.215)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Alegação de que o réu realizou cobrança abusiva, em afronta ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor - Descabimento - Hipótese em que as mensagens enviadas ao telefone celular do autor fazem menção a medidas previstas no ordenamento jurídico - Inexistência de constrangimento ou ameaça - Ausência de comprovação de abalo moral ou psíquico - Fatos narrados que não configuram danos morais, mas meros aborrecimentos - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, disponibilizada no DJE em 05/12/2016, cujo relatório se adota, que, em ação de reparação de danos morais proposta por RODRIGO RAMOS PORTELLA contra BANCO ITAUCARD S/A, julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 62/66).

Recorre o autor. Afirma que o réu se utilizou de ameaças para tentar reaver

Acesso ao Sumário

dívida existente entre as parte, tendo realizado cobrança de maneira abusiva e vexatória, em afronta ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta que o réu lhe enviou mensagens que o próprio juízo *a quo* considerou de mau gosto, inclusive no período noturno, devendo ser condenado ao pagamento de indenização por dano moral (fls. 71/76).

Recurso recebido e contrariado (fls. 80/82).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

Consigna-se que a r. sentença assentou corretamente:

"*Não há controvérsia nos autos sobre os seguintes fatos:*

I - há ação arquivada, em fase de cumprimento de sentença, na E. 2ª Vara Judicial desta Comarca, em que figuram como credor o réu destes autos, BANCO ITAUCARD, e como réu, o autor destes autos RODRIGO RAMOS (p. 29). Ao que tudo se encontra neste processado, não houve pagamento da dívida de se ver, aliás, o que fora despachado pelo MM. Juiz daquela E. Vara no dia 10.04.2015 (p. 30), tendo sido liberado o valor de R$ 435,55 da conta de RODRIGO RAMOS, assinalando-se, todavia, que a dívida supera o valor de R$ 26.000,00 (p. 30, r. despacho de 30.05.2014); e

II - o réu, destes autos, não nega o envio das mensagens.

Enfim, enquanto não extinta a obrigação pelo pagamento ou outra qualquer forma extintiva equiparável novação, prescrição, compensação etc.- persiste o devedor com essa mesma qualidade: de devedor.

Assim, cobranças feitas pelo réu ao autor, RODRIGO RAMOS, são legítimas, salvo a ocorrência de algum daqueles eventos extintivos ou, enfim, houvesse por extravasado o exercício regular do direito.

Agora, é preciso saber se as cobranças destoam do que permite o Código de Defesa do Consumidor, em especial em decorrência da previsão do art. 421, que outra coisa não significa do que o abuso do direito do art. 187 do Código Civil.

Às mensagens.

P. 4:

'RODRIGO Itau, seu veículo pode ser apreendido a qualquer momento, ligue (...) e verifique as opções de negociação'

P. 5:

'RODRIGO agendada para hoje, vistoria avaliativa de penhora de bem em sua residência, conforme Código Civil Art. 659. Dúvidas (...)'

Acesso ao Sumário

P. 6:

'RODRIGO por falta de Pagamento seu Contrato Itaú Veículos, foi solicitado Liminar de Busca e Apreensão, Dúvidas (...) Dr. João'

Pois bem, inobstante de mau gosto, mesmo porque, pelo que se encontra nos autos, não passou tudo isso de uma bravata, já que não havia instrumento processual em curso arquivado, somado ao fato de que o autor já dissera ter sido, em todas as vezes, ' tranquilizado' pelo seu patrono judicial, todos os meios de coerção de pagamento estão previstos na legislação brasileira: busca e apreensão do automóvel objeto de alienação fiduciária e penhora de bens na residência do devedor. Ou seja: nada de inaudito.

O que não se admite é que o devedor assumido não possa ser inoportunado pelo credor quando realmente está a dever; essa inoportunação, inobstante incômoda, não se revela como excesso que transcenda aquilo que o homem médio pudesse - e até mesmo como devedor, devesse- suportar.

(...)

Presente este contexto, as cobranças realizadas pelo réu, que ainda persiste como credor do autor, estão no âmbito de sua possibilidade jurídica, precipuamente quando não tenha encontrado, na via judicial, condições de se satisfazer de seu crédito, porquanto não encontrara no patrimônio do autor bens suficientes a tanto" (fls. 63/66).

De fato, o próprio autor admite a existência da dívida cobrada pela instituição financeira.

Assim, é lícito ao credor buscar a satisfação de seu crédito por meio de cobrança na via extrajudicial, desde que respeitado o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de não refletirem a realidade, as mensagens enviadas ao telefone celular do autor fazem menção a medidas previstas no ordenamento jurídico, não havendo que se falar em ameaça.

Ademais, o fato de uma das mensagens ter sido enviada às 20h12 não é suficiente para tornar a cobrança vexatória ou constrangedora.

Assim, os fatos narrados na petição inicial configuram meros aborrecimentos, não havendo indícios de que o autor tenha sofrido danos psicológicos, lesão a algum direito de personalidade ou ofensa à sua honra ou imagem, de modo que os aludidos danos morais não restaram configurados.

Nesse sentido:

"*Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente*

Acesso ao Sumário

no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80).

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença.

Em virtude do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro a condenação do autor, quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, de 10% para 15% sobre o valor atualizado da causa, observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038909-97.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARQUES & GOUVEIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado SIDNEI RIBEIRO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37958)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JÚNIOR (Presidente) e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 21 de setembro de 2017.

ITAMAR GAINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à execução - Nota promissória - Garantia de pagamento de comissão de corretagem.

1 - O Superior Tribunal de Justiça aprovou, para fins de uniformização de jurisprudência (Novo CPC,

art. 1040), a orientação de que é válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado sobre o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

2 - Restando incontroverso que o título foi emitido como garantia de pagamento de comissão de corretagem decorrente de contrato de intermediação imobiliária, devidamente consumado, no qual as partes estipularam livremente que tal verba seria suportada pelo comprador, com especificação do preço do imóvel e da comissão, não há justo motivo para afastar a exigibilidade do título, sendo confessa a inadimplência.

Embargos improcedentes. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 89/93, cujo relatório se adota, que julgou procedentes os embargos à execução, extinguindo a execução. Sucumbente, a embargada arcará com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

Após discorrer sobre os fatos, a embargada alega que o contrato de corretagem foi consumado, sendo devido o pagamento da comissão, nos termos do art. 725 do Código Civil. Argumenta que "*o contrato de corretagem é um contrato de resultado e este foi obtido no presente caso*", acrescentando que "*a proposta foi aceita, foi firmado um contrato de compromisso de compra e venda e parte do pagamento foi feito*". Alega que o embargante sequer comprovou o mencionado distrato. Pleiteia, destarte, a reforma da r. sentença combatida (fls. 119/128).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 166/172).

Por votação unânime, esta Câmara havia dado provimento ao apelo, julgando improcedentes os embargos à execução, condenando o embargante no pagamento das verbas sucumbenciais (fls. 180/185).

Ocorre que o devedor interpôs embargos de declaração, que foram acolhidos, anulando-se o acórdão e suspendendo-se o julgamento da apelação, até o pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do

Acesso ao Sumário

REsp nº 1551956/SP, nos termos do art. 543 do CPC de 1973, ora referendado pelo artigo 1.040 do CPC de 2015 (fls. 196/202).

Os autos foram equivocadamente enviados à instância inferior (fls. 204), sendo devolvidos a este Tribunal para o julgamento da apelação (fls. 217).

É o relatório.

O recurso merece provimento.

A embargada ajuizou ação de execução de título extrajudicial consubstanciada na nota promissória emitida pelo embargante, no valor de R$ 5.770,33, como garantia do pagamento de comissão de corretagem (fls. 30).

Ela sustenta ter intermediado a aquisição de um apartamento no empreendimento "Ibiza Residence" perante a incorporadora "Bild SPE Av Caramuru Empreendimentos Imobiliários Ltda.", tendo o embargante emitido seis cheques no valor de R$ 961,72 cada, para o pagamento da comissão, sendo compensado apenas o primeiro, retornando os demais por falta de fundos.

A embargada descontou a parcela paga sobre o valor total da nota promissória, buscando o recebimento do saldo devedor.

O embargante insurge-se contra a execução, argumentando que se arrependeu da contratação, tendo comunicado o desfazimento do negócio à vendedora.

Ele alega ter sido compelido a assinar o contrato de corretagem, sob o risco de não ser efetivada a compra e venda.

Ademais, ele alega que a negociação ocorreu no próprio "stand de vendas" da incorporadora, não fazendo "jus" a embargada ao recebimento da comissão.

Por fim, o embargante argumenta que eventual pagamento seria devido pela incorporadora, contratante dos serviços de corretagem.

O MM. Juiz "a quo" acolheu os embargos, entendendo que "*não houve qualquer intermediação da embargada*", acrescentando que "*o embargante simplesmente foi a um stand de vendas da construtora Bild interessado na compra de um apartamento e, de lá, foi conduzido até o escritório da embargada, local em que se viu obrigado a emitir os cheques e assinar a nota promissória para pagamento da comissão de corretagem*", sendo tal obrigação de responsabilidade da vendedora.

Respeitado tal entendimento, outra solução deve ser dada à questão.

Embora a determinação para suspensão das causas sem solução definitiva que versassem sobre a "*validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem*", fosse referente à extensão dos efeitos da decisão proferida no REsp 1551956/SP, tal questão não chegou a ser enfrentada no seu julgamento, em razão do Colendo Superior Tribunal de Justiça ter declarado a prescrição, aprovando a respeito, a seguinte

Acesso ao Sumário

tese para os fins do art. 1.040 do CPC de 2015:

"*1.1. Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC).*".

Todavia, aquela Egrégia Corte, na mesma sessão de 24/08/2016, no julgamento do REsp nº 1.599.511/SP, também relatado pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, entendeu pela validade da imputação do pagamento da comissão de corretagem ao promitente-comprador, desde que observado o dever de informação imposto ao fornecedor de produtos e serviços, nos termos dos artigos 31, 46 e 52 do Código de Defesa do Consumidor, aprovando a seguinte tese para os fins do artigo 1.040 do CPC de 2015:

"*1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.*".

No caso, restou incontroverso que a nota promissória foi vinculada ao pagamento de comissão de corretagem imobiliária.

A prova testemunhal revelou que os interessados na aquisição dos imóveis dirigiam-se até o local onde seria realizado o empreendimento, sendo encaminhados até o escritório da embargada, sendo ela a responsável pela intermediação da negociação, procedendo à análise cadastral e à elaboração do contrato (fls. 87/88).

Logo, o embargante obteve dos corretores as informações necessárias do empreendimento (fls. 19), não podendo afirmar que o serviço não foi prestado ou o pagamento não é devido.

Nos termos do artigo 725 do Código Civil, "*a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes*".

E conforme destaca M. HELENA DINIZ:

"*O corretor tem direito à remuneração se aproximou as partes e elas acordaram no negócio, mesmo que, posteriormente, se modifiquem as condições ou o negócio venha a ser rescindido ou desfeito, inclusive por arrependimento de qualquer dos contratantes (RT, 288:799, 262:265 e 280, 590:101, 680:202, 263:508, 203:494, 465:180, 712:220; Ciência Jurídica, 70:122 e 353, 69:107; RSTJ, 51:191, 90:109; EJSTJ, 12:68; RJTJSP, 131:99, 127:41)*." (Código Civil Anotado, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 587).

O contrato de compra e venda foi celebrado (fls. 25/27), e o embargante sequer comprovou o mencionado distrato.

Acesso ao Sumário

Todavia, como visto, o pagamento da comissão seria devido ainda que restasse demonstrado o desfazimento do negócio.

Ressalte-se que tanto a corretora, quanto a incorporadora do empreendimento cumpriram integralmente seu dever de informação acerca da obrigação do promitente comprador de pagar a comissão de corretagem.

A responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem foi prévia e expressamente atribuída ao embargante, como se depreende da cláusula 3ª do contrato de corretagem, assim redigida:

"*Pela intermediação da venda e compra do imóvel retro, os contratados receberão do(s) contratante(s) a remuneração de R$ 5.770,33 (cinco mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a título de comissão de corretagem imobiliária.*" (cf. fls. 23).

Ademais, o embargante assinou a denominada "Carta de Comissão", ratificando sua responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem neste exato valor (R$ 5.770,33).

Insta consignar que na proposta de reserva da unidade condominial, consta como valor total de aquisição, R$ 256.459,00 (duzentos e cinquenta e seis mil quatrocentos e cinquenta e nove reais) - cf. fls. 21.

No "Instrumento Particular de Venda e Compra", o preço do imóvel foi estipulado em R$ 250.688,67 (duzentos e cinquenta mil, seiscentos e oitenta e oito reais e sessenta e sete centavos), cf. fls. 25.

Somando-se o valor do imóvel (R$ 250.688,67) ao valor da comissão de corretagem (R$ 5.770,33), obtém-se a exata quantia de R$ 256.459,00, informada na "proposta de reserva".

Referidos instrumentos, devidamente assinados pelo embargante, demonstram claramente sua concordância ao pagamento da intermediação.

Se não bastasse, o embargante emitiu seis cheques para tal pagamento (constando os cinco devolvidos às fls. 31/32).

Nesse contexto, a emissão da nota promissória como garantia de pagamento da comissão de corretagem ocorreu voluntariamente pelo embargante, sem qualquer vício de consentimento ou conduta abusiva da vendedora ou da corretora.

Assim, dúvida não resta de que o título permanece dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, sendo de rigor a improcedência dos embargos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, julgando-se improcedentes os embargos, prosseguindo-se a execução, condenando-se o embargante no pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor do débito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023810-36.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante RICARDO MANOEL DE OLIVEIRA, são apelados MÁRIO LUIZ ROVERY JOSÉ e HOSPITAL VIVER EIRELI - EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 35.363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Prevenção - Ação cominatória - Distribuição da apelação por prevenção a agravo de instrumento de relatoria de outro Desembargador, ex-integrante da 2ª Câmara Reservada - Constatação de precedente apelação tirada contra ação cominatória ajuizada com lastro no mesmo contrato - Observância ao princípio da transparência e risco de decisões conflitantes recomendam o reconhecimento da prevenção do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Alberto Garbi, que primeiro conheceu da matéria - Apelação não conhecida, determinando-se a redistribuição ao Relator prevento.

Dispositivo: não conhecem o recurso e determinam redistribuição.

VOTO

Recurso de apelação interposto por **Ricardo Manoel de Oliveira** dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Héber Mendes Batista, MM. Juiz de Direito da E. 4ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que julgou improcedente o pedido inaugural deduzido em face de **Mário Luiz Rovery José**.

Acesso ao Sumário

Entendeu o i. Magistrado singular que a incidência da multa diária estipulada no contrato está condicionada à cobrança judicial ou extrajudicial, conforme redação da Cláusula Sexta, parágrafo segundo, do "Instrumento Particular de Acordo e Assunção de Obrigações Recíprocas Para Fins de Recomposição de Posições Societárias Trocadas". Não incide, assim, a multa diária ajustada no contrato. E, não tendo sido demonstrada a mora pelo autor, o réu não está sujeito ao pagamento de multa (fl. 346-357 e 372).

Em razões recursais, o autor aponta para o confessado inadimplemento do réu e aduz que o parágrafo segundo da Cláusula Sexta refere-se a contrato bancário não discutido nesses autos. Ao final, pede a reforma integral da r. sentença (fl. 375-384).

Preparo em fl. 385. Ausentes as contrarrazões.

É o relatório.

Embora distribuído a este Relator por prevenção ao Agravo de Instrumento n. 2151295-65.2014.8.26.0000, de relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Tasso Duarte de Melo, ex-integrante desta C. Câmara Reservada, verifica-se a existência de prevenção do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Alberto Garbi, que julgou apelação contra r. decisão proferida em ação cominatória ajuizada com lastro no mesmo contrato discutido nestes autos (autos n. 1020194-53.2014.8..26.0506).

Registre-se, oportunamente, que a presente apelação foi distribuída em 18 de maio de 2016 a este Relator, três meses depois da distribuição da apelação n. 1020194-53.2014.8.26.0506, distribuída por prevenção à apelação n. 1020188-46.2014.8.26.0506 que, por seu turno, foi distribuída em 16 de dezembro de 2015 por prevenção ao mesmo Agravo de Instrumento de relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Tasso Duarte de Melo (n. 2151295-65.2014.8.26.0000).

Como bem sintetizado pelo Exmo. Sr. Desembargador Guerrieri Rezende, "a prevenção tem por finalidade concentrar a jurisdição no órgão que conheceu o primeiro recurso e possui conhecimento da matéria" (TJSP, CC n. 0093368-15.2013.8.26.0000, Órgão Especial, julgado em 24/07/2013).

Destarte, para evitar decisões conflitantes, e em observância ao princípio da transparência, forçoso o reconhecimento da prevenção do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Alberto Garbi, integrante desta 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, que primeiro conheceu da matéria.

Em razão do exposto, não se conhece o recurso, determinando-se a redistribuição ao Relator prevento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025428-65.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KARLA CRISTINA PIERAZZO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISEGMENTOS NPL 1.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20297)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e LUIZ ARCURI.

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - RESTRIÇÃO INDEVIDA - PENDÊNCIA DE APONTAMENTOS ANTERIORES - SÚMULA 385 STJ - DANO MORAL AFASTADO.

PREQUESTIONAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS - VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA - SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

A autora insurge-se contra sentença a fls. 192, cujo relatório adoto, na parte em que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral decorrente de negativação indevida.

Alega que a ofensa a sua honra esteja configurada, diante da negativação indevida realizada pelo réu.

Em contrarrazões, a parte apelada sustenta a lisura da sentença e prequestiona a matéria por violação aos artigos 186, 188, 286, 293, 927 e 944 ambos do Código Civil.

É o relatório.

Independentemente do reconhecimento de eventual inexigibilidade do débito apontado na inicial, não existe dano moral decorrente do apontamento

Acesso ao Sumário

indevido.

Isso porque só se ofende a honra, na hipótese, de quem tenha o nome limpo.

A sentença aplicou corretamente a Súmula 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando pré-existente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento".

Por fim, o juiz não precisa acompanhar pontualmente toda a argumentação das partes, principalmente quando exista questão lógica fundamental suficiente para apagar outros aspectos da controvérsia.

Não é necessário que a decisão enfrente todos os dispositivos de lei invocados pelas partes.

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

Em razão da interposição de recurso, majoro os honorários de advogado para 20% do valor da causa.

A execução da sucumbência fica condicionada à prova da alteração da situação de pobreza da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002258-84.2016.8.26.0040, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é apelante LEANDRO RIOS DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER BARONE (Presidente), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

WALTER BARONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE CONHECIMENTO COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. COMARCA DE AMÉRICO

BRASILIENSE. Pleito de exibição de contrato. Sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o feito, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual. Irresignação da parte autora. Descabimento. Ação de conhecimento com preceito de obrigação de fazer que possui nítida natureza de ação cautelar de exibição de documento autônoma, a qual não é mais prevista em lei. Desnecessidade de propor ação cautelar de exibição de documento, ante a possibilidade de formulação de pedido incidental de apresentação do contrato pretendido, nos próprios autos da ação principal. Simples carta enviada em nome da parte que comunica a mudança de endereço sem comprovação desse fato, bem como solicita a entrega do documento em endereço diverso de sua residência (*entrega em endereço de terceiro não identificado*), e sem a correspondente procuração, que não equivale ao pedido que deve ser feito previamente à parte contrária na esfera administrativa. Ausência de pagamento da taxa administrativa para emissão da segunda via de contrato. Justa causa para o não atendimento da correspondência, dado o sigilo das operações bancárias. Falta de interesse processual caracterizada, tendo em vista a ausência de prévio pedido administrativo válido e ausência de pagamento de tarifa bancária, como exigido pela jurisprudência do C. STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1349453/MS, sob o rito dos 'Recursos Repetitivos'. Feito corretamente extinto. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinta ação de obrigação de fazer, sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, deixando de condenar a parte autora no pagamento de honorários advocatícios.

A parte autora, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) o interesse de agir pode ser vislumbrado em seu binômio no presente feito; 2) a demanda foi ajuizada para obter as informações necessárias à verificação da regularidade da inscrição do nome do autor junto aos órgãos de proteção ao crédito; 3) o apego excessivo à forma viola o princípio da primazia do mérito; 4) a solicitação administrativa, conforme já esclarecido na inicial, foi realizada por telefone e,

Acesso ao Sumário

após, via correspondência com aviso de recebimento; 5) o pedido foi realizado por escrito pelo próprio autor e não por seu advogado; 6) a tarifa bancária não é devida; 7) a aplicação da multa nas ações cautelares de exibição fora afastada em virtude de solução mais eficaz para a parte autora; 8) artigo 301 do CPC estabelece que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante qualquer medida idônea para asseguração do direito, dentre as quais, a exibição de documento ou coisa. Prequestionou a matéria.

Houve resposta.

É o relatório.

Ressalte-se, primeiramente, que o apelo em tela foi interposto já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, aplicando-se à hipótese dos autos, por conseguinte, a nova disciplina processual por ele fixada.

A r. sentença prolatada na origem indeferiu a petição inicial e julgou extinta a ação, nos termos do artigo 485, VI, do CPC/15, por falta de interesse processual.

A apelação em exame limita-se a sustentar que o interesse de agir estaria caracterizado, posto ter sido previamente efetuado pedido administrativo.

A irresignação não se sustenta.

Muito embora a parte autora tenha atribuído a esta demanda o título de "*produção antecipada de provas*" e, posteriormente, em emenda à inicial, "*ação de conhecimento com pedido de tutela de urgência*", ajuizada já sob a vigência do NCPC (31/10/2016), o fato é que o exame da causa de pedir e do pedido nela formulado não deixam a menor sombra de dúvida de que se trata de verdadeira pretensão cautelar de exibição de documentos.

Ocorre, porém, que o NCPC não contempla mais as ações cautelares autônomas, notadamente aquelas de natureza preparatória de ação principal.

Cabia à parte autora propor ação de natureza declaratória ou outra necessária à sua pretensão com pedido cautelar incidental ou mesmo com pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente, mas não ação de obrigação de fazer que veiculasse verdadeira cautelar autônoma, tal como foi proposta.

Acesso ao Sumário

A ação proposta é inadequada e não mais prevista pelo NCPC, inexistindo, portanto, o interesse de agir para o seu prosseguimento válido, nos termos do artigo 485, VI, do NCPC.

Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara:

1013483-73.2016.8.26.0405 Apelação/Bancários
Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira
Comarca: Osasco
Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 11/11/2016

Data de registro: 11/11/2016

Ementa: Apelação. Ação de obrigação de fazer. **Exibição de documentos em poder da instituição bancária. Indeferimento da petição inicial. Ausência de interesse no aspecto adequação. Ação de obrigação de fazer que ostenta nítida natureza de ação cautelar de exibição de documento. Advento do Código de Processo Civil de 2015 que excluiu a previsão de ação cautelar autônoma. Tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar devem ser pleiteadas no processo principal, em caráter incidental ou antecedente (arts. 396 a 404 e 305 a 310, do CPC). Carência da ação também por falta de interesse de agir no aspecto necessidade.** Notificação administrativa inidônea para o fim de configurar a pretensão resistida e até mesmo para deduzir a ciência da instituição financeira ré. Mensagem eletrônica que não identifica o vínculo do emitente com o autor. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Não há congruência entre o pedido final e o de tutela provisória, o que inviabiliza a concessão da tutela provisória de urgência e afasta a possibilidade de que a tutela cautelar antecedente seja identificada no caso em exame.

Não há, ademais, qualquer violação ao princípio da primazia da resolução de mérito.

Não bastasse referida constatação, verifica-se que a carência da ação se caracteriza igualmente por falta de interesse de agir no aspecto necessidade, o que, igualmente, prejudica a pretensão da parte autora de ver a ação em tela ser julgada procedente.

A correspondência que instruiu a inicial e que foi enviada à parte contrária, solicitando a exibição do contrato (além de planilha de débito - fls.27), não equivale, à evidência, a um verdadeiro pedido formulado na esfera administrativa, já que a carta enviada em nome da parte autora, além de comunicar a suposta mudança de endereço residencial do contratante sem comprovação da veracidade dessa comunicação, solicita, ademais, a remessa do documento para o **endereço de terceiro não identificado (Rua dos Libaneses, nº2173, Araraquara)**, sem que tenha instruído essa correspondência com o respectivo instrumento de mandato, como era de rigor.

Ressalte-se que não se trata nem mesmo do endereço do escritório do Patrono da parte, que consta da procuração. A parte ré deixou, portanto, corretamente, de atender ao quanto solicitado nessa carta, observando o sigilo de que se revestem os negócios bancários.

Na medida em que as informações atinentes a uma relação contratual só dizem respeito, em regra, às próprias partes contratantes, o que impõe o respeito à privacidade, não podia a parte ré fornecer cópia do contrato a terceiros, mediante simples pedido desacompanhado de procuração.

Acesso ao Sumário

Cabe lembrar que a constatação do interesse processual para o ajuizamento de demanda objetivando a exibição de contrato continua adstrita ao que já foi decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº1349453/MS, que seguiu o rito dos Recursos Repetitivos, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, assim ementado:

> "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE.
>
> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. (*grifo nosso*)
>
> 2. No caso concreto, recurso especial provido" (REsp. 1349453/MS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10/12/2014, DJe 02/02/2015).

A simples correspondência enviada em nome da parte autora com pedido para entrega do documento em endereço de terceiros, sem o correspondente instrumento de procuração, não equivale, isto é, não pode ser aceita como prévio pedido formulado na esfera administrativa.

Tampouco foi recolhida a respectiva tarifa para que o pedido pudesse ser atendido administrativamente.

Inequívoco, pois, não terem sido atendidos os requisitos fixados para a caracterização do interesse processual pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1349453/MS, que seguiu o rito dos Recursos Repetitivos, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, ou seja: a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes; a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável; e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

Acesso ao Sumário

Na medida em que a correspondência que a parte autora enviou à parte contrária não se constituía em um pedido válido, a recusa em atendê-la foi regular.

O feito foi, portanto, corretamente extinto por carência de ação, não

merecendo, pois, reparo a r. sentença.

A despeito da citação da parte ré para apresentação de contraminuta, mantém-se a sentença quanto à ausência de condenação em honorários advocatícios e custas processuais, a fim de evitar-se a 'reformatio in pejus'.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002322-16.2010.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que são apelantes ARMANDO FREDIANI, LEANDRO DE FREITAS, AMANDA SILVA FREDIANI, KAIQUE FREDIANI FREITAS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), ALEXANDRE FREDIANI SILVA DOS SANTOS, JOSY FREDIANI OLIANI DOS SANTOS e CAROLINA FREDIANI OLIANI DOS SANTOS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados G F ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS LTDA., THYSSENKRUPP ELEVADORES S/A, CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SUMMER TIME e SIMONE CRISTINA MOLNAR.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), SÁ DUARTE e LUIZ EURICO.

São Paulo, 7 de agosto de 2017.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais - responsabilidade civil de condomínio - autores que ficaram presos dentro do elevador na passagem de ano - situação que não recomendava a retirada das pessoas pelo zelador - elevador que estava em desnível entre dois andares - não atendimento imediato pela empresa dada a sobrecarga de chamadas e porque as pessoas já haviam saído do elevador - elevadores que

Acesso ao Sumário

apresentavam regular revisão nos meses anteriores - ausência de responsabilidade dos réus - sentença mantida - apelação não provida, com observação (art. 85, §11, CPC).

VOTO

Vistos.

Ação de indenização por danos morais fundada em responsabilidade civil de condomínio julgada improcedente pela MM. Juíza Andréa Aparecida Nogueira Amaral Roman, condenados os autores no pagamento das custas, despesas processuais e honorários de R$ 1.000,00 para cada advogado dos réus.

Os autores apelam. Sustentam que não se pode considerar o excesso de peso como causa da paralisação do elevador, pois, embora estivessem em sete pessoas, duas eram crianças.

Pelo testemunho do zelador, era possível a retirada das pessoas por outros meios sem a necessidade de acionamento dos Bombeiros ou da empresa que presta manutenção dos elevadores.

Os funcionários do condomínio não fizeram o necessário para acionar os responsáveis para solução do problema.

Se tivessem que esperar a empresa ou o corpo de bombeiros, não teriam condições de sobreviver àquela situação, pois o elevador é desprovido de ventilação.

Alega que foram momentos traumatizantes e desagradáveis e que está demonstrada a culpa do condomínio e da empresa prestadora de serviço.

Recurso preparado e respondido.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Na virada do ano de 2009 a 2010, os autores estavam no condomínio réu e desciam para ver os fogos na praia, quando o elevador parou, deixando-os presos. Após 50 minutos, por esforço próprio, saíram do elevador. Responsabilizam o condomínio e a empresa responsável pelo elevador pelo ocorrido e pedem danos morais.

O contrato de prestação de serviço estipulado entre o condomínio e a empresa de elevadores prevê que apenas a empresa de elevadores e o corpo de bombeiros é que pode fazer a retirada de pessoas, cláusula V, 3, fls. 162/163.

A testemunha Manuel, zelador do condomínio, confirma que possuía chave e que já retirou pessoas presas do elevador, no entanto a situação não recomendava, pois o elevador havia parado entre dois andares.

Alceu, técnico da empresa ré que prestava serviço de manutenção de

Acesso ao Sumário

elevadores, afirma que as linhas estavam congestionadas por causa da virada do ano e a situação de emergência foi descaracterizada, pois o condomínio informou que os moradores conseguiram sair do elevador. Foi ao condomínio apenas no dia seguinte, ocasião que confirmou que o elevador estava parado entre os andares, fls., 434.

Tudo indica que a paralisação ocorreu em razão da sobrecarga de peso no elevador, pois havia quantidade de pessoas maior que a permitida (6 pessoas ou 420kg, fls.434). Mas, este dado não é importante, porque não se apurou sequer indícios de ausência de conservação, dada a prova de que existiu manutenção preventiva nos meses de novembro a dezembro de 2009, fls. 121/128.

Desse modo, não caracterizada a responsabilidade dos réus pelo ocorrido, a improcedência da ação deve ser mantida.

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, majoram- se os honorários para R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor do advogado dos réus, pois mantida a sentença e apresentada contrarrazões.

Do exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos, com observação quanto aos honorários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1032123-49.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARLON DOUGLAS DOS REIS CARDOSO, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39953)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), GILBERTO LEME e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

MELO BUENO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Necessidade de prévio requerimento administrativo - Notificação genérica que não se presta a tal finalidade - Ação

Acesso ao Sumário

extinta (CPC/73, art. 267, VI) - Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 25/27 que indeferiu a inicial e julgou extinta ação cautelar de exibição de documentos, fundada em prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, nos termos do art. 267, inciso VI, c/c 295, III e parágrafo único, do CPC/73. O apelante sustenta, em resumo, a legitimidade da pretensão de exibição do contrato, possuindo interesse de agir; desnecessidade do esgotamento da via administrativa para se recorrer ao judiciário; prequestiona a matéria suscitada (fls. 99/108).

O recurso foi regularmente processado, com resposta a fls. 115/129.

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando à exibição do contrato e documentos que comprovem a exigibilidade e plausibilidade do débito lançado em nome do apelante e remetido a órgãos de proteção ao crédito.

Com efeito, embora o apelante alegue que requereu administrativamente cópia do referido documento e que não foi atendido, inexiste nos autos comprovação idônea de tal ato, pois o instrumento de fls. 16, inúmeras vezes em outras ações propostas pelos mesmos advogados, foi considerado genérico, sendo duvidosa a legitimidade do pedido, perecendo, portanto, o interesse processual. Pois, ausente o imprescindível pedido administrativo válido, conforme decidido em recurso representativo de controvérsia[1], bem como de repercussão geral[2].

Ressalte-se que, não se trata, na espécie, de esgotar a esfera administrativa, muito menos de obstar o acesso ao Poder Judiciário, mas tão somente de se coibir abusos frequentes com o ajuizamento de ações desnecessárias e dúbias, em inúmeras Comarcas, em detrimento de tantas outras que esperam pelo efetivo provimento jurisdicional. A propósito do tema, confira-se entendimento desta c. Câmara:

> **CIVIL. PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. EXTINÇÃO DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. CABIMENTO. RELAÇÃO ENTRE CONCESSIONÁRIA E CONSUMIDOR QUE NÃO SE BASEIA EM CONTRATO. FATO NOTORIAMENTE CONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Como é notoriamente sabido, a cobrança do consumo de energia elétrica, bem como o de água, não deriva de qualquer contrato entabulado com o consumidor, bastando que se requeira a ligação da unidade à rede fornecedora para que se passe a receber as faturas, que, evidentemente, devem ser adimplidas. 2. Ausente o interesse de agir na ação que busca a exibição de suposto**

1 STJ, REsp. 1349453/MS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, S2, j. 10/12/2015.

2 STF, RExtr. 631.240, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j.03/09/2014.

Acesso ao Sumário

contrato firmado entre a concessionária e o consumidor, porque tal documento não existe. 3. Recurso improvido[3].

Ação cautelar de exibição de documentos. Pedido de exibição de fatura que ensejou a inscrição de débito, no nome da autora, nos cadastros de inadimplentes. Sentença de parcial procedência que deixou de condenar a ré nas verbas sucumbenciais. Recurso da autora. Documentos que podem ser obtidos diretamente pelo consumidor em site da empresa. Elementos que evidenciam que, após o conhecimento do apontamento, a autora efetuou o pagamento do débito antes do ajuizamento desta ação exibitória. Notificação extrajudicial, ademais que, neste caso, é genérica por não especificar os dados do contrato ou fatura cuja exibição se persegue. Ausência de interesse de agir da autora. Carência da ação. Recurso prejudicado, com extinção de ofício, por falta de interesse de agir[4].

Deste modo, a manutenção da extinção do feito, sem resolução de mérito, é medida que se impõe.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011957-84.2014.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIAMCE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., são apelados SHIH CHIAO TE e SHIH LUNG YUEH HUO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara Extraordinária 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 35.679)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL - AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA - DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA DO IMÓVEL NO CURSO

3 3 Ap. nº 1000495-20.2016.8.26.0114 - Rel. Des. ARTUR MARQUES, j. 30/1/2017.

4 Ap. n° 1007721-98.2015.8.26.0506 Rel. Des. MORAIS PUCCI, j. 20/2/2017.

Acesso ao Sumário

DA DEMANDA - SENTENÇA QUE JULGA PREJUDICADO O DESPEJO, ACOLHENDO INTEGRALMENTE O DÉBITO OBJETO DE COBRANÇA - SUCUMBÊNCIA SUBSTANCIAL DOS ACIONADOS - RECONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Forçoso o reconhecimento da sucumbência integral dos acionados, na medida em que decaíram não apenas quanto ao pedido de despejo, já que procederam à entrega das chaves somente após a citação, como também quanto à obrigação pecuniária, relativa ao valor correspondente aos locativos e encargos.

VOTO

SHIH CHIAO TE e outro propuseram ação de despejo c.c. cobrança de alugueres e encargos frente a **FABIANCE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., ARNALDO ALEXANDRE TAMBURY e JANICE CECILIO TAMBURURY.**

A r. sentença de fls.145/146, cujo relatório se adota, e em nada modificada por força dos embargos declaratórios rejeitados às fls.159/160, julgou prejudicado o pedido de despejo, diante da desocupação voluntária do imóvel pela ré e procedente o pedido de cobrança, para condenar a ré a pagar o valor de R$66.998,37 referentes aos locativos e encargos do período de abril a julho de 2014, acrescidos de juros de 1% ao mês e correção monetária pela Tabela Prática do TJ, tudo desde o ajuizamento da ação, pois entre os vencimentos e dito termo tais consectários foram computados. Ainda, condenou a ré ao pagamento dos locativos e encargos que se venceram até a efetiva desocupação (CPC, art. 290), com os mesmos consectários de mora acima referidos, tendo como termo inicial os respectivos vencimentos, além da multa moratória contratual. Arcará a ré com o pagamento das custas e despesas do processo, fixada a honorária advocatícia em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, recorre a ré às fls. 162/169, reiterando a tese trazida em embargos declaratórios, a fim de que seja reconhecida a sucumbência recíproca.

Os apelados apresentaram contrarrazões, batendo-se pelo improvimento do apelo (fls. 175/180), com a condenação da apelante nas penalidades por litigância de má-fé.

Em razão da Resolução nº 737/2016 do TJSP, foram os autos redistribuídos, vindo à conclusão deste relator.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Cuidam os autos de ação de despejo por falta de pagamento, cumulada com cobrança de aluguéis e demais encargos locatícios, oriunda da relação jurídica relativa ao contrato de locação acostado a fls. 06/18, no qual figurava a ré FABIANCE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. como locatária e os correqueridos ARNALDO ALEXANDRE TAMBURY e JANICE CECILIO TAMBURURY, fiadores.

A única questão devolvida à apreciação desta instância recursal resume-se à distribuição do ônus sucumbencial.

Ora, observa-se dos autos que a entrega das chaves ocorreu somente após a citação, e o pedido de cobrança foi acolhido em sua integralidade.

Desse modo, forçoso o reconhecimento da sucumbência integral dos acionados, na medida em que decaíram não apenas quanto ao pedido de despejo, como também quanto à obrigação pecuniária, relativa ao valor correspondente aos locativos e encargos.

Não prospera, contudo, o pleito da parte autora para condenação da parte apelante por litigância de má-fé. Esta deve ser aplicada quando latente a conduta desleal ou procrastinatória, o que não se configurou no caso sob exame. Apenas houve apresentação de recurso pelo inconformismo da decisão dada em primeiro grau, o que constitui exercício regular de direito. Logo, não há que se falar em litigância de má-fé por parte dos apelantes, por não se vislumbrar nenhuma das hipóteses previstas no art. 80 do novo CPC/2015 (artigo 17 do antigo Código de Processo Civil).

Por derradeiro, deixo de aplicar a nova sistemática do atual CPC para fins de arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais para a fase recursal, considerando-se que a data da interposição do apelo foi anterior à vigência do novo CPC e, conforme o Enunciado administrativo 7 do STJ, "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*".

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 1017222-15.2016.8.26.0224, da Comarca Guarulhos, em que é apelante ARGO SEGUROS BRASIL S.A., é apelado TRANSPORTADORA BINOTTO S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

Acesso ao Sumário

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.194)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Ação regressiva de ressarcimento de danos. Indenização decorrente de ressarcimento de contrato de seguro de transportes rodoviários. Na hipótese dos autos, necessária a aferição de eventual responsabilidade do transportador pela ocorrência do evento danoso (roubo a mão armada). Prova produzida que indica ausência de responsabilidade da transportadora, uma vez que o fato pode aqui ser considerado fortuito externo. Não verificada culpa do preposto da Ré pelo sinistro. Sentença de improcedência reformada em pequena parte. Afastada apenas a condenação da Apelante quanto ao pagamento de honorários de sucumbência, em razão da revelia da Ré decretada nos autos. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos, julgada improcedente pela r. sentença de págs. 164/165, cujo relatório adoto, complementada pela r. decisão de pág. 171, com condenação da Autora ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Apela a Autora (págs. 174/183) para alegar, em síntese, que a responsabilidade pela inexecução do contrato de transporte é da Apelada, uma vez que a carga de *papel novo Copimax* foi subtraída quando estava sob seus cuidados. Tece comentários acerca da responsabilidade objetiva do transportador. Enuncia que o contrato de transporte se caracteriza justamente por ser uma obrigação de resultado, portanto a Apelada deveria ter providenciado todas as garantias possíveis a fim de executar com perfeição o contrato entabulado. Colaciona alguns julgados acerca de seu entendimento. Assevera que a Apelada deixou de proceder com as cautelas minimamente necessárias ao fiel cumprimento do contrato de transporte, mas em razão de sua negligência a carga foi subtraída, o

Acesso ao Sumário

que lhe causou prejuízos. Afirma que o direito à indenização perseguida encontra amparo nos artigos 186 e 927 do Código Civil, uma vez que o vasto acervo probatório demonstrou que o preposto da Apelada, em razão da negligência, se colocou em situação de risco, o que ocasionou a subtração da carga. Enuncia que a natureza da atividade desenvolvida pela Apelada implica em um risco que deve suportar (risco da atividade). Assevera que a responsabilidade do Estado pela segurança pública não exclui a do transportador. Repisa que deveria a Apelada ter adotado todas as cautelas que estivessem ao seu alcance para minimizar a possibilidade de infortúnios como o noticiado nesta ação. Alega que as excludentes de responsabilidade das transportadoras somente podem ser reconhecidas quando realmente ocorra a imprevisibilidade e irresistibilidade do evento. Sustenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos. Pugna pela reforma do julgado. Requer seja afastada a condenação em honorários, uma vez que a Apelada não se encontra assistida por advogado, ante sua revelia.

Recurso recebido e processado à pág. 199. Preparo anotado às págs. 184/185. Sem contrarrazões, por ser a Ré revel.

É o relatório.

A r. sentença de págs. 164/165, complementada pela r. decisão de pág. 171, comporta pequeno reparo, ressalvado o convencimento de seu n. prolator.

Trata-se de ação de regresso na qual a Autora sustenta que a empresa Suzano Papel e Celulose S/A, sua segurada, contratou a Ré para realização de transporte das mercadorias que indica, mas a transportadora não cumpriu com sua obrigação, pois a carga foi roubada. Diz ser a Ré responsável pelo evento danoso e, por isso, postula indenização pelos danos que teria sofrido, pois teve de indenizar sua segurada.

No caso em debate, necessário se perquirir a ocorrência de eventual responsabilidade da Ré para o fim de ressarcir a Autora, até porque argumentado como inexistente a ocorrência de qualquer excludente dessa responsabilidade, pois o roubo da carga não poderia ser tido por fato imprevisível ou inevitável, a configurar caso fortuito.

No entanto, sem razão a Apelante. Enuncia o artigo 12 da Lei nº 11.442/2007 as hipóteses que liberam a transportadora da responsabilidade sobre o bem transportado, verificando-se, em seu inciso V, o caso fortuito e a força maior.

Sustenta a Apelante que não se pode falar na ocorrência de caso fortuito, pois o roubo de carga seria evitável, caso o preposto da Apelada não fosse negligente e tivesse o mínimo de cautela, para o fiel cumprimento do contrato de transporte. Necessário que se diga, contudo, que o roubo a mão armada de cargas transportadas em rodovias, em que pese ser corriqueiro, constitui

Acesso ao Sumário

fortuito externo, uma vez que é estranho à organização da atividade empresarial desenvolvida pela Ré, com a qual não guarda nexo direto. Portanto, é de se considerar como causa eficiente a eximir a transportadora da obrigação de reparar os danos sofridos em decorrência do evento danoso. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

"*A jurisprudência desta Corte é assente quanto ao entendimento de que o roubo de carga durante o transporte constitui evento de força maior, excluindo, por conseqüência, a responsabilidade da transportadora. Precedentes. Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo*" (STJ, AgRg no REsp. 703.866/SC, relator o Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, 4ª T., j . 13-9-2005, DJ 13-02-2006 p. 822);

"*PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - ASSALTO A MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO - FORÇA MAIOR. CASO FORTUITO - EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA - CONFIGURAÇÃO.*

1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora.

2 - Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes: REsp. 435.865/RJ; REsp. 402.227/RJ; REsp.331.801/RJ; REsp. 468.900/RJ; REsp. 268.110/RJ.

3. - Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp. 714.728/MT, relator o Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª T., j . 12-12-2005, DJ 01-02- 2006 p. 566);

"*Processual Civil e Civil. Agravo nos embargos no recurso especial. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Transporte de mercadoria. Roubo. Responsabilidade da transportadora.- O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria. Agravo não provido*" (AgRg nos EDcl no REsp. 772.620/MG, relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j . 06-12-2005, DJ 19-12-2005 p. 409).

Dos autos ainda não se verifica tenha a Ré contribuído ou facilitado a ocorrência do roubo. Como bem enunciou o i. Magistrado sentenciante, à pág. 164: "*... embora a ré seja revel, o pedido da autora não pode ser acatado vez*

Acesso ao Sumário

que o prejuízo material sofrido em razão da prática delituosa do crime de roubo não pode ser imposto à ré (fls. 124/126). Trata-se de típico caso fortuito e força maior excludente de responsabilidade da ré".

O parágrafo único do artigo 12 da Lei já referida prescreve: "*Não obstante as excludentes de responsabilidades previstas neste artigo, o transportador e seus subcontratados serão responsáveis pela agravação das perdas ou danos a que derem causa*".

Na hipótese dos autos, não se vislumbra qualquer elemento capaz de indicar que a Ré tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso. Ao contrário, o motorista da Ré afirmou ter parado no posto de combustíveis para tomar café, onde inclusive estavam vários outros caminhões. Ao retornar para o veículo, foi abordado por três homens que, mediante o emprego de arma de fogo, anunciaram o roubo (págs. 138/141). Nesses termos, como já enunciado pelo i. Magistrado "a quo", ausente a culpa da transportadora pelo ocorrido, ou mesmo pela alegada negligência e falta de cautela.

Vale lembrar que no risco do seguro também devem ser avaliadas as circunstâncias em que contratado o transporte e as medidas de segurança envolvidas. Não pode a Autora, agora, pretender repassar os ônus de sua atividade à Ré.

A esse respeito, aliás, interessante colacionar julgado do ilustre Desembargador RENAN LOTUFO, a respeito do direito de regresso das seguradoras, em acórdão proferido nos autos a Apelação Cível nº 180.561.1/8, da Comarca de São Paulo, em que colaciona acórdão publicado na RJTJESP nº113/403, do qual pode ser destacado:

> *"7. O fato é que, qualquer que seja o nome que se dê ao instituto adotado ou criado pela Súmula nº188, é inegável que o direito subjetivo de que se investe o segurador não é o mesmo, não tem a mesma amplidão, do que o da vítima; esta podia cobrar tanto do causador do dano que agira com culpa (até levíssima), como daquele que respondia objetivamente, isto é, sem culpa; ao passo que o segurador tem direito de regresso somente - como já foi dito atrás - contra o causador do dano que tenha agido com culpa, e culpa efetiva, real, palpável, ordinária, ou seja, aquela oriunda de um ato que mereça efetivamente a condenação da sociedade. O exame da gênese ... com Súmula nº188, com o levantamento de inúmeros casos, mostra que a culpa do causador do dano sempre foi requisito do direito de regresso.*
>
> ...
>
> *8. O que se nota é que não há nenhuma razão de ordem jurídica ou social para ampliar o que as seguradoras conseguiram com a jurisprudência que se cristalizou na Súmula n.188. O Doutor Reginaldo*

Acesso ao Sumário

Nunes, em trabalho in 'RT', vol. 390/411, mostra que há um aspecto positivo e outro negativo, no sistema de súmula. O positivo está em que o autor do dano (aquele que abalou a ordem jurídica) não deve ficar impune, ainda que a vítima já tenha sido indenizada através do seguro. O aspecto negativo está no desvirtuamento do contrato de seguro, que perde sua natureza aleatória, beneficiando exageradamente o segurador, que já recebeu o prêmio e vai buscar a indenização por um dano que não sofreu. Pois, na realidade, o segurador, ao pagar uma indenização, está apenas tendo uma despesa natural ao seu comércio; ele não está sofrendo nenhum dano por ato ilícito.

9. Assim é que, para que o segurador possa agir regressivamente contra o causador do dano, é mister que prove a culpa deste, e culpa real, palpável, que mereça juízo de condenação ..." (nosso o sublinhado).

Apenas em um aspecto, assiste razão à Apelante. Como bem observou, a Ré não apresentou contestação, tanto que teve decretada sua revelia na r. sentença, o que implica seja afastada a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência pela Apelante, uma vez que não existe trabalho desenvolvido pelo patrono da parte adversa, sequer constituído.

Nesses termos, o recurso é provido em parte, apenas para que seja afastada a condenação da Apelante quanto ao pagamento de honorários de sucumbência determinado na sentença, ora atacada.

Os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012497-49.2016.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLEONICE BENEDITA TIMOSSI RAPOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.327)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de agosto de 2017.
MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Prestação de serviços - Energia elétrica - Ação declaratória de inexigibilidade de débitos, com pleitos cumulados de restituição em dobro de quantias pagas e de indenização por danos morais - Demanda de consumidora residencial em face de concessionária de serviço público - Sentença de parcial procedência, somente no que pertine ao pedido declaratório - Recurso da autora - Parcial reforma do julgado - Cabimento - Requerente que sempre registrou em seu imóvel consumo médio padronizado, mas que nos meses de maio e junho de 2016 foi alvo de cobrança em montante de cerca de 300% a maior em suas contas - Ré que nenhuma justificativa técnica trouxe ao processo, apesar de concitada a tanto pelo Juízo da causa - Correta declaração de inexigibilidade dessas pendências - Existência de comprovação, no entanto, no sentido de que uma delas fora efetivamente descontada em débito automático bancário - Dever da ré em restituir em dobro tal quantia - Aplicabilidade do art. 42, § único, do CDC - Dano moral também evidenciado - Problemática somente solucionada depois de a consumidora ter se socorrido do Poder Judiciário - Indenização devida. Apelo da autora parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra respeitável sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória, com pleitos cumulados de restituição em dobro de quantias pagas e de indenização por danos morais, fundada em contrato de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, para declarar inexigíveis as faturas de cobrança tarifárias vencidas nos meses de maio e junho de 2016, com distribuição da sucumbência de maneira recíproca e igualitária entre as partes.

Aduz a autora que o julgado merece parcial reforma a fim de que haja condenação da ré na devolução em dobro das duas quantias indevidamente cobradas e declaradas inexigíveis pelo Juízo da causa, haja vista a ocorrência de erro inescusável por parte da concessionária, assim como a lhe pagar indenização

Acesso ao Sumário

por prejuízos morais no montante de R$ 20.000,00, com reflexo na distribuição da sucumbência.

Após contrarrazões, vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O apelo comporta parcial acolhimento, com a máxima vênia.

Resta evidenciado nos autos, até porque a empresa ré deixou de interpor irresignação recursal, que as faturas de energia elétrica da autora sempre registraram consumo residencial médio, entre novembro de 2015 até agosto de 2016, em torno de R$ 100,00 a R$ 300,00. Porém, nos meses de maio e junho desse mesmo ano foi alvo de cobranças exacerbadas e sem melhores justificativas, nos montantes de R$ 2.804,87 e R$ 2.441,76, respectivamente, conforme documentação que instruiu a inicial.

Sobreleva consignar que, em sede de contestação, não houve justificativa técnica, por parte da concessionária, suficientemente apta a justificar tamanha defasagem nos registros de consumo desses meses, com a observação de que, uma vez concitada pelo digno Juízo da causa a especificar provas, informou que nada mais havia a produzir - fls. 126.

O ônus probante, à evidência, se encontrava invertido (art. 6º, VIII, do CDC).

Dessarte, correta foi a declaração de inexigibilidade de ambas as faturas em comento, mas, de outro lado, observa-se que aquela com vencimento em maio de 2017, no valor de R$ 2.804,87, acabou sendo efetivamente paga, na medida em que colocada em débito automático bancário e passível do competente desconto, a teor do extrato bancário que se vê às fls. 41.

Sua restituição em dobro, portanto, ora ser determinada, mediante aplicação do comando insculpido no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, com incidência de correção monetária desde a data do pagamento (08.06.2016) e juros moratórios legais contados da citação.

O mesmo não se pode dizer com relação à vencida em junho de 2016, haja vista a falta de demonstração de pagamento.

Acesso ao Sumário

De outro lado, tenho que os prejuízos de ordem moral existiram, não só em virtude do sério constrangimento traduzido pela necessidade de a consumidora percorrer a via administrativa a fim de tentar resolver a problemática, sem êxito, mas também de se socorrer do Poder Judiciário para restabelecer o "status quo ante" e ver reconhecido seu direito.

Levando-se em consideração, portanto, o grau do prejuízo ocasionado, as condições socioeconômicas das partes e, mormente, o caráter preventivo da penalização, fica a ré condenada ao pagamento de indenização no valor de R$ 8.000,00, corrigido monetariamente a partir da publicação deste Acórdão e

acrescido de juros de mora legais computados da citação.

Sucumbente, arcará ainda com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante atualizado da condenação.

Ante o exposto, confiro parcial provimento ao apelo, na forma acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000878-15.2016.8.26.0464, da Comarca de Pompéia, em que é apelante ANTONIO MARCOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TAUSTE SUPERMERCADOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17088)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 24 de agosto de 2017.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Compra e venda. Ação de indenização por danos morais. Autor que teve seu cheque recusado em supermercado. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Mera recusa de recebimento de cheque para o pagamento de compras em supermercado não constitui prática abusiva e não gera dano moral indenizável. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença proferida a f. 71/74 destes autos de ação de indenização por danos morais movida por **ANTONIO MARCOS DA SILVA** em relação a **TAUSTE SUPERMERCADOS LTDA.**, julgou improcedente o pedido, condenando o autor no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa, observado ser ele beneficiário da assistência judiciária.

Acesso ao Sumário

Apelou o autor (f. 82/86) buscando a reforma da r. sentença. Alegou, em suma, que: a) faz jus a indenização por danos morais porque a ré se recusou a receber o seu cheque para o pagamento das mercadorias, apesar de os débitos anteriores terem sidos quitados; b) a recusa em frente aos outros consumidores que estavam na fila lhe causou enormes constrangimentos.

A apelação, isenta de preparo por ser o apelante beneficiário da assistência judiciária, foi contrarrazoada (f. 89/95).

É o relatório.

A decisão que rejeitou os embargos de declaração apresentados à r. sentença foi disponibilizada no DJE em 08/03/2017, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f. 81); a apelação, protocolada em 30/03/2017, é tempestiva.

O autor ingressou com a presente ação alegando que: a) em 23/03/2016 foi ao supermercado réu para fazer compras, contudo, teve seus cheques recusados sob o argumento de que possuía débitos, tendo sido obrigado a pagar as compras com cartão de crédito; b) realmente possuía débitos com o réu, porém, eles foram quitados, mas a pendência permaneceu no sistema; c) os fatos se deram na presença de diversas pessoas, lhe causando constrangimentos; d) faz jus a indenização por danos morais no valor de R$8.800,00.

A ré, em sua contestação, alegou, em suma, que: a) o autor fez compras anteriores com cheques e a quitação deles foi feita com dois anos de atraso; b) na ocasião da quitação dos mencionados cheques, o autor não quis pagar juros e correção monetária pelo atraso e ele foi informado que não poderia mais utilizar cheques como forma de pagamento; c) porque não houve acordo entre as partes, o autor continuou com a restrição de crédito na forma de cheque.

A ré requereu o depoimento pessoal do autor e a produção de prova testemunhal (f. 69) e o autor o julgamento antecipado da lide (f. 70).

Sobreveio, então, a r. sentença recorrida de improcedência do pedido.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

O autor postulou indenização por danos morais em razão da alegada humilhação sofrida quando realizou compras no supermercado réu que não aceitou cheque, tendo sido obrigado a efetuar o pagamento com cartão de crédito.

No caso, não são devidos danos morais.

Nas lições de YUSSEF SAID CAHALI, "(...) o particular não está obrigado a receber o pagamento de seu crédito por meio de cheque, qualquer que seja o motivo invocado para a recusa, ou mesmo sem qualquer explicação a respeito. Conceitualmente, o cheque representa uma ordem de pagamento à vista dirigida ao sacado; este é que não poderá recusar o respectivo pagamento em dinheiro, salvo se existem motivos justificáveis como a insuficiência de fundos do emitente ou irregularidade no preenchimento do título". (*In* Dano

Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 404).

Anota, ainda, o mencionado autor, as considerações de FRAN MARTINS e WALDEMAR FERREIRA: "A entrega do cheque ao portador não vale como pagamento ou quitação do sacador, tal quitação só ocorre quando o banco sacado efetua o pagamento. Donde se afirmar que não se paga com cheque; é o cheque apenas um instrumento para o pagamento se efetuar. Resultado dessa compreensão é que o credor não é obrigado a receber o cheque para a quitação de seu crédito junto ao emitente (O cheque segundo a nova lei, n. 40, p. 48, Rio de Janeiro: Forense, 1986)".

"A pratica tem chegado a extremo inadmissível. Já se consignam em juízo cheques visados. Mas inadvertidamente. Ninguém é obrigado a recebê-los em pagamento. Recebe-os quem os quer. O cheque, mesmo visado pelo Banco do Brasil, não é moeda. Só esta tem poder liberatório e curso forçado (Instituições de direito comercial, II, 2º, n. 827, p. 176)".

Portando, o supermercado não estava obrigado a aceitar os cheques do autor, podendo recebê-los de acordo com os critérios por ele estipulados para o melhor andamento de seu negócio.

O supermercado réu disciplinou as exigências para o recebimento de cheques, que foram dirigidas a todos os consumidores (f. 57/59), e a recusa em receber o cheque do autor se deu pelo fato de ele já ter deixado de honrar alguns cheques anteriores, que foram devolvidos e pagos posteriormente à negativa de pagamento pelo Banco sacado, conforme comprovado nos autos (f. 17/19).

A situação dos autos configurou mero aborrecimento cotidiano que não caracteriza excepcional transtorno a justificar a indenização por danos morais.

Ademais, o autor não comprovou que houve excesso dos prepostos do supermercado no momento da recusa do recebimento do pagamento por meio de cheque.

Não houve comprovação nos autos de que o autor foi humilhado em frente aos outros consumidores que estavam no supermercado. Saliente-se que o autor requereu o julgamento antecipado da lide (f. 70).

Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 20% do valor da causa (R$8.800,00), com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês desde o trânsito em julgado, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, devendo a ré comprovar melhora na fortuna do autor para lhe cobrar tais verbas, posto ser ele beneficiário da assistência judiciária.

Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009568-73.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado PREFEITURA DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, rejeitada a preliminar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.539)**

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

São Paulo, 24 de agosto de 2017.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Acidente de trânsito. Ação de reparação por perdas e danos. Colisão de veículo com árvore caída em avenida. Pretensão fundada na omissão do Município. Responsabilidade do réu que exige a presença do elemento culpa, não demonstrado nos autos. Teoria do risco integral não adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. De rigor a rejeição da pretensão inicial. Recurso improvido, rejeitada a preliminar.

VOTO

A r. sentença de fls. 85/88, cujo relatório se adota, julgou o pedido improcedente, com fundamento no art. 487, I, do CPC/2015, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa.

Apela a autora (fls. 90/99). Alega, como preliminar, cerceamento de defesa, uma vez que o feito foi julgado antecipadamente sem a oitiva das testemunhas que arrolou, as quais seriam hábeis a comprovar a ausência de culpa do condutor segurado pelo acidente. Sustenta que a prova documental demonstra que não houve pronta remoção da árvore e nem sequer culpa do segurado. No mérito, afirma que era irrelevante para o deslinde do feito precisar a data e o horário da queda da árvore, sendo relevante apenas o fato jurídico consistente no impedimento do tráfego de veículos na via. Destaca que o boletim de ocorrência demonstra o nexo causal entre a omissão administrativa e o dano material.

Acesso ao Sumário

Ressalta que o documento de fls. 79/81 não descreve a remoção da árvore. Assevera a falta de prova de tempestade hábil a atenuar a responsabilidade do apelado. Aduz que a remoção da árvore foi tardia. Reforça que os elementos da responsabilidade civil ficaram caracterizados. Argumenta que houve negligência do apelado. Defende que se aplica ao caso a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, §6º, da CF. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 103/109).

É o relatório.

Rejeito, de início, a preliminar arguida pela autora de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado do feito sem a oitiva das testemunhas que arrolou.

No despacho saneador, disponibilizado no DJE em 23.03.2015 (fls. 76), o juiz *a quo* assim decidiu a respeito do pedido da autora de oitiva de testemunhas:

> "Fls. 71/72 - Sendo incontroverso que o acidente foi causado em decorrência de árvore caída na via pública, a princípio se mostra desnecessária a produção de prova testemunhal".

A matéria, embora rechaçada em primeiro grau na mencionada decisão, não foi objeto de recurso. A rediscussão a respeito do tema, nesta oportunidade, é descabida, eis que se encontra fulminado pela preclusão.

De todo modo, é certo que inexistia óbice ao julgamento antecipado da lide pelo juízo de origem, uma vez que não se verifica a pertinência da oitiva de testemunhas. De acordo com as razões recursais, a prova oral serviria para demonstrar que o condutor do veículo segurado não foi o culpado pelo sinistro, fato irrelevante para o deslinde do feito, como será demonstrado a seguir na análise do mérito do recurso.

Cuidam os autos de ação de reparação por perdas e danos, decorrente de acidente de trânsito. Na inicial, a autora relatou que celebrou com Davi Carvalho de Oliveira contrato de seguro de veículo, o qual colidiu, em 08.06.2011, com uma árvore que se encontrava caída transversalmente sobre a via desde o dia anterior. Informou que não era possível visualizar a árvore. Afirmou que, segundo o boletim de ocorrência, a árvore estava caída desde o dia anterior, sem sinalização de advertência no tráfego local. Sustentou que pagou ao segurado a importância de R$41.985,00, recebendo pela venda do salvado a quantia de R$17.000,00, razão pela qual pleiteia nos presentes autos a diferença de R$24.985,00.

Segundo o disposto no art. 37, §6º, da CF, "*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*".

Há discussão doutrinária a respeito da responsabilidade do Estado e das

Acesso ao Sumário

pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, se objetiva ou subjetiva, quando o dano causado a terceiros não advém de um ato comissivo, mas sim de uma omissão. A ideia de causar dano, a que alude o art. 37, §6º, da CF, está associada à necessidade de um ato comissivo.

Doutrinadores respeitáveis, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Cavalieri Filho e José dos Santos Carvalho Filho, defendem que a responsabilidade civil do Estado, em condutas omissivas genéricas, exige o elemento culpa.

A propósito, o insigne doutrinador Sérgio Cavalieri Filho assim disserta:

> Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano fora causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa (comissiva ou por omissão específica) e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva (por omissão genérica) nos casos acima examinados - fatos de terceiro e fenômenos da Natureza -, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.
>
> (in *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Atlas S.A., 2014, p. 317).

Sobre o tema, o renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho expõe que:

> Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se tratar de conduta omissiva, está ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização se dará por culpa. Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser esta mais abrangente que aquela. De fato, sempre estarão presentes o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, se exigirá, além do fato administrativo em si, que seja ele calcado na culpa.
>
> (in *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., 2014, p. 572).

Nesse sentido são os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça e do Col. Superior Tribunal de Justiça:

> ACIDENTE DE TRÂNSITO - Animal na pista - Segurança e fiscalização de estrada - Concessionária de Serviço Público - Responsabilidade de manutenção de serviço de tráfego seguro - **Responsabilidade comprovada** - **Natureza subjetiva** - Aplicação da teoria da culpa administrativa - Dever de prestar o serviço sem que haja falta do serviço - Negligência - Acidente decorrente da omissão do ente público - Ausência

Acesso ao Sumário

de comprovação de ter a vítima ou o proprietário do animal contribuído de modo isolado para o evento - Culpa concorrente da vítima também não provada - Danos materiais comprovados - Pensão mensal por morte do marido, valor que será apurado em liquidação de sentença - Danos morais devidos - Valor mantido. Recursos não providos.

(Apelação nº 0005962-64.2010.8.26.0483, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, j 29/08/2016, g. n.).

APELAÇÃO - Responsabilidade civil do Estado - Acidente com motocicleta decorrente de declives na via de rolamento - Artigo 37, §6º, da Constituição Federal - **Responsabilidade civil apurada pela teoria subjetiva ("faute du service")** - **Omissão do ente público no cumprimento do dever de conservação das vias públicas** - Violação do dever de conservação demonstrado, diante do desnível verificado na malha asfáltica - Configuração da obrigação de reparar os danos materiais e morais - Quantum indenizatório bem arbitrado, prestigiando os vetores de moderação e proporcionalidade - Precedentes desta Corte de Justiça - Sentença mantida, com observação - Recurso não provido.

(Apelação nº 0060928-49.2011.8.26.0577, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MARCOS PIMENTEL TAMASSIA, j. 26/04/2016, g. n.).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

II. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos"** (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013.

III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Acesso ao Sumário

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1345620/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015, g. n.)

Isso assentando, ressalte-se que o caso em estudo refere- se à suposta omissão do Município, decorrente da demora na retirada da árvore caída na via pública.

Em vista das considerações acima descritas, percebe-se que a hipótese vertente deve ser aferida à luz da teoria da responsabilidade subjetiva do réu, com base na culpa anônima ou falta de serviço. É indispensável para o deslinde do feito que seja constatado se, de fato, o serviço prestado por ele não funcionou da maneira como era esperado. Ressalte-se, ademais, que a discussão trazida aos autos deve ser analisada pelo critério da razoabilidade.

In casu, embora conste do boletim de ocorrência que a árvore estava caída transversalmente na via desde a data anterior ao acidente, é certo que se trata de documento unilateral. Como bem observou o juízo de origem, "*não se pode precisar a data e o horário da queda da árvore, uma vez que foram juntados somente: (a) boletim de ocorrência no qual consta que a árvore caída transversalmente na via 'devido ao mau tempo chuva (em data anterior)' (fl. 20); e (b) documento municipal registrando ocorrência de queda de árvore de grande porte, em 08.06.2011, na Av. Elísio Teixeira Leite, n. 3602 (fl. 80)*".

Interessa anotar que, após determinação judicial (fls. 75), o Município carreou aos autos cópia da ordem de serviço para remoção da árvore da Av. Elísio Teixeira Leite, a qual registra que a ocorrência somente foi comunicada à prefeitura em 08.06.2011 (fls. 80). Por sua vez, o boletim de ocorrência demonstra que, no mesmo dia da comunicação à prefeitura do fato ocorrido, a árvore foi retirada da via (fls. 20), estando em consonância com o documento de fls. 79, expedido pela Subprefeitura de Freguesia/Brasilândia, segundo o qual, por ser a Av. Elísio uma via pública de grande fluxo, inclusive de ônibus, o procedimento para a remoção da árvore tombada deve ter ocorrido com a maior brevidade (fls. 79).

Acesso ao Sumário

Como se vê, não há prova inconcussa da alegada negligência do Município, que supostamente teria demorado para remover a árvore da via pública. É absolutamente impossível concluir pela conduta omissiva do Município, porque não evidenciada a sua negligência, o que impunha a rejeição da pretensão inicial, mormente porque o nosso ordenamento jurídico não adotou a teoria do risco integral, segundo a qual o dever de indenizar persiste mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso. Com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015, elevo os honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor da causa.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013595-33.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, são apelados/apelantes ILSA DA SILVA CAETANO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e GILDO FERNANDO PEREIRA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do banco-requerido e deram parcial provimento ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), MELO BUENO e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 25 de agosto de 2017.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. PURGAÇÃO DA MORA REALIZADA DENTRO DO PRAZO LEGAL. RECUSA DO CREDOR EM RECEBER QUE É ILEGAL. POSSIBILIDADE DE PERDEREM SUA RESIDÊNCIA QUE CAUSA ABALO PSICOLÓGICO NOS AUTORES. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Restou cabalmente demonstrado pelos documentos acostados aos autos que os autores efetivamente estavam devendo parcelas do financiamento imobiliário contratado com o banco-requerido, porém que efetuaram o pagamento do débito que ensejou o início do processo de execução extrajudicial dentro do prazo legal. Assim, agiram os autores dentro daquilo que a lei lhes faculte ainda que, inegável, estivessem inadimplentes.

2. A possibilidade concreta de os autores se

verem privados de sua moradia em razão de uma arbitrariedade cometida por outrem ultrapassa aquilo que pode ser considerado como mero dissabor, a que todo homem médio está sujeito, sendo cabível a condenação do requerido a indenizá-los por danos morais.

3. Recurso do banco-requerido improvido; recurso dos autores parcialmente provido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária de inexigibilidade de débito c/c extinção de execução extrajudicial e indenização por danos morais que **ILSA DA SILVA CAETANO DE SOUZA e outro** promovem em face de **BANCO BRADESCO S/A**, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 110/115, cujo relatório se adota, nos seguintes termos:

Julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos nesta ação ajuizada por GILDO FERNANDO PEREIRA DE SOUZA e ILSA DA SILVA CAETANO DE SOUZA contra BANCO BRADESCO S/A e o faço para, tornando definitiva a tutela de urgência deferida a fls. 71, declarar inexigível, porque purgada a mora, as parcelas vencidas entre 25.10.2015 e 25.03.2016, decorrentes do contrato nº 0653018-4 firmado entre as partes, determinando como consectário a extinção da execução extrajudicial iniciada pelo requerido, referente àquele débito, bem como para julgar IMPROCEDENTES os demais pedidos e para declarar extinto o processo na forma do artigo 487, inciso I, do NCPC. Anoto, porque relevante, que não há, nos autos, notícia de depósitos consignados no curso da lide, pese autorização concedida na decisão de fls. 71. Sucumbente, o réu arcará com o pagamento de honorários advocatícios fixados, neste grau de jurisdição, em 10% (dez por cento) dos R$ 8.587,03 quitados, com atualização desde o ajuizamento, maio de 2016, na forma do artigo 85, §§ 2º e 8º (proveito econômico), do NCPC. Os autores também sucumbiram, porque pediram indenização por danos morais, no valor certo de R$ 17.600,00. Dessa forma e tendo em vista as novas regras dos ônus da sucumbência do NCPC, notadamente quanto à imposição de honorários advocatícios, com impossibilidade de compensação dessa verba, arcarão, os requerentes, com a verba honorária fixada, neste grau de jurisdição, em 10% (dez por cento) do valor pleiteado, a esse título (R$ 17.600,00, com atualização, pelos índices do TJSP, do mês da distribuição, maio de 2016), nos termos do artigo 85, §§ 2º e 6º, do NCPC, verba exigível na forma do artigo 98, § 3º, do NCPC. Não há compensação de honorários (artigo 85, § 14, do NCPC). Devido à sucumbência recíproca, cada parte arcará com a metade das custas e despesas processuais, com isenção dos autores,

Acesso ao Sumário

nesse tópico, porque beneficiários da gratuidade.

Inconformadas, recorrem ambas as partes. O banco requerido afirma que os autores estavam inadimplentes e por isso foram cobrados. Afirma que se não tivessem ficado inadimplentes a execução extrajudicial não teria existido. Sustenta o esgotamento dos meios de notificação dos devedores e do cumprimento do dever de informação, bem como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Afirma que os autores agem de má-fé e com abuso do direito de contratar. Alega que existe quebra do nexo de causalidade em razão da culpa exclusiva da vítima. Requer a redistribuição do ônus da sucumbência porque a demanda derivou do inadimplemento dos autores. Ao final, pugna pelo provimento do recurso (fls. 125/131).

Preparado (fls. 132) e devidamente processado, o recurso foi recebido, com contrarrazões (fls. 151/159).

Recorrem, também, os autores, requerendo que a sentença seja parcialmente reformada para que o banco requerido seja condenado a indenizá-los por danos morais (fls. 133/142).

Recurso recebido sem preparo em decorrência de serem os autores beneficiários da justiça gratuita. Contrarrazões às fls. 145/150.

É o relatório.

2. Inicialmente examina-se o recurso do banco-requerido, pois o seu eventual provimento levaria a reconhecer-se a prejudicialidade da apelação intentada pelos autores.

Não é, contudo, o caso. Primeiramente porque o recurso do banco-apelante sequer deveria ser conhecido, nos termos do art. 932, III, do CPC/15, uma vez que em momento algum impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida, que reconheceu ter o banco-requerido deixado de reconhecer a purgação da mora que ocorreu dentro do prazo estabelecido pela lei, ensejando com isso a propositura da presente demanda.

Além disso, o banco-requerido apresentou nos autos peça completamente genérica, impugnando matérias que sequer foram objetos de decisão, a corroborar a aplicabilidade do disposto no art. 932, III, do CPC/15.

Contudo, como o banco-apelante menciona, *en passant*, a mora dos devedores, o recurso será conhecido e improvido pelo seu mérito. Isso porque restou cabalmente demonstrado pelos documentos acostados aos autos que os autores efetivamente estavam devendo parcelas do financiamento imobiliário contratado com o banco-requerido, porém que efetuaram o pagamento do débito que ensejou o início do processo de execução extrajudicial ***dentro do prazo legal***. Assim, agiram os autores dentro daquilo que a lei lhes faculta ainda que, inegavelmente, estivessem inadimplentes.

Portanto, o recurso do requerido deve ser improvido.

Acesso ao Sumário

Quanto ao recurso dos autores, verifica-se, no particular caso dos autos, que o banco-recorrido escolheu recusar-se a reconhecer a purgação da mora conforme faculta a lei. Se o devedor pode, sem consequências adicionais, purgar a mora dentro do prazo legalmente fixado, o credor não pode recusar-se a receber os valores e extinguir o procedimento, pois a purgação da mora dentro do prazo legal é um ***direito*** do devedor inadimplente, e a esse direito corresponde um ***dever*** do credor. Neste caso o banco-requerido violou seu dever jurídico, que era o de admitir a purgação da mora se realizada dentro do prazo legal.

Portanto, houve, por parte do banco-recorrido, violação do direito. Reconhecendo-se a existência de dano decorrente de tal violação, verificar-se-ia a ocorrência de ato ilícito indenizável.

E, na hipótese dos autos, ocorreu violação ao direito da personalidade. Ou seja, a possibilidade concreta dos autores serem privados de sua moradia. O agir da entidade bancária ultrapassou aquilo que pode ser considerado como mero dissabor, a que todo homem médio está sujeito.

Aliás, o fato de que os autores tiveram de recorrer ao financiamento do imóvel em que residem já demonstra a importância que o bem possui em suas vidas. Dessa maneira, a possibilidade concreta deles perderem o imóvel em razão do ato ilícito cometido pelo credor configura violação ao patrimônio moral dos devedores, que devem ser indenizados. Nesse sentido:

> FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. Consignação em pagamento com pedido de indenização. 1. Vencimento antecipado do contrato. Atraso no pagamento. Inocorrência. Parcela supostamente atrasada que foi reconhecida como paga por força de sentença em Juizado Especial Cível. Posteriores prestações pagas no curso da lide com afastamento da mora. Recusa injusta do recebimento de parcelas de financiamento imobiliário. Caracterização. 2. Danos morais. Configuração. Iminência da perda do imóvel financiado de residência do mutuário por ato de pura recalcitrância da instituição financeira que, além de tudo, iniciou procedimento de consolidação da propriedade fiduciária, ignorando por completo a coisa julgada operada em seu desfavor. Ação procedente. Recurso não provido.[1]

Fica a indenização devida pelo banco-requerido à parte autora fixada no valor total de R$ 7.000,00 (sete mil reais), montante suficiente a compensar o sofrimento experimentado por ambos os autores em razão do ato ilícito praticado pelo banco-requerido. Tal valor será corrigido monetariamente desde a fixação e juros moratórios legais de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, por se tratar de ilícito contratual.

Como o resultado deste julgamento, que reforma parcialmente a r.

Acesso ao Sumário

1 TJSP, ApCiv 1032686-06.2015.8.26.0001, 11ª Câm. Dir. Privado, rel. Gilberto dos Santos, j. 09/03/2017.

sentença, ficam os ônus sucumbenciais integralmente carreados ao requerido, porque vencido na totalidade dos pedidos formulados pelos autores, relembrando que o acolhimento do pedido de danos morais, ainda que em valor menor que o pretendido, não enseja a sucumbência recíproca (súmula 326 do c. STJ). Frise-se, ademais, que o caráter parcial do provimento ao recurso dos autores decorre do fato de terem deduzido pedido certo de indenização correspondente a 20 salários mínimos.

Por fim, considerando-se que a r. sentença foi proferida quando já em vigor o CPC/15, e considerando-se que o recurso do requerido foi improvido e que o recurso dos autores foi provido, majoram-se os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso do banco-requerido e dá-se parcial provimento ao recurso dos autores.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004385-32.2008.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que são apelantes MARCELA GONÇALVES DE SOUZA MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA), NATÁLIE FRANCINI DE SOUZA MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA) e LARIANE DE SOUZA MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FRANCISCO ANTONIO TIROLLI CALANDRIELO DE PAULA e HERMES WILLIAN BRESSANIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 28 de agosto de 2017.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE DA VÍTIMA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A CULPA EXCLUSIVA DA

Acesso ao Sumário

VÍTIMA QUE INVADIU A VIA NA CONTRAMÃO - FALTA DE HABILITAÇÃO QUE CONSTITUI MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA - EMBRIAGUEZ QUE NÃO CONTRIBUIU PARA A COLISÃO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL COM O ACIDENTE - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FORMA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 642/655) interposto contra a r. sentença de fls. 612/617, disponibilizada no DJe em 22/06/2016 (fls. 618) que, em ação de indenização decorrente de acidente de trânsito, julgou improcedentes os pedidos da inicial e condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários arbitrados em R$ 2.000,00, observado o benefício da assistência judiciária gratuita.

Opostos embargos de declaração pelos autores (fls. 622/627), que foram rejeitados (fls. 639).

Os autores apelam sustentando que o réu não possuía habilitação para conduzir automóveis, o que demonstra sua conduta culposa, na modalidade imperícia.

Aduzem que o réu invadiu parcialmente a mão de direção da motocicleta no momento do acidente e que por isso, em remota conclusão, poderia ser reconhecida a culpa concorrente entre as partes, mas jamais a culpa exclusiva da vítima.

Manifestam indignação quanto ao fato de que o apelado estava embriagado no momento do acidente e esclarecem que o requerido possui um histórico de desrespeito às leis de trânsito.

Por isso, pleiteiam a reforma da r. sentença proferida para condenar os réus nos termos da inicial.

Contrarrazões a fls. 676/681.

O recurso foi interposto dentro do prazo legal e ausente o recolhimento do preparo, em razão dos autores serem beneficiários da assistência judiciária gratuita (fls. 146).

Não houve oposição das partes no que diz respeito ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ab initio, deixo consignado que o recurso não comporta acolhimento.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que em 11/03/2007, Rogério Machado, esposo e genitor das autoras, trafegava com sua motocicleta HONDA CG 125TITAN, placa CGN7483, pela Vicinal Campos Novos Paulista-SP a Ibirarema, sentido contrário, quando acabou colidindo frontalmente com o veículo WL GOLF, placa DAU9650, o qual era conduzido pelo réu Francisco e acabara de transpor a ponte. Em decorrência do acidente, Rogério veio a óbito.

Pelo conjunto probatório carreado aos autos, não restou devidamente demonstrada a responsabilidade do réu pelo evento danoso. Pelo contrário, é possível concluir que a vítima Rogério foi quem invadiu a contramão da via e deixou de observar a preferência do réu que acabara de concluir a travessia da ponte existente no local.

O laudo pericial realizado no local dos fatos pelo Instituto de Criminalística, núcleo de perícias criminalísticas de Marília (fls. 116/133), apresentou a seguinte conclusão (fls. 118):

> **"Trafegava o veículo de placas DAU9650 (VW GOLF) pela Estrada Vicinal Campos Novos/Ibirarema, no sentido Campos Novos/Ibirarema quando, na altura do km 12+400m, logo após a ponte estreita, ocorreu a colisão de suas partes anterior e superior contra a parte anterior e lateral esquerda da motocicleta Honda que trafegava pela mesma via, no sentido Ibirarema/Campos Novos e que naquele instante, trafegava em sua contramão de direção. Após o impacto, o veículo de placas DAU9650 (VM GOLF) girou cerca de 90 graus no sentido horário, demarcando vestígios de derrapagens, imobilizando-se sobre a vegetação à margem direita, distante aproximadamente cinquenta metros do sítio da colisão (...) Cumpre finalmente consignar que o acidente ocorreu na semi-pista estabelecida para o tráfego de veículos do sentido Campos Novos/Ibirarema, ou seja, do veículo de placas DAU9650 (VW GOLF)". Sic (grifo nosso)**

O croqui de fls. 120, elaborado pelo desenhista técnico pericial, corrobora a conclusão supra no sentido de que a colisão se deu na via em que seguia o veículo do réu, o qual acabara de transpor a ponte ali existente.

É válido ressaltar que o laudo pericial merece ser integralmente acolhido, por ter sido produzido no local dos fatos, logo após o acidente, e por perito técnico, se mostrando assim como prova imparcial e idônea.

Segundo os apelantes, em suas razões recursais, o laudo pericial teria apurado que o réu invadira parcialmente a mão de direção da motocicleta, ocasionando o acidente.

Contudo, após detida análise dos autos o que se observa é que tal declaração consta apenas no relatório emitido pelo Delegado de Polícia (fls. 100/104), que tomou por base os danos ocasionados nos veículos, demonstrados

Acesso ao Sumário

através das fotografias de fls. 48 e 50.

Ora, tal opinião não se mostrou tão bem fundamentada ao ponto de invalidar o disposto no laudo pericial, tanto que no próprio relatório policial consta também a hipótese de concorrência de culpas.

De outro vértice, para melhor esclarecer o apurado pela perícia técnica, a perita criminal elaborou também os laudos complementares de fls. 194/195 e 198/200, nos quais dispôs (fls. 199):

> **"No atendimento do acidente o perito concluiu o ocorrido pela análise dos elementos técnicos e materiais colhidos naquela ocasião que foram suficientes para sua convicção e nas normas do atual Código de Trânsito Brasileiro, que disciplinava o trânsito naquele trecho com a placa 'PONTE ESTREITA, UM VEÍCULO POR VEZ', assim, o condutor da motocicleta deveria aguardar oportunidade adequada para atravessar a ponte, visto que o condutor do veículo Golf já encontrava-se sobre a mesma". Sic**

As testemunhas Cleber Vassoler Terçariol (fls. 61) e Fernando Rodrigues dos Santos (fls. 69), policiais militares, prestaram depoimento na delegacia de polícia e informaram apenas terem sido acionados, via 190, para atender a ocorrência. Ambos afirmaram que o local permaneceu preservado, não havendo modificações até a chegada da polícia técnica, e que no local existe uma ponte estreita, na qual só trafega um veículo por vez e que havia buracos na cabeceira da ponte naquela oportunidade.

O requerido Francisco também prestou depoimento na delegacia (fls. 75) e esclareceu que estava voltando para sua casa, quando adentrou a uma ponte onde passava apenas um veículo por vez. Informou que estava terminando a travessia da ponte quando o condutor da motocicleta que vinha em sentido contrário, se perdeu nos buracos ali existentes e veio em direção ao seu veículo.

A testemunha dos autores, Milton Pereira da Silva (fls. 482), prestou depoimento em juízo e informou não ter conseguido ver o momento exato do acidente, mas que este ocorreu logo depois do veículo passar pela ponte, pois ao chegar ao local viu o veículo "imbicado no mato" **Sic**. Declarou acreditar que o veículo do réu estava em alta velocidade e que sentiu cheiro de álcool ao conversar com Francisco logo após o ocorrido.

José Marcos de Campos foi arrolado pelos autores como testemunha, mas ouvido como informante por ser amigo da família há vinte anos (fls. 483). Declarou que voltava do rodeio de Campos Novos quando se deparou com o acidente. Informou que no local conversou apenas com Milton, não tendo contato com Francisco nem com qualquer policial. Informou que o veículo de Francisco o havia ultrapassado antes de chegar a ponte e que havia um buraco na saída desta no sentido de quem vem para Ibirarema.

Acesso ao Sumário

Cleber Vassoler Terçariol, também prestou depoimento em juízo, a pedido do réu (fls. 484), e informou que a estrada no local é sinuosa e que há uma ponte estreita. Declarou que com o amanhecer do dia, colheram elementos os quais indicavam que o local de impacto foi um pouco antes da ponte, para quem trafega sentido Campos Novos, e que no local havia um buraco e pedra solta. Afirmou que o réu Francisco não apresentou habilitação, se justificando que estava apenas aguardando o recebimento do documento e não soube afirmar se o réu estava embriagado. Esclareceu também que a ponte no local é estreita e que passa apenas um carro por vez.

Alício Rodrigues de Araújo também foi arrolado como testemunha do réu e ouvido por meio de carta precatória (fls. 540). Afirmou não ter presenciado o acidente, mas que foi o primeiro a chegar ao local dos fatos. Informou que na estrada vicinal havia bastantes buracos e que o local em que ocorreu o acidente é uma ponte bem estreita e só passa um veículo.

O requerido foi processado criminalmente (processo nº 0004821-25.2007.8.26.0415 - 2ª Vara Criminal da comarca de Palmital), como incurso no delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302, do Código de Trânsito Brasileiro). Contudo, após a instrução criminal o réu foi absolvido por ausência de culpa (fls. 573/585).

Como bem-dispõe a sentença criminal que absolveu o réu Francisco (fls. 575/576 e 584):

> **"É que, como bem ressaltou o órgão ministerial, as provas juntadas aos autos não são capazes de indicar a invasão parcial da contramão, fato que teria sido a causa direta do acidente que levou a óbito a vítima Rogério Machado. Ao contrário, a prova técnica indica que a colisão teria ocorrido pela invasão da contramão pela motocicleta da vítima, atingindo o veículo do réu (...) Como se observa a conclusão do perito criminal foi inequívoca em indicar que o sítio da colisão se deu na mão de direção do veículo do réu, apontando, portanto, que a vítima não respeitou a preferência de passagem do veículo que já estava na ponte ou mesmo perdeu o controle do veículo, invadindo a contramão, sendo importante consignar, quanto a esta última hipótese, que a curva era desfavorável para a vítima (...) Ressalto, ainda, que o fato de estar o réu embriagado, o que foi comprovado pelo laudo de dosagem alcoólica, e de talvez estar dirigindo em alta velocidade, não são fatores que, na espécie, ao que tudo indica, colaboraram com o acidente ou o resultado morte, pois a prova técnica foi indicativa da invasão da contramão pela motocicleta, fato determinante do acidente, além de consignar que a preferência do tráfego era favorável ao veículo do réu". Sic (grifo nosso)**

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, com o devido acerto decidiu o MM. Juiz *a quo*, ao reconhecer a culpa exclusiva da vítima e julgar improcedentes os pedidos da inicial.

Esse é o entendimento deste Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do assunto, confira-se:

> **RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE VEÍCULO. Morte da vítima, filho e irmão dos autores. Alegação de que o corréu não se atentou para a motocicleta conduzida pela vítima e não respeitou as regras de trânsito para realizar conversão à esquerda. Reconhecimento de culpa exclusiva da vítima, no âmbito penal. Absolvição do corréu. Responsabilidade objetiva do réu afastada. Recurso do réu provido e desprovido o recurso dos autores (TJSP - Apelação 0007182-78.2013.8.26.0132 - Desembargador Relator DIMAS RUBENS FONSECA - 28ª Câmara de Direito Privado - j.14/06/2017 - v.u.). Sic**
>
> **Evidenciada a culpa exclusiva da vítima no acidente de trânsito, mantém-se o decreto de improcedência da demanda indenizatória (TJSP - Apelação 0000467-33.2005.8.26.0477 - Desembargador Relator CELSO PIMENTEL - 28ª Câmara de Direito Privado - j. 08/11/2016 v.u.). Sic**
>
> **RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. NECESSIDADE. HIPÓTESE EM QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRA CLARAMENTE A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido (TJSP - Apelação 1001001-06.2014.8.26.0198 - Desembargadora Relatora CRISTINA ZUCCHI - 34ª Câmara de Direito Privado - j. 26/07/2017 - v.u.). Sic**

A alegação de que o réu não era habilitado para condução de veículos e que por isso é culpado pelo acidente também não convence.

Tal fato configura mera irregularidade administrativa e não restou demonstrado o nexo causal entre a colisão e a falta de habilitação para dirigir veículo automotor.

Ademais, conforme certidão do CIRETRAN de Palmital (fls. 191), o requerido Francisco realizou exame de habilitação em 06/03/2007 e teve sua Carteira Nacional de Habilitação expedida em 14/03/2007, ou seja, somente três dias após o acidente.

Tampouco restou demonstrado o nexo de causalidade entre a embriaguez e a colisão.

É certo que o exame toxicológico revelou resultado positivo para álcool etílico no material extraído do réu Francisco (fls. 56), contudo, mais uma vez

Acesso ao Sumário

não restou demonstrado que o estado de embriaguez tenha contribuído para a ocorrência do acidente, já que o réu transitava corretamente pela sua via de direção e foi a vítima quem invadiu a via na contramão.

No mais, também merece ser afastada a acusação de que o apelado possui histórico de desrespeito às leis de trânsito, por ter sido investigado em outro acidente envolvendo motociclista, autos nº 0002523-16.2014.8.26.0415, em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Palmital/SP.

Conforme demonstram os documentos de fls. 682/687, naquela investigação criminal não restou demonstrado eventual excesso de velocidade por parte do investigado, bem como se apurou a responsabilidade da vítima em parar antes de cruzar via preferencial.

Por fim, o desprovimento do recurso torna necessária a majoração dos honorários advocatícios impostos aos autores para R$ 2.500,00, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observado o benefício da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013204-06.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é requerente RCC SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM LTDA. ME, é requerido ITURAN SISTEMA DE MONITORAMENTO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara Extraordinária 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 37.450)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), FELIPE FERREIRA e PAULO AYROSA.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Reparação de danos materiais e morais. Sistema de monitoramento e localização. Veículo roubado e recuperado pela polícia. Constatação de ausência do equipamento

Acesso ao Sumário

muito tempo depois do roubo. Ausência de proteção do veículo que não pode ser imputado à ré. Fato que somente não foi constatado antes em razão da ausência de realização, por parte da autora, dos testes mensais de funcionamento do sistema. Falha na prestação do serviço não caracterizada. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por RCC Serviços de Terraplanagem Ltda. ME contra Ituran Sistemas de Monitoramento Ltda., que a respeitável sentença de fls. 171/179, cujo relatório se adota, julgou improcedente.

Apela a autora (fls. 188/195) sustentando, em suma, que o contrato não contém cláusulas que a obrigue a efetuar testes mensais, sendo certo que, se houver, é abusiva. Afirma que houve falha na prestação do serviço e pede, ao final, a procedência da ação, postulando a repetição em dobro dos valores cobrados desde a data do furto, além de indenização por danos morais.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 196/197), sem resposta da apelada.

É o Relatório.

A irresignação não procede.

Afirma a autora-apelante que, após ter contratado os serviços de monitoramento e localização prestados pela ré, teve seu veículo roubado, fato que ocorreu em 22/07/2011, sendo o veículo localizado pela polícia e devolvido no mesmo dia.

Afirma que, após o evento, continuou pagamento normalmente das prestações devidas à apelada. Porém, em 31/10/2013 foi realizada vistoria, e constatado que o equipamento rastreador não estava mais instalado no veículo.

Postula a repetição em dobro dos valores pagos, bem como indenização por danos morais, uma vez que o veículo ficou desprotegido de qualquer possibilidade de rastreamento durante esse período.

Ocorre que tal pedido não se justifica, uma vez que não houve falha na prestação do serviço.

Pelos termos do contrato firmado entre as partes, verifica-se que o monitoramento do veículo não é feito continuamente, mas depende de acionamento do sistema por parte do contratante em caso de roubo, furto ou sequestro, o que é feito por meio de um código de identificação (cf. cláusula 2.4.1 - fls. 116).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, a única maneira que a ré-apelada teria de ter ciência da retirada do equipamento do veículo a ser rastreado seria por meio do acionamento do sistema ou da realização do teste mensal para verificar a sua funcionalidade, o que não foi feito pela autora no período indicado na exordial, não obstante a previsão no Manual do Cliente, facilmente acessado no endereço eletrônico da ré (endereço eletrônico constante no texto original), e que a autora se comprometeu a observar integralmente (cláusula 4.1 - fls. 117).

Note-se que o próprio documento de fls. 17, juntado pela autora, dá conta da existência do teste mensal, inclusive para o botão de emergência.

A referida obrigação contratual não pode ser taxada de abusiva, sendo necessária justamente para garantir que o sistema esteja funcionando corretamente.

Com efeito, não há como desmerecer a prevalência do princípio da autonomia da vontade, manifestada quando da estipulação do contrato, porquanto ausente qualquer indicação de circunstância a impedir ou dificultar o cumprimento da obrigação em comento.

Por ser um contrato bilateral, ou seja, havendo prestação simultânea para os contratantes, impõem-se às partes o cumprimento das estipulações pré-determinadas que, se consideradas por qualquer delas injustificada ou extremamente onerosa de desempenho, emperram a formação do negócio jurídico.

Estamos diante do princípio da força obrigatória do contrato ou *pacta sunt servanda* que, como bem lecionam **Pablo Stolze Gagliano** e **Rodolfo Pamplona Filho**:

"(...) traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contratantes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica." (*in* **"Novo Curso de Direito Civil", Ed. Saraiva, 2006, Vol. IV, pág. 38**)".

No caso, não houve por parte da autora demonstração da realização testes de segurança mensais, que certamente detectariam a ausência do equipamento no veículo após o roubo reportado, razão pela qual não há como se reconhecer a alegada falha na prestação do serviço por parte da ré.

Nessa conformidade, a improcedência da ação foi bem decretada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005803-65.2013.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que são apelantes JOÃO ANTONIO DA SILVA, ISA OLIVEIRA DOS SANTOS DA SILVA, EDSON RONCHI, ESMERALDA TRAVASSO RONCHI, ARGEMIRO CUNHA DO NASCIMENTO, JOANICE MARA DOS ANJOS NASCIMENTO, EDILSON MILANI, IVETE CRISTINA DIONIZIO MILANI e ELAINE BALISTA TORRES, é apelado LUIZ SERGIO CAMARGO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.476)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO - Edifício residencial - Obstrução e utilização de área comum por um dos condôminos - Ações de nunciação de obra nova e de reintegração de posse propostas por demais condôminos - Acordo provisório celebrado pelas partes, seguido de produção de prova pericial - Sentença de improcedência de ambas as ações - Apelo dos autores - Prova pericial conclusiva quanto à supressão de área da unidade autônoma dos réus pelo condomínio - Indevida alteração da coisa comum, pelos réus, não verificada - Exercício do direito de propriedade - Sentença mantida - Apelação desprovida.

VOTO

A sentença de fls. 205/209, cujo relatório é adotado, julgou improcedentes as ações de nunciação de obra nova e de reintegração de posse propostas pelos apelantes, condenando-os ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais) para cada demanda.

Apelam os autores (fls. 212/217) pedindo a reforma da sentença e alegando, em resumo, que "*o MM. Juiz procedeu com excesso de rigor legal, vez que tal*

decisão certamente estaria beneficiando, um morador e prejudicando todos os outros, que ali residem. Ocorre, que no ato de aquisição do imóvel por parte do Recorrido, este já tinha o total conhecimento, que a rampa e o corredor de acesso social, se tratava de uma área comum do edifício, isto há mais de 20 (vinte) anos. Como também, tinha todo o conhecimento, que a estrutura e arquitetura do edifício, não comporta qualquer tipo de adequação diferente dos atuais padrões, como também vale destacar o risco de um desabamento, a luz de uma nova construção e/ou qualquer modificação, que seja realizado no edifício, já que esta possibilidade sequer foi ventilada pelo Nobre Perito; assim caso isto venha ocorrer quem será o responsável por toda esta tragédia? Destaca-se Nobre Julgador, que tal decisão do Juiz 'a quo', certamente poderá se tornar catastrófica, caso seja mantida, pois como já descrito, todos os meios de acesso social do edifico se dão por esta área, bem como nesta área, possui estruturas que sustentam o edifício e centrais de energia, que estariam limitadas apenas ao acesso do Recorrido, caso a sentença permaneça. E, a medida, que viesse determinar como exclusiva a utilização da área em questão apenas iria beneficiar o recorrido, e certamente prejudicar todos os outros moradores que ali residem. De grande valia destacar, que é impossível qualquer tipo de construção para uma entrada alternativa, conforme sugerida pelo perito, no caso, a dos fundos, pois além de não possuir qualquer tipo de acessibilidade, nos moldes atuais, tem 53 (cinquenta e três) degraus, para o pavimento de acesso a todos os apartamentos, como também uma rampa com declive acentuado, não possuindo elevadores, com sérios riscos de desabamento a luz de qualquer tipo de modificação. Ora Nobre Julgadores, inclusive é de grande valia destacar, que existem moradores idosos, que residem no edifício em questão, e que tal medida certamente iria ser totalmente catastrófica. Além de que, seria quase impossível aos moradores receberem quaisquer visitas de pessoas com dificuldade de locomoção, pois estas teriam que ser carregadas para chegarem aos andares superiores. Diante isto, requer seja desconsiderado, o parecer do Nobre Perito, vez que tal medida iria apenas beneficiar um morador do edifício, bem como permitir que se utilize da área comum do prédio em questão, que liga a calçada até a parede do edifício, de forma unilateral, em detrimento dos outros sem qualquer custo adicional para este. Ora Nobres Julgadores é no mínimo plausível o pleito aqui arguido pelos Recorrentes, pois basta observarmos as fotos do edifício, como as estruturas, e as datas de construção e aquisição do apartamento do recorrido, para termos plena certeza que a sentença do Juízo 'a quo', deve ser reformada em sua totalidade".

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 237/242), com preliminar de irregularidade da representação processual dos apelantes.

É o relatório.

Os apelantes propuseram ação de nunciação de obra nova afirmando que residem em condomínio e foram surpreendidos com a realização de obras promovidas pelos apelados junto à entrada do edifício, o que causou transtornos

Acesso ao Sumário

aos que acessam o local.

Na audiência de justificação as partes chegaram a acordo para abrir de imediato a passagem controvertida, com designação de perito judicial para verificar se a área é de uso comum do condomínio ou de uso privativo dos réus (fl. 34).

Após a juntada do laudo pericial (fls. 85/184) sobreveio a sentença que julgou improcedente a ação de nunciação de obra nova e também a ação de reintegração de posse, processo nº 1001879-63.2014.8.26.0348, também proposta contra os apelados e pelos mesmos fundamentos da primeira.

Rejeita-se a preliminar de irregularidade de representação processual diante do instrumento de fl. 199, por meio do qual o patrono constituído para a ação de nunciação de obra nova substabeleceu sem reserva de poderes ao advogado Jefferson Pedro Lambert, subscritor das razões de apelação.

No mérito, a sentença dirimiu com acerto as controvérsias entre as partes, razão pela qual deve ser mantida.

Como acordado entre as partes na audiência de justificação, "*a passagem controvertida será de imediato aberta, ficando designado perito por este Juiz para estudo do caso, em que laudo será emitido para definir se a área controvertida é área de uso comum do condomínio ou de uso privativo do requerido; definida essa premissa, supondo seja área privativa, deverá apresentar o Perito conclusões em torno dos riscos que eventuais intervenções que pretenda-se ali introduzir possam representar; supondo as conclusões apontem para inexistência de riscos deverá o perito apresentar alternativas e seus respectivos custos para abertura de outra passagem*" (fl. 34).

Obtida a produção de prova técnica, foi observado pelo perito judicial, após confrontação da unidade dos apelados (nº 3) com as unidades dos andares acima (nº 5) e abaixo (nº 2), que embora todas possuam "*idêntica confrontação e configuração, isto é, são apartamentos 'tipo' ou, ainda, padrão*", avaliando "*a configuração atual do apartamento objeto da lide, qual seja, de nº 03, localizado no 1º andar, ou 2º pavimento, do Edifício Caetano Scilla, comprova-se que não segue a mesma dos demais do andar acima (nº 05) e abaixo (nº 01) (...). É possível observar que nos 'croquis' retro apresentados que parte da área privativa do apartamento fora suprimida, ou seja, do dormitório 2 e da sala, e o corredor de circulação, e tornou-se de uso comum do edifício, qual seja, há um corredor de circulação que é acessado por passadiço que interliga ao portão de entrada do mesmo. Já nos 'croquis' adiante consta a área demarcada que representa aquela que foi subtraída da unidade autônoma desta demanda. Têm-se também 04 (quatro) janelas implantadas no corredor, com as aberturas voltadas para a lateral direita do edifício, as quais não contemplam no projeto arquitetônico aprovado pela Municipalidade. Ainda assim no citado corredor de circulação encontra-se o quadro de distribuição do sistema elétrico de disjuntores da unidade que deveria estar integrado ao seu interior, conforme*

Acesso ao Sumário

consta muito bem aclarado no artigo 3º da Convenção do Condomínio do Edifício Caetano Scilla. A investigação pericial levada a termo pode constatar que parte da área privativa do apartamento, objeto da ação, equivalente a, aproximadamente, 16,50 m² (dezesseis metros quadrados e mais cinquenta centímetros quadrados), fora suprimida e vem sendo utilizada ao uso comum do Edifício Caetano Scilla" (fls. 142/148).

Na conclusão apresentada, assim afirmou o perito do juízo: "*A situação atual do edifício não condiz com aquela do projeto, eis que não há passadiço e porta de acesso ao 1º andar, ou 2º pavimento, e também não possui janelas voltadas para a lateral direita do mesmo. (...)* ***A configuração atual do apartamento em estudo não equivale à mesma daqueles do andar acima (nº 05) e abaixo (nº 01), pois parte da área útil, qual seja, do dormitório 2 e da sala, e o corredor de circulação, foi suprimida e tornou-se de uso comum do edifício (corredor de circulação). (...) A área controvertida é parte integrante da área privativa do apartamento objeto da ação, fora suprimida e a sua condição atual está disposta ao uso comum dos condôminos***" (fls. 150/152).

O apelo não apresenta impugnações técnicas ao laudo pericial, mas ressalta o "injusto" favorecimento de um condômino em relação aos demais e, ainda, que "*a estrutura e arquitetura do edifício, não comporta qualquer tipo de adequação diferente dos atuais padrões, como também vale destacar o risco de um desabamento, a luz de uma nova construção e/ou qualquer modificação, que seja realizado no edifício, já que esta possibilidade sequer foi ventilada pelo Nobre Perito*".

Ocorre que ao contrário do que tentam fazer crer as razões recursais, a hipótese em exame não envolve a administração do condomínio, submetida à deliberação do interesse da maioria, e sim o direito de propriedade dos apelados, que deve ser assegurado, na forma do artigo 1.228 do Código Civil: "*O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*".

Quanto aos supostos riscos invocados pelos apelantes, afirmou o perito judicial que "*às intervenções para estabelecer as condições do apartamento, em conformidade com o projeto arquitetônico, especificações e descrição da matrícula,* ***não impõem risco ao edifício. O acesso às unidades autônomas poderá ser feito por meio da escadaria ascendente, a partir do subsolo do edifício, segundo consta no projeto arquitetônico aprovado pela Municipalidade***" (fl. 151), o que afasta claramente as alegações recursais, desprovidas de embasamento técnico.

Por fim, como bem observou o zeloso magistrado sentenciante, "*por mais que nos solidarizemos com a delicada situação de saúde de alguns condôminos, que se valem da entrada social em questão para acesso a suas unidades, certamente não se justifica que a situação seja reparada à custa de um único condômino, no caso, o réu. É responsabilidade da coletividade de*

Acesso ao Sumário

proprietários corrigir a situação, instalando equipamentos de acessibilidade à custa do condomínio".

De rigor, pois, a integral manutenção da sentença.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013595-37.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ADAILTON JOSE GEDRA, é apelado CONDOMÍNIO ADRIANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.708)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente sem voto), WALTER CESAR EXNER e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Despesas de condomínio. Ação de cobrança. Gratuidade processual. Cabimento. Inépcia da petição inicial não caracterizada. Síndico que estava autorizado a proceder ao rateio das despesas ordinárias segundo as necessidades do condomínio. Inexigibilidade de prévia aprovação de orçamento. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Sentença cujo relatório se adota julgou procedente ação de cobrança de despesas condominiais.

O réu apela pede seja concedida a gratuidade processual, reconhecida a inépcia da petição inicial ou invertido o desfecho de mérito.

Para tanto ele afirma que documentos comprovavam a sua precária situação econômica, o que autorizava a concessão da gratuidade processual.

Ao lado disso o apelante assevera que o processo havia de ser julgado extinto ante a inépcia da petição inicial na medida em que não viera com

documentos indispensáveis à propositura, como a ata da assembleia que aprovou a arrecadação, o boleto de cobrança e demonstrativo discriminado de débito, o que o impediu de averiguar a regularidade da cobrança.

Por fim, após informar que ficou inadimplente em razão de dificuldades financeiras e problemas de saúde o recorrente sustenta que os juros de mora eram devidos apenas a partir da citação e haviam de incidir exclusivamente sobre o principal, não podendo a condenação incluir custas e honorários advocatícios em face da gratuidade.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

I Segundo o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, para a obtenção da gratuidade processual o interessado deve provar a impossibilidade de suportar as despesas do processo sem prejuízo da própria subsistência, mas a identificação do meio de prova a ser para esse fim adotado é matéria reservada à norma infraconstitucional.

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

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

Contudo, respeitada convicção da sentenciante, os elementos informativos não desmereciam a afirmação do apelante.

Afinal, apesar de o réu ser titular de um imóvel e de veículo automotor havia de se considerar cuidar-se de apartamento de padrão modesto em prédio que nem contava com "habite-se", bem como de um automóvel com 11 anos de uso e, tanto quanto o referido imóvel, carregado de débitos (fls. 47/50).

Por outro lado, motivo não havia para se duvidar da informação de que o autor padecia de sequelas de acidente vascular cerebral e por isso se achava impossibilitado de trabalhar, tanto que estava a dever condomínio de longa data.

Em suma, nada realmente sugeria cuidar-se de litigante em condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e o de sua família.

Por isso, caso era de se lhe conceder a gratuidade processual, o que agora ocorre.

II A petição inicial não se apresentava inepta, eis que atendia às prescrições do artigo 282 do então vigente Código de Processo Civil (artigo 319 do novel

Acesso ao Sumário

diploma).

Nenhum relevo apresentava no aspecto formal a circunstância de a referida peça estar desacompanhada da ata de assembleia que aprovou o rateio ou da cópia dos boletos bancários, eis que esses não eram documentos essenciais à propositura.

Com efeito, as peças reclamadas pela lei processual são especificamente aquelas sem as quais a petição inicial nem pode ser processada.

Pois ata de assembleia, boletos bancários ou mesmo demonstrativo pormenorizado de débito não são peças indispensáveis ao ajuizamento de uma ação de cobrança de contribuições condominiais, tanto que a lei processual para isso não as exige.

Caso não era mesmo, pois, de a Juíza extinguir o processo por deficiência formal da petição inicial.

III A procedência da ação era mesmo de rigor.

Na contestação, assim como agora, o réu admitiu ter deixado de pagar as contribuições de condomínio, isso sob a informação de que passou por dificuldades financeiras consequentes a problemas de saúde.

Ao lado disso ele alegou que sem sucesso propôs acordo quanto àquele débito, que o autor deixou de apresentar documentos indispensáveis ao acolhimento do pedido de cobrança e que, de todo modo, elevou em demasia a dívida ao contar juros sobre o principal acrescido da multa de mora.

Ora, é evidente que dificuldades financeiras não desobrigavam o devedor de pagar as contribuições condominiais na data certa e pelo valor previamente fixado.

Por outro lado, anotado que aqui não faltou audiência de tentativa de conciliação (fls. 27), nenhum relevo apresentava a notícia de que o devedor sem sucesso tentou entrar em acordo com o condomínio.

Afinal, segundo o direito positivo "*o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida*" (artigo 313, CC), nem pode ser compelido a receber por partes, se assim não ajustou (artigo 314).

Tampouco obstava ao acolhimento o pedido de cobrança a falta de prova da aprovação do rateio por assembleia.

De fato, pelo regime legal no tocante às despesas ordinárias o síndico pode ele mesmo proceder ao rateio e só posteriormente submeter a arrecadação ao exame da assembleia.

A propósito assim observava J. Nascimento Franco ao tempo da Lei 4.591/64:

"*As cotas relativas às despesas normais são cobráveis depois de aprovado o orçamento respectivo pela Assembleia Geral Ordinária, nos termos*

Acesso ao Sumário

do art. 24 da Lei 4.591, ou na oportunidade estabelecida pelo síndico, caso conjunturalmente a Assembleia tenha autorizado a cobrança mensal, na base do custo efetivo das despesas e não de orçamento prévio." (Condomínio, ed. RT, 1997, p. 223).

Nessa linha, ainda, vem decidindo esta Câmara como demonstra recente julgado:

"*Ação de cobrança de despesas condominiais. Condomínio que pode acostar à inicial apenas o demonstrativo de débito, documento suficiente para a propositura da ação. Ausência de deliberação da assembleia que não inviabiliza a cobrança. Prescrição quinquenal, nos termos do entendimento do STJ. Afastamento da condenação das parcelas anteriores ao quinquênio da data da propositura da ação. Sentença alterada em parte.*" (Apelação nº 1029220-98.2015.8.26.0196, rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, 15.05.2017).

No caso concreto era essa a situação, isto é, a cobrança se referia a despesas ordinárias, não tendo o réu alegado estarem elas em desconformidade com o rateio, nem que foram desaprovadas por assembleia.

Motivo não havia, pois, para a Juíza considerar inexigíveis as contribuições, ficando anotado que o autor apresentou detalhado demonstrativo do débito.

Nem quanto ao ponto residual o recurso procede.

O apelante aqui admite que sobre o débito vencido haviam de ser contados multa, juros de mora e a correção monetária, mas assevera que os juros só eram devidos a partir da citação e não podiam incidir sobre a referida multa.

No entanto, cuidando-se de contribuições a serem pagas em data certa, os juros eram mesmo devidos desde o respectivo vencimento, eis que nesse sentido a previsão dos artigos 397 e 1.336, § 1º, do Código Civil.

Evidente, ainda, que haviam eles de incidir sobre o principal acrescido da multa de mora, eis que essa verba se integrou ao capital e, assim, sobre o total se calculava aquele encargo.

Em suma, a sentença comporta reparo apenas quanto à gratuidade processual, benefício que não desobriga o réu da condenação em custas e honorários advocatícios, apenas suspende a exigibilidade de tais verbas enquanto perdurar o estado de miserabilidade (artigo 98, §§ 2º e 3º, do CPC).

Para o fim indicado dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034927-37.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante

ODETE GUIMARÃES DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO IBI S/A.

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 20938)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SERGIO GOMES (Presidente sem voto), PEDRO KODAMA e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 29 de agosto de 2017.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA POR FORÇA DA PRESCRIÇÃO COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autora alega que superado o prazo de cinco anos do vencimento da dívida, indevida qualquer tipo de cobrança fulminada pela prescrição. Sentença que julgou improcedente a ação. Pretensão de reforma. INADMISSIBILIDADE: A dívida não foi contestada pela autora, que apenas relatou que atualmente seu nome não consta do cadastro de inadimplentes, mas continua recebendo cobrança. A prescrição resulta na perda do exercício do direito de ação, entretanto isso não significa que a dívida não possa mais ser cobrada extrajudicialmente no âmbito administrativo. A prescrição extingue a ação como sinônimo de pretensão deduzida em Juízo, mas não o direito. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Odete Guimarães da Cruz contra a r. sentença de fls. 69/71, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação movida contra o Banco IBI S.A. e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida e da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa e indenização de 20% também sobre o mesmo valor em razão do reconhecimento da litigância de má-fé.

Apela a autora (fls. 74/78) pretendendo que seja reconhecida a prescrição do débito de R$ 107,80, referente ao contrato de nº 6279976005243102 e, assim declarada a inexistência da relação jurídica entre as partes, com a abstenção de quaisquer tipo de cobrança pelo apelado.

O réu apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 80/85).

É o relatório.

A autora não contesta o débito, mas apenas alega que vem sendo cobrada pela dívida de R$ 107,80, referente ao contrato de nº 629976005243102 (fls. 9). Alega que a relação jurídica entre as partes não mais existe em razão da prescrição, que tem como termo inicial 25/12/2009. Afirma que, de tal forma, há um impedimento jurídico de qualquer tipo de cobrança da dívida e, assim, precisa da declaração da inexistência da relação jurídica para que a ré se abstenha de realizar a cobrança do débito por qualquer meio.

O documento trazido pela autora e juntado a fls. 9/10 revela que o débito teve vencimento em 25.12.2009. Considerando-se o prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo 206, §5º, inciso I do atual Código Civil, verifica-se que, se exercida, a pretensão do réu de receber seu crédito pelos meios judiciais está prescrita desde o dia 26.12.2014.

A prescrição resulta na perda do exercício do direito de ação, mas isso não significa que a dívida deixou de existir e que não possa mais ser cobrada extrajudicialmente no âmbito administrativo. A prescrição extingue a ação como sinônimo de pretensão deduzida em Juízo, mas não o direito.

A dívida pode ser cobrada a partir do período prescricional somente na esfera administrativa, ou seja, extrajudicialmente.

Mesmo prescrita a dívida, de qualquer modo, persiste a obrigação moral do devedor, na categoria de uma obrigação natural.

Tanto é assim, que dispõe o artigo 882 do atual Código Civil que: "***Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.***".

Como muito bem ressaltou o eminente Desembargador Antonio Benedito Ribeiro Pinto na Apelação nº 884543-0/6: "***Assim, não obstante a impossibilidade de formular pretensão em Juízo, a obrigação natural ainda permanece com a necessária carga do dever de prestar (schuld dos alemães), daí, embora juridicamente inexigível, não se pode esquecer que o débito da obrigação natural remanesce, tanto que não confere direito de repetição, haja vista a causa jurídica (CC/1916, art. 970; CC/2002, art. 882).***" (grifo nosso).

Em casos análogos já decidiu esta C. Corte:

"***(...).***

Ademais, o autor confunde os institutos da prescrição e da decadência, pois ainda que estivesse configurada a prescrição do valor representado pela cártula, esta se referiria apenas à pretensão de se efetuar a cobrança judicialmente, não implicando a extinção da dívida, a qual continuaria existindo. Dívida prescrita não é divida extinta.

Destarte, por qualquer viés que se adote, improcede a pretensão do autor de que o título seja declarado inexigível." (Apelação nº 990.09.350163-5, Rel. Desembargador TERSIO NEGRATO, j. 28.4.2010, v.u.).

"***(...).***

Cumpre observar que a prescrição não implica na perda do direito em si, mas apenas na perda do direito de ação, ..." (Apelação nº 9266224-02.2008.8.26.0000, Rel. Desembargador ERSON T. OLIVEIRA, j. 28.3.2012, v.u.).

Há que se ressaltar que não há pedido da autora para a retirada de seu nome do cadastro de inadimplentes do Serasa, tendo o documento juntado a fls. 9/10 a finalidade de somente mostrar o termo *a quo* da contagem prescricional, não havendo relevância para tal a data da elaboração do documento. Não há pleito em via recursal sobre litigância de má-fé, de modo que é cabível a manutenção da sentença também nesse ponto.

Assim, não há que se falar em reconhecimento da inexistência do débito.

Deste modo, mantem-se r. sentença.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1047813-96.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante LUCIANA DOS SANTOS PINHEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ANTONIO TOMASILLO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34202)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Opiniões emitidas em ação revisional de alimentos, não caracterizadoras de ofensa à honra subjetiva da autora. Danos extrapatrimoniais indenizáveis inexistentes na hipótese do feito. Sentença de improcedência mantida. Apelo desprovido.

VOTO

1. Apelo interposto de sentença que julgou improcedente ação indenizatória aparelhada em supostas ofensas proferidas pelo patrono do réu de ação revisional de alimentos, em que a recorrente insiste em suas razões iniciais, se dizendo ofendida com a opinião do réu manifestada naquele feito de revisão, relativa a seus sentimentos em relação ao ex-namorado, e ao fato de permanecer desempregada por mais de quatro anos. Recurso processado e respondido pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Não procedem as razões recursais.

Em que pese o inconformismo da apelante com os termos e situações insinuadas pelo réu em contestação de ação revisional de alimentos, fato é que nada que ali se vê, ou lê, extrapola os limites da atuação do advogado em juízo.

Não há inclusive, como se atribuir ao réu desta demanda todas as sensações experimentadas pela autora, se, naquela ação revisional, o apelado apenas conferia ao pai do filho da apelante, a capacidade postulatória exigida por lei para se representar em juízo. Aquilo que foi dito na peça de resistência ao pedido de revisão de alimentos, reflete, em princípio, a visão que o próprio demandado tem a respeito dos fatos, e não a opinião particular do seu patrono.

E dizer que a autora não se conforma com o casamento de seu "ex" com outra pessoa, ou que não se compreende a razão da demora em conseguir emprego, em nada extrapola a atividade da advocacia, tratando-se de meras opiniões externada em juízo, num país em que é livre a manifestação de ideias, desde que inofensivas a terceiros.

Endossam-se ainda os termos da sentença proferida com zelo pelo ilustre juiz Renato Siqueira de Pretto, por também se entender que a atividade da advocacia está albergada pela Lei 8906/94, em que prevista a imunidade do art. 7º, § 2º, "o qual reza que o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das

Acesso ao Sumário

sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer".

"Logo, as expressões utilizadas pelo advogado requerido na petição protocolada na ação revisional de alimentos em apreço abalo psicológico da autora ante o casamento de seu ex-namorado pai de seu filho; situação estranha de a autora se encontrar desempregada há mais de quatro anos e meio -, com documentos extraídos de redes sociais, porque integradas ao contexto daquela causa, estão abrigadas pela imunidade profissional constitucionalmente reconhecida."

Os fatos apresentados tratam de uma situação que caracteriza regular exercício da advocacia, sem que se vislumbrem lesões a direitos da personalidade da autora da demanda. Há que se ter em mente que aborrecimentos são parte indissociável da vida em sociedade. Pessoas de sensibilidade extremada, idosas ou doentes podem sofrer mais, mas os fatos dos autos, tendo em vista o homem médio, de susceptibilidade comum, não autorizam a pleiteada indenização moral, não passando de transtornos lógicos decorrentes dos fatos expostos na ação revisional.

Em suma, a sentença será mantida por seus próprios fundamentos e os ora acrescidos.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023640-90.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO VICENTE DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA) e FRANCISCA IAIA MOTA DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 6 de setembro de 2017.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO. Ação de indenização por danos materiais. Cerceamento

de defesa não configurado. Prova oral que não seria apta a apontar conclusão diversa da extraída da análise dos documentos juntados aos autos. Segurado que assinalou informação inverídica no questionário da seguradora. Inexistência de informação de que o veículo era utilizado para ida e volta ao trabalho. Veículo furtado na rua do estabelecimento comercial em que os autores trabalhavam. Risco não coberto. Má-fé demonstrada. Negativa de cobertura legítima. Omissão que importa perda do direito de garantia, consequência prevista em lei (CC, art. 766). Dever do segurado de prestar informações verdadeiras, em respeito à boa-fé que deve nortear a relação. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização securitária, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 215/217, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o autor Antonio omitiu a utilização do veículo para ida e volta ao trabalho, local em que o automóvel foi furtado. Os autores foram condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da causa.

Inconformados, ***apelam os autores*** sustentando a ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que houve o julgamento antecipado da demanda sem se proporcionar às partes a produção de prova oral, como requerido; que a oitiva das testemunhas era prova necessária para o convencimento do juízo de que o autor Antonio não se utilizava do automóvel VW/CrossFox para ir ao trabalho; que, na data do furto, apenas utilizaram o automóvel para ir ao trabalho, porque de lá seguiram direto para a residência da irmã da autora Francisca, que precisava de conforto em razão da morte de sua filha; que se utilizavam do automóvel do filho Márcio para irem todos juntos para o trabalho, na medida em que residiam no mesmo local; e que o questionário de avaliação de risco foi preenchido pelo autor Antonio sob orientação de funcionário da ré. Requerem o provimento do recurso para a anulação da sentença ou para sua reforma, julgando procedente a demanda (fls. 219/227).

Houve resposta (fls. 230/247).

É o que importa ser relatado.

O recurso não merece ser acolhido.

O autor Antonio contratou seguro facultativo de automóvel pertencente à sua esposa, a autora Francisca, com vigência entre 11/09/2014 e 11/09/2015,

Acesso ao Sumário

sendo que, em 15/05/2015, o veículo VW/CrossFox GII, ano 2010, de placa ASF3317 foi furtado na Rua Geolândia, nº 485, mesmo endereço de seu local de trabalho, tendo a ré negado o pagamento da indenização securitária em razão da inexistência de informação acerca da utilização do automóvel para ida e volta do trabalho, ao contrário do que foi informado na avaliação de risco. Afirmam, no entanto, que não se utilizavam do automóvel VW/CrossFox para se dirigir ao estabelecimento comercial de propriedade de seu filho Márcio, tendo em vista que moravam todos juntos e iam com seu filho trabalhar. Sustentaram, ainda, que passaram a ir algumas vezes ao trabalho com o veículo VW/CrossFox, porque de lá seguiam direto para a residência da irmã da autora, localizada também na Zona Leste, que estava em depressão pela perda da filha. Por isso, foi ajuizada a presente demanda, visando os autores ao recebimento da indenização por danos materiais.

Em sua defesa, a ré alega que, quando da contratação do seguro, o autor Antonio não informou que fazia uso do veículo para ida e volta do trabalho. Contudo, restou incontroverso que o furto se deu na via pública próxima ao estabelecimento comercial em que exercia atividade comercial, de forma que o autor Antonio faltou com a verdade na contratação do seguro, beneficiando-se por ter pago prêmio menor do que deveria caso informasse que se utilizava do veículo para ida e volta do trabalho. Noticiou, ainda, que, conforme questionário de avaliação de risco de fls.187/189 realizada após o sinistro, declarou o autor Antonio que possuía endereço comercial à Rua Geolândia, nº 485, que a finalidade do uso do bem era ida e volta ao trabalho por 4 vezes por semana.

O pedido foi julgado improcedente, motivando o presente apelo. Contudo, em que pesem as razões do recurso, a respeitável sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O processo realmente comportava o julgamento antecipado, visto que a oitiva de testemunhas se revela totalmente dispensável para o deslinde do feito. Isso porque os documentos juntados aos autos eram suficientes para formar a convicção do Juízo acerca dos fatos ocorridos.

Como bem ressaltou o Magistrado *a quo*:

Não há necessidade da produção de prova oral, pois a prova documental juntada aos autos é suficiente para análise do feito, sendo que eventual prova oral não tem o poder probatório suficiente para afastar a efetividade da prova documental juntada aos autos.

Em relação ao mérito, a ação é improcedente.

A prova documental juntada pela ré demonstra que o autor alegou ao contratar o seguro que não utilizava o veículo para trabalhar (fls. 113), e, após o furto, alegou na análise de risco que no momento do sinistro, estava sendo utilizado para o trabalho (fls. 187/189). Note-se que além

Acesso ao Sumário

deste termo assinado pelo autor, o mesmo quando realizou o boletim de ocorrência de livre e espontânea vontade mencionou que seu lugar de trabalho era na Rua Geolândia (fls. 27). (fls. 216)

Ora, nesse contexto, tem-se que a prova constante dos autos era, desde logo, suficiente para respaldar a improcedência da demanda.

Frise-se que o autor nem sequer chega a explicar no recurso de que forma a oitiva das testemunhas arroladas seria capaz de afastar todas as evidências apontadas pelo Juízo *a quo* acerca da prestação de informações inverídicas perante a seguradora.

Com efeito, a ordem normativa pátria adota o sistema do livre convencimento motivado, no qual o órgão jurisdicional é o destinatário final das provas produzidas. Por tal sistemática, fica a cargo do Magistrado decidir pela necessidade de se realizarem atos durante a fase instrutória e a pertinência da prova oral ou pericial, pois, se os elementos de sua convicção já estiverem satisfeitos, a produção de outras implica na prática de atos inúteis e meramente protelatórios.

Não se pode olvidar que o controle da produção da prova é pautado pelos critérios de admissibilidade, pertinência e relevância, não verificados na hipótese em análise.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*12. O artigo 330, do Codex Processual, que trata do julgamento antecipado da lide, dispõe que o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (inciso I). 13.* ***Deveras, é cediço nesta Corte que inocorre cerceamento de defesa quando desnecessária a produção da prova pretendida*** *(REsp 226064/CE, Rel. Ministro Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 29.09.2003). 14.* ***Ademais, o artigo 131 do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se de seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, constantes dos autos. Nada obstante, compete-lhe rejeitar diligências que delonguem desnecessariamente o julgamento, a fim de garantir a observância do princípio da celeridade processual****. 15. Desta sorte, revela-se escorreito o fundamento da decisão que dispensou a produção de prova pericial na hipótese dos autos. 16. Agravo regimental desprovido.*" **(STJ, AgRg no REsp 1.068.697/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/05/2010)**.

No caso, a oitiva de testemunhas seria incapaz de acrescentar elementos

Acesso ao Sumário

de persuasão. Nesse contexto, importante frisar que sequer foi arrolada como testemunha a pessoa de Francisca de Oliveira Mota, irmã da autora Francisca, que estava deprimida em razão do falecimento de sua filha, o que, em primeiro lugar, motivou o uso do veículo VW/CrossFox para ida e volta ao trabalho no dia do sinistro.

Assim, o julgamento antecipado da lide não caracterizou o alegado cerceamento de defesa, mas, ao contrário, importou prestígio à celeridade no andamento processual.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste aos autores.

Ao contratar o seguro, o autor Antonio declarou que "não trabalha ou não utiliza o veículo como meio de transporte ao trabalho" (fls.25/26) e, em sua petição inicial, discorreu sobre a morte da filha da cunhada, que a deixou deprimida obrigando seus parentes a auxiliá-la em momento difícil, motivo pelo qual ele e sua esposa passaram a ir de carro ao estabelecimento comercial de propriedade do filho Márcio, local em que ajudavam nos afazeres.

Ainda que por motivo de suporte a familiar, o fato é que o autor Antonio começou a ir ao estabelecimento comercial em que trabalhava, com o veículo VW/CrossFox e, apesar de saber que a hipótese de ida e volta ao trabalho não estava coberta pela indenização securitária, sequer tomou a precaução de deixar o automóvel em estacionamento particular para minimizar as chances de qualquer infortúnio.

A realidade dos autos demonstra que, no dia do sinistro, o veículo VW/CrossFox estava estacionado em local próximo ao local de trabalho do autor Antonio, tendo este declarado no boletim de ocorrência que deixou "o veículo estacionado no endereço mencionado aproximadamente no horário 10 da manhã quando fui pegar para sair pro mercado percebi que o mesmo não se encontrava no local, aproximadamente às 14:30" (fls.27/28).

Tal declaração faz crer que o uso do veículo para ida e volta ao trabalho não era fato isolado e esporádico como querem fazer crer os autores.

É bem possível que, quando da contratação do seguro, o autor Antonio não fosse realmente para o estabelecimento comercial de seu filho utilizando-se o automóvel, contudo, passou quase dois meses fazendo tal uso, tendo em vista que o sinistro ocorreu em 15/05/2015 e o óbito da filha da cunhada se deu em 19/03/2015, motivo pelo qual teria iniciado as idas ao trabalho com o automóvel.

Assim, era de responsabilidade do autor Antonio informar a seguradora ré da mudança na utilização do veículo, realizando endosso para novo cálculo do prêmio. Como não o fez, assumiu o risco de não ter comunicado o real uso do automóvel à ré, não sendo possível que a seguradora suporte o prejuízo na hipótese de agravamento do risco para além daquele por ela assumido no

Acesso ao Sumário

momento da contratação.

Ressalte-se que o questionário de avaliação de risco de fls.187/189 aponta ser o autor Antonio comerciante e que se utilizava do veículo para ida e volta ao trabalho por 4 vezes por semana, de modo que não merece prosperar sua alegação de que é pessoa simples e humilde e que preencheu o questionário a mando de funcionário da ré. Ainda que seja pessoa de pouco instruída como alega, deveria saber que era sua obrigação preencher o documento com a realidade dos fatos e que poderia se recusar a preenchê-lo na hipótese de outra pessoa mandar-lhe escrever informações que não condiziam com a verdade.

Com efeito, diante da omissão de fato relevante (utilização do veículo para ida e volta ao trabalho), a cobertura era mesmo indevida. Assim, no caso, restou demonstrada a má-fé do segurado, de modo que o pedido de indenização não merecia mesmo prosperar.

Nos termos do artigo 766 do Código Civil, *Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido*. E como a própria lei previu expressamente penalizar o segurado de má-fé com a perda da garantia, nem sequer é o caso de indenização proporcional.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. USO E DESTINAÇÃO DO BEM. INTERFERÊNCIA NO PERFIL DO CONDUTOR. PAGAMENTO DE PRÊMIO A MENOR. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC. [...]

4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC). [...]

6. *Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da*

mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum. **(STJ, REsp 1.340.100/GO, 3ª Turma, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/08/2014)**. (Grifo não original).

E esta Colenda Câmara:

Apelação. Seguro. Veículo furtado quando estacionado em via pública durante o período de trabalho. Falsa declaração no momento da renovação do seguro de que havia estacionamento no local. Agravamento do risco configurado. Cobertura securitária excluída. Sentença reformada. Recurso provido. **(TJSP, Apelação n. 0020564-34.2013.8.26.0005, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Walter Cesar Exner, j. 05/04/2017)**. (grifo não original).

CONTRATO DE SEGURO - AÇÃO DE COBRANÇA - IMPROCEDÊNCIA - AUTORA QUE PRESTOU DECLARAÇÃO À SEGURADORA DE QUE POSSUIA GARAGEM E ESTACIONAMENTO FECHADO NO SERVIÇO - VEÍCULO QUE PASSOU A SER ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA - SITUAÇÃO QUE IMPLICOU EM AGRAVAMENTO DE RISCO E PERDA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. Apelação improvida. **(TJSP, Apelação n. 0039498-81.2009.8.26.0554, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jayme Queiroz Lopes, j. 27/11/2014)**. (grifo não original).

Destarte, porque deu adequada solução à lide, a respeitável sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, em atenção à regra do §11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios fixados na sentença para 17% do valor da causa, em observância ao trabalho adicional realizado em grau de recurso e os critérios previstos no §2º do mesmo dispositivo legal, observada a condição dos autores de beneficiários da gratuidade da justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051692-27.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PERNAMBUCO GARAGEM NAÚTICA, é apelado ALEXANDRE PEDROSO DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20111)**

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

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - LEGITIMIDADE - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONDUTA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - REPARO - VIOLAÇÃO DO CONTRATO DE MANUTENÇÃO - ACUIDADE DA SENTENÇA.

- Legitimidade e responsabilidade da ré por todas as franquias inseridas na cadeia de consumo. Relação negocial que denotam a condição de fornecedor aparente (artigos 7º, parágrafo único, e 34, ambos do Código de Processo Civil);

- Danos materiais - acuidade da sentença da R. Primeira Instância. Descabida a impugnação genérica contra a prova documental que, de forma específica, indicou os reparos necessários e o custo, inadmissível a contraposição não específica pela parte (especialista) - artigo 341, do Novo Código de Processo Civil - decote do valor em conformidade com o custo de um veículo novo (art. 402, do NCPC);

- Independente da causa da imobilização, a demora anormal, justifica o dever de indenizar, com fulcro nos artigos 186 e 927, do Código Civil. Conduta contratual e frustração em desfavor do consumidor que violam elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável - desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune - inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. '*Quantum*' arbitrado aquém da extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais - artigo 944, do Código Civil;

- Manutenção da decisão por seus próprios e bem lançados fundamentos - artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de **apelação** interposto contra a r. sentença de fls. 318/321, cujo relatório adota-se, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de **R$35.000,00**, a título de danos materiais, e **R$5.000,00**, a título de danos morais - além das custas e honorários, fixados em 10% do valor da condenação.

Vencida, insurge-se a requerida, Pernambuco Garagem Náutica Ltda. Rechaçou a indenização fixada, descabido o acolhimento por prejuízo **hipotético**, certo que os defeitos indicados na petição inicial são **anteriores** à entrada do '***jet-ski***' na sede da ré. Refutou o "***grupo econômico***" aventado na decisão, impugnando a prova colhida e indicando a ausência de prova dos **fatos constitutivos**. Quanto aos danos morais, disse que a demora no ajuizamento da demanda denota sua inexistência. Pugnou, assim, pela reforma da decisão.

Regularmente processado, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Alexandre Pedroso de Almeida ajuizou **ação indenizatória** em face de Pernambuco Garagem Náutica Ltda. Alegou, em apertada síntese, que contratou a ré para o serviço de **guarda e manutenção** de seu '***jet-ski***'. O equipamento náutico, no entanto, apresentou problemas técnicos - razão pela qual acionou a ré para os reparos previstos no contrato. Discordando dos valores apresentados, buscou orçamentos em outras marinas, retornando o ***jet-ski*** para a oficina da ré, onde ficou por **meses** imobilizado, sem qualquer reparo. Pugnou, pois, pela condenação pelos danos materiais e morais experimentados.

Por sentença (fls. 318/321), a MM. Magistrada julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o pedido. Fundamentou que a prova colhida indica a **conduta ilícita**, ensejando os danos materiais e morais postulados na petição inicial. Indicou a **excessiva morosidade** nos reparos do veículo, com a indicação da retirada **clandestina** de peças - o que "***encareceu***" o valor da manutenção. Com efeito, acolheu os danos materiais, fixados por equidade em R$35.000,00, e os danos morais (R$5.000,00).

Contra a r. decisão, insurge-se a demandada. A decisão da R. Primeira Instância, no entanto, merece ser **prestigiada**. Justifico.

Em janeiro de 2011, o requerente contratou os serviços de **guarda** e **manutenção** do Jet-Ski Kawasaki na marina de Ilhabela - SP. Decorridos alguns meses, o aparelho apresentou defeito elétrico, sendo transferido para a PGN do Guarujá que realizou os devidos reparos. Em outubro daquele ano, foi surpreendido com **nova** imobilização do '***jet- ski***' - razão pela qual o veículo foi transferido para a PGN da Riviera para "***análise***".

Acesso ao Sumário

Discordou, porém, dos valores apresentados considerada a condição do bem (seminovo) e a origem dos danos (má conservação pela oficina). Além da divergência quanto ao valor, experimentou excessiva **demora** na consecução do reparo contratado. Mais, o acesso ao '***jet-ski***' lhe foi cerceado, sendo que, somente em 2013, conseguiu retirar o aparelho - quando percebeu que o veículo tinha **peças faltantes**. Com efeito, postulou a condenação da ré ao pagamento do **custo do reparo**, além dos danos morais.

As provas colhidas corroboram com as alegações trazidas na inicial. As missivas eletrônicas denotam o **périplo** experimentado pelo requerente para a regularização de seu '***jet-ski***' (fls. 76/77); mais, os laudos técnicos apresentados indicam que a origem dos danos era a **negligência contratual** da própria requerida - que deixou de realizar de forma satisfatória a manutenção das peças do veículo.

Neste esteio, as testemunhas confirmam a dinâmica fática. A **retirada** de peças na oficina-ré foi confirmada por Gildo Gonçalves Teixeira, que fora inclusive **ameaçado** pelo proprietário de uma das lojas (fl. 209). O antigo proprietário também confirmou que o '***jet-ski***' do autor ficou "***totalmente abandonado, cheio de areia e sem peças***" na PGN do Guarujá, ciente, também, do **furto** de peças na requerida. Ainda, esclareceu que os clientes da ré podem "***utilizar todas as unidades sem pagar nenhum adicional***" (fl. 211).

Além da situação fática, **não** repelida pelas razões recursais ou pela contestação (art. 373, inciso II, do NCPC); a prova oral denota a **legitimidade** da ré pela conduta de **todos** os fornecedores da **cadeia de consumo** - evidente a **confusão** perante o consumidor.

A colação permite constatar que as **marinas** da PGN espalhadas por diversas cidades do litoral são autônomas, mas, agem em **convergência de interesses econômicos**. A relação negocial entre as rés é evidente; havendo, inclusive, ***e-mails*** entre as diversas franquias com tratativas **diretas** para a tentativa de solver o problema apresentado no veículo do demandante; indubitável, pois, a incidência dos artigos 7º, parágrafo único, e 34, do Código de Defesa do Consumidor.

A simples possibilidade de "***trânsito***" negocial entre as diversas franquias, como narrado pela testemunha, é suficiente para que seja reconhecido o "grupo econômico" - **fornecedor aparente** em face do consumidor. Inequívoca, portanto, a **legitimidade** e a responsabilidade da ré pelos fatos noticiados na petição inicial.

Superada tal questão, o **dever de indenizar** é inconteste. A prova denota que o ***jet-ski*** do demandante sofreu **avarias** em decorrência da **má conservação** nas oficinas da ré. Os danos apresentados têm origem na **má lubrificação** e foram agravados pelo **período** excessivamente dilatado para uma solução dos vícios

Acesso ao Sumário

inicialmente verificados. Pior, na última oficina fora constatada a **subtração de peças**, com a restituição do veículo sem condições de uso. Inequívoco, portanto, o **dever de indenizar**.

Quanto aos **danos materiais**, não há que se falar em **valor hipotético**. O requerente apresentou **orçamento** que descreve de forma pormenorizada os reparos necessários e os custos. A ré, especialista na área, poderia ter impugnado se forma **específica** os valores postulados - ao invés de aventar de forma genérica a discordância. Neste esteio, a pretensão fora acolhida nos exatos termos do artigo 402, do Código Civil, certo que a MM. Magistrada ainda teve o zelo de **decotar** do saldo postulado em conformidade com o custo de mercado de um aparelho novo.

Quanto aos **danos morais**, a despeito do propalado temor com relação à "***indústria do dano moral***", o resultado da grande maioria dos pedidos indenizatórios "***morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor***" (SCHREIBER, ***Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos***. 2013, p. 194). Com efeito, estimula-se a produção do "***lucro ilícito***" (BENACCHIO, ***A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Código Civil***, 2012, p. 651), inadmissível que o Poder Judiciário fique alheio à necessária **modulação de condutas** por meio da responsabilidade civil.

Ademais, também aplicável a tese do '***desvio produtivo do consumidor***', pela qual a condenação deve considerar também o desvio de competências do indivíduo para a tentativa de solução de um problema causado pelo fornecedor, com sucessivas frustrações diante da **ineficiência** e **descaso** deste (sobre o tema, cfr. TJRJ, Ap. n. 2216384-69.2011.8.19.0021). Preenchidos, pois, os requisitos do dever de indenizar (art. 186 e 927, do Código Civil) - já reconhecido nesta Instância para casos análogos:

> ***"CERCEAMENTO DE DEFESA - julgamento antecipado da lide - Feito maduro para julgamento. Afastamento. LEGITIMIDADE DE PARTE - Responsabilidade solidária entre montadora e concessionária. O tempo do reparo extrapolou os limites do razoável por falta de peças na fábrica, que por lei, era obrigada a manter em estoque. Recurso provido nesta parte. DANO MORAL - O veículo ficou na concessionária por quase noventa dias. Autor teve que tomar até carro emprestado para trabalhar. Abalo que ultrapassou a mero dissabor da vida cotidiana. Recurso provido nesta parte. DANO MATERIAIS - Alegação de reparos não feitos e de perda de dinheiro diante da venda do veículo por valor muito abaixo da tabela por conta do ocorrido. Fatos não comprovados. Recurso improvido nesta parte. Afastamento da preliminar. Recurso parcialmente provido." (TJSP, Ap. n. 1009214-07.2014.8.26.0002; 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento:***

Acesso ao Sumário

18/09/2015).

E, considerando os critérios **jurisprudenciais**, a extensão do dano (art. 944, do Código Civil) e a **natureza** da indenização extrapatrimonial, irretocável a indenização fixada pelo MM. Magistrado. O valor fixado (R$5.000,00) está aquém da **extensão do dano**, especialmente considerada a demora de quase **um ano** que o requerente fora ludibriado com a esperança de que seu veículo seria reparado. Destarte, a sentença da R. Primeira Instância deve ser prestigiada, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Para tanto, valho-me do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Referido dispositivo 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***".

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "***a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum***" (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

A fim de assegurar às partes o acesso às Instâncias Superiores e, principalmente, dispensar a interposição de embargos unicamente com este propósito, declaro prequestionados os dispositivos atinentes - inclusive aqueles não expressamente mencionados no corpo do acórdão, em razão da adoção do **prequestionamento ficto** pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 1.025, do Novo Código de Processo) - cf. REsp. n. 94.852/SP.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando os honorários de sucumbência para 15% da condenação (art. 85, §11, do NCPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015212-68.2014.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante TSI TECNOLOGIA SUPPORT INFORMÁTICA LTDA.-ME, é apelado WANDER CAVALCANTE MARRERA (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. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C. C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. Reparo de equipamento - notebook - em assistência técnica autorizada que se prolongou por vários anos e não foi eficaz. Acervo probatório que comprova a falha na prestação do serviço realizado. Obrigação da apelante de ressarcir os danos causados ao consumidor. Inteligência do art. 14 do CDC. Restituição do valor pago pelo serviço deficiente que se impõe. Percalços significativos causados ao apelado na busca de solução do problema que configuram dano moral. Indenização fixada em montante razoável que não comporta redução. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **TSI TECNOLOGIA SUPPORT INFORMÁTICA LTDA. - ME** nos autos da ação de obrigação de fazer c. c. indenização por danos material e moral que lhe move **WANDER CAVALCANTE MARRERA**, com pedido julgado parcialmente procedente para condenar a ré a devolver ao autor o aparelho notebook descrito na inicial, sem quaisquer taxas ou exigências, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R$5.000,00 (cinco mil reais), e à restituição do valor de R$1.390,00 (um mil, trezentos e noventa reais), com correção monetária desde maio de 2013 e com juros de mora a partir da citação, assim como ao pagamento de indenização por dano moral na quantia de R$4.000,00 (quatro mil reais), com correção monetária e juros de mora a partir do arbitramento, arcando a requerida com as despesas processuais e verba honorária fixada em dez por cento do valor da condenação.

Embargos de declaração opostos pela ré, que foram rejeitados.

Sustentou, em síntese, que cumpriu a sua obrigação, pois o aparelho foi retirado da assistência técnica em pleno funcionamento; que o problema havido

decorre da necessidade de substituição da placa mãe, cujo defeito ocorreu após o prazo da garantia; que não houve dano moral, mas mero dissabor da vida cotidiana; que é excessiva a indenização, devendo ser reduzida.

Foram oferecidas contrarrazões, com pleito de desprovimento do recurso.

É o relatório.

É fato incontroverso que o apelado, após expirado o prazo da garantia fornecido pelo fabricante, levou o seu aparelho notebook para conserto pela apelante, em razão de problema na placa-mãe, tendo realizado o pagamento do preço correspondente ao serviço, porém o equipamento apresentou o mesmo problema pouco tempo depois de retirado da assistência técnica, sendo necessárias novas intervenções pela apelante que, finalmente, apontou a necessidade de substituição da placa-mãe e novo pagamento pelo serviço.

A perícia realizada (Laudo às fls. 103/109) apurou que o aparelho apresentava mau funcionamento em razão de defeito na placa-mãe, sem que se possa saber a origem ou a data em que surgiu o problema.

Alinhe-se que a relação entre as partes é de consumo, assim, cumpria à apelante demonstrar causa excludente de sua responsabilidade, isto é, que o defeito inexiste ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, § 3º, I e II, do CDC, o que não aconteceu.

Nessa senda, está suficientemente demonstrada a má prestação do serviço de reparo realizado pela apelante no aparelho, razão pela qual é responsável pelos danos causados ao consumidor, nos termos do art. 14[1] do referido Diploma.

O dano moral ficou caracterizado, tendo em vista que os percalços vivenciados pelo apelado não podem ser tidos como meros aborrecimentos inerentes à vida em sociedade, pois consta que o aparelho foi levado pela primeira vez para conserto em maio de 2012, contudo, os defeitos persistiram, havendo necessidade de novas intervenções pela apelante, sem sucesso, situação que perdura há vários anos, portanto.

Assim, a demora na solução do problema e todas as perturbações inerentes a tal fato são plenamente capazes de embasar o pleito indenizatório.

Não é necessário que aquele que sofreu o desmando se desmanche em choro incontido, que se autoflagele aos olhos do povo, para que se caracterize a lesão anímica idônea a criar a obrigação indenizatória.

A falha da apelante foi clara, inoportuna, causando perturbação que não pode ser equiparada ao mero transtorno do cotidiano.

Desta maneira, cabível o pagamento de indenização por dano moral, como forma de reparar o sofrimento causado ao apelado pelo ato ilícito praticado pela

1 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Acesso ao Sumário

apelante.

No tocante ao montante da indenização, por todas as buscas, por todos os estudos, não se encontrou, ainda, uma fórmula que permita quantifico seu valor de forma uniforme, embora sejam utilizados certos aspectos objetivos, como a capacidade financeira do ofensor, a necessidade de se evitar a repetição da irregularidade, a extensão do resultado na esfera do ofendido, os quais como facilmente se percebem, não são suficientes para uma tarifação reguladora.

Pertinente ao tema e merece transcrição a lição de Carlos Alberto Bittar, nestes termos: "*Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses e conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante*" (*in* "Reparação Civil por Danos Morais", 3ª edição, 1997, Revista dos Tribunais, p. 233).

Sob esse enfoque, razoável a fixação da indenização no valor de R$4.000,00 (quatro mil reais), que não se revela irrisório e tampouco fonte de enriquecimento ilícito.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo patrono do apelado na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária é majorada para doze por cento sobre o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007915-84.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ORTOESTE IMPLANTES ESPECIALIZADOS LTDA. e TELL TRAUMA COMÉRCIO DE MATERIAIS ORTOPÉDICOS LTDA., é apelado STRYKER DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e EDGARD ROSA.

São Paulo, 14 de setembro de 2017.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL - PRELIMINAR - Nulidade por ausência de fundamentação - Não configuração - A exigência constitucional e legal da motivação (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, e art. 11 do Código de Processo Civil) não chega ao ponto de exigir o exame pormenorizado, pelo juiz, de todas as minúcias dos fundamentos postos pelas partes ou mesmo de fundamentos periféricos de importância mínima ou nenhuma para o julgamento da causa - Ainda que sucinta, a sentença indicou de forma clara e inequívoca quais aspectos da realidade fática viabilizaram a subsunção do caso analisado à norma jurídica, viabilizando, inclusive, o adequado manejo do presente recurso - Verifica-se, portanto, mera discordância das apelantes com o resultado que lhes foi desfavorável, o que não possui o condão de invalidar a manifestação judicial - MÉRITO - A nulificação da sentença arbitral somente pode ser buscada judicialmente nas hipóteses taxativas e de ordem formal elencadas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) - Alegação de violação ao princípio do contraditório, ante o indeferimento de produção de prova - Não configuração - Aos árbitros se aplicam os mesmos princípios inerentes à função judicante, notadamente o livre convencimento motivado ou persuasão racional - Os elementos probatórios colacionados aos autos eram aptos, idôneos e suficientes para o deslinde da questão - Em última análise, as apelantes buscam a desconstituição da sentença arbitral, contrária à pretensão que deduziram, por razões de mérito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio - Negado provimento.

VOTO

Acesso ao Sumário

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **ORTOESTE IMPLANTES ESPECIALIZADOS LTDA.** e **TELL TRAUMA COMÉRCIO DE MATERIAIS ORTOPÉDICOS LTDA.**, nos autos da ação anulatória de sentença arbitral que movem contra **STRYKER DO BRASIL LTDA.**, objetivando a reforma da sentença (fls. 404/405) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. João de Oliveira Rodrigues Filho, que indeferiu a petição inicial, julgando extinto o feito sem resolução do mérito, ante o reconhecimento da falta de interesse de agir.

Apelam as rés (fls. 418/433), defendendo a configuração do seu interesse de agir, posto que não pretende revisar a justiça da sentença arbitral, mas sim a apuração de violação ao princípio do contraditório.

Defendem a nulidade da sentença recorrida por falta de fundamentação, e pleiteiam o reconhecimento do por cerceamento de defesa ocasionado pelo Juízo arbitral, ante o indeferimento da produção de prova que seria essencial para a correta análise da lide.

Citada, a ré apresentou contrarrazões às fls. 444/477.

Remetidos os autos a esta instância recursal, o apelo foi recebido em seu duplo efeito.

É o relatório.

Segundo consta dos autos, as partes litigam por conta de um contrato de representação comercial e distribuição de próteses produzidas e importadas pela apelada.

Inspeções realizadas pela COVISA, órgão da Secretaria Municipal de Saúde do Município de São Paulo, e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) teriam constatado irregularidades nos produtos da apelada armazenados no estabelecimento comercial da apelante, ensejando-lhe punições e máculas indeléveis à sua imagem perante o mercado.

Houve a rescisão contratual por parte da ré, sendo que as autoras consideram que, com tal atitude, aquela visava esquivar-se de suas responsabilidades.

Acesso ao Sumário

Diante deste quadro, instaurou-se procedimento arbitral, conforme previsto contratualmente para a solução de controvérsias, para apurar-se as perdas e danos, materiais e morais, que as apelantes reputam ter sofrido em decorrência do ato ilícito da apelada.

Ao final, sobreveio a sentença arbitral de improcedência, contra a qual ora se insurgem as apelantes, aduzindo nulidade por cerceamento de defesa.

Todavia, não lhes assiste razão, devendo a r. sentença guerreada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Preliminarmente, há de ser afastada a alegação de nulidade da sentença

proferida em Primeiro Grau por ausência de fundamentação.

Com efeito, a exigência constitucional e legal da motivação (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, e art. 11 do Código de Processo Civil) não chega ao ponto de exigir o exame pormenorizado, pelo juiz, de todas as minúcias dos fundamentos postos pelas partes ou mesmo de fundamentos periféricos de importância mínima ou nenhuma para o julgamento da causa.

Para a satisfação da exigência da motivação, é indispensável que o julgador examine todos os pontos fundamentais da causa, desenvolvendo corretos raciocínios dedutivos a partir da *fattispecie* legal e conduzindo-os logicamente às conclusões exaradas.

Citam-se, a respeito do tema, as pertinentes lições de CÂNDIDO DINAMARCO:

> "*Para cumprir seu objetivo político e atender às exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se outros fundamentos houvessem prevalecido seja no exame da prova, seja na interpretação do sistema jurídico. Tal é a exigência de coerência na motivação, sem a qual ela é irregular, e a sentença nula. Exige-se também que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente. (...)*
>
> *A exigência de* inteireza da motivação *(Michele Taruffo) não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta:* motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial". (*Instituições de direito processual civil*, volume I. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 375-376)

Na hipótese vertente, o ilustre Magistrado, ainda que de forma sucinta, indicou de forma clara e inequívoca, quais aspectos da realidade fática viabilizaram a subsunção do caso analisado à norma jurídica, viabilizando, inclusive, o adequado manejo do presente recurso.

Verifica-se, apenas, discordância das apelantes com o *decisum* que lhes foi desfavorável, o que não pode ser transmudada para ausência de fundamentos a tal ponto de invalidar a manifestação jurisdicional.

Em casos análogos, não foi outro o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE

Acesso ao Sumário

RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. Segundo a reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não há que se confundir decisão contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional, nem fundamentação sucinta com ausência de fundamentação. Precedentes.

2. O acolhimento das teses a respeito da possibilidade de retenção de valores pagos e da aplicação da exceção do contrato não cumprido exigiria rever as conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem acerca do inadimplemento por parte da promitente-vendedora, o que é inviável em sede de recurso especial, por implicar reexame das provas contidas nos autos. Incidência da Súmula nº 7/STJ. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp nº 387.614/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 25.04.2017 - destacou-se)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Nos termos da jurisprudência firmada pelo STF, o atendimento ao comando normativo contido no art. 93, IX, da Constituição Federal exige que as decisões judiciais estejam alicerçadas, ainda que de maneira sucinta, em fundamentação apta à solução da controvérsia, embora a consecução de tal desiderato não imponha ao órgão julgador o exame minudente de todas as alegações veiculadas pelas partes.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 598.365/MG-RG, decidiu inexistir repercussão geral na questão alusiva aos pressupostos de admissibilidade de recursos de outros tribunais, pois a matéria está restrita ao exame de legislação infraconstitucional (Tema 181/STF). Assim, eventual ofensa ao texto constitucional, ainda que existente, dar-se-ia de forma indireta ou reflexa, o que não enseja a abertura da via extraordinária.

Agravo interno improvido. (AgInt no RE no AgInt nos EDcl no AREsp nº 612.909/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 19.04.2017 - destacou-se)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 535 E 131 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 116, 117 E 256 DA Lei nº 6.404/76. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC/73, pois a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário

Acesso ao Sumário

à pretensão da parte recorrente.

2. "A sentença que se apresenta fundamentada, ainda que de forma sucinta, não dá ensejo ao decreto de nulidade" (REsp 734.135/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 19/02/2008, DJe 03/03/2008).

3. O Tribunal local, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, decidiu pela inexistência de cerceamento de defesa e pela não caracterização da obrigação de reparar ante a ausência de abuso de poder ou prejuízo. Desse modo, o acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas nas instâncias ordinárias, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp nº 407.917/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 07.02.2017 - destacou-se)

No mérito, insta consignar, primeiramente, que a nulificação da sentença arbitral somente pode ser buscada judicialmente nas hipóteses taxativas e de ordem formal elencadas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), *in verbis*:

"*Art. 32. É nula a sentença arbitral se:*

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei".

No caso, as apelantes fundamentam sua pretensão na violação ao princípio do contraditório, ante o indeferimento de prova essencial (art. 32, inciso VIII c.c. art. 21, § 2º).

No entanto, tal indeferimento funda-se na aplicação do princípio do livre convencimento motivado, consagrado nos arts. 21, § 2º, e 22, *caput*, da Lei de Arbitragem.

Conforme ensina CARLOS ALBERTO CARMONA, "*da mesma forma que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para decisão, colhendo as provas úteis, necessárias e pertinentes para formar o seu convencimento*" (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª

Acesso ao Sumário

ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 312-313).

Em corroboração a este entendimento, cita-se, mais uma vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. INVASÃO DO MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO.*
>
> *1. O indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Judiciário no mérito da decisão arbitral.*
>
> *2. Recurso especial provido.* (REsp nº 1.500.667/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 09.08.2016)

Em última análise, buscam as apelantes, portanto, a desconstituição da sentença arbitral, contrária à pretensão que deduziram, por razões de mérito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, na ausência de motivos que justifiquem a reforma da decisão apelada, imperiosa a manutenção do entendimento adotado em Primeiro Grau.

Levando-se em consideração o trabalho realizado pelos patronos da parte vencedora, citada para oferecer contestação, bem como os parâmetros estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, notadamente o grau de zelo profissional e a complexidade da causa, condeno as apelantes ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e condeno as apelantes ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005219-10.2015.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante FLALBERT DOS SANTOS BORZANI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ACTION ACADEMIA DE EDUCAÇÃO FÍSICA LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.839)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ACADEMIA DE GINÁSTICA - Ação de indenização por danos materiais e morais c/c perdas e danos e fixação de pensão mensal - Acidente sofrido por aluno quando praticava exercício de musculação - Inocorrência de cerceamento de defesa e nulidade da sentença - Não se vislumbra qualquer prejuízo ao demandante que poderia ser decorrente da ausência de apresentação dos memoriais - Culpa exclusiva do autor - Ausência de defeito ou vício no equipamento, tampouco comprovada falha na prestação dos serviços - Danos materiais e morais não indenizáveis - Sentença mantida - Recurso improvido, rejeitada a preliminar.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por **FLALBERT DOS SANTOS BORZANI** junto aos autos da ação de indenização por danos materiais e morais c/c perdas e danos e fixação de pensão mensal, movida contra **ACTION ACADEMIA DE EDUCAÇÃO FÍSICA LTDA.**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 220/222, cujo relatório adoto.

Alega o apelante, preliminarmente, a ocorrência de nulidade da sentença, em virtude do cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide sem que fosse oportunizada às partes a apresentação de alegações finais. No mérito, sustenta que não foi exigido nem realizado qualquer exame médico prévio pela ré. Afirma que não foi acompanhado por nenhum instrutor na realização do exercício "supino", nem fora alertado de que tal exercício somente poderia ser feito com acompanhamento. Assevera que as testemunhas ouvidas esclareceram que o "supino" era realizado sozinho pelos alunos, o que demonstra a falta de cuidados da apelada. Aponta que os danos e o nexo de causalidade restaram devidamente comprovados pela prova pericial, e acrescenta que as testemunhas ouvidas não isentaram a responsabilidade da requerida, que permite que os alunos se exercitem sozinhos, o que demonstra a falha na prestação dos serviços. Alega

Acesso ao Sumário

que os aparelhos de peso livre põem em risco a saúde e a integridade física dos frequentadores das academias, que devem se cercar de todas as cautelas para evitar acidentes. Requer a aplicação da inversão do ônus da prova, tendo em vista trata-se de relação de consumo. Por tais motivos, pugna pelo provimento se seu reclamo, a fim de que seja julgada procedente a ação (fls. 225/233).

Regularmente processado o recurso, isento de preparo e com resposta, fls. 236/152.

É o relatório.

Extrai-se da exordial que o autor, em janeiro de 2015, matriculou-se na academia ré, firmando um contrato anual. Afirma que, em março de 2015, quando utilizava o equipamento de musculação, a chamada "barra de supino" caiu sobre seu rosto, queixo e braço esquerdo, sofrendo fratura de úmero e causando-lhe dores terríveis. Narra que os funcionários da ré acionaram o SAMU, que o levou ao Pronto Socorro Municipal, onde recebeu os primeiros socorros, tendo sido necessária sua internação, por aproximadamente três semanas, bem como a realização de cirurgia. Esclarece que ainda sente dores e está afastado de suas atividades habituais desde então, sendo que ficou com limitação de movimentos na mão esquerda e com cicatriz aparente ocasionada pela cirurgia. Diante do ocorrido, ajuizou a presente demanda, buscando reparação de cunho material e moral.

Em sede de defesa, a acionada afirma que o aluno desrespeitou o que fora solicitado pelo profissional que estava acompanhando seu treino, tendo tentado, sozinho, mudar a barra com anilhas do suporte intermediário para o superior, quando deveria tê-lo esperado, o que configura sua culpa exclusiva na realização do acidente.

Pois bem.

Inicialmente, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo recorrente.

Não há que se falar, no caso vertente, em nulidade da sentença por não ter sido oportunizada às partes o oferecimento de alegações finais, após o encerramento da audiência de instrução e julgamento.

Isso porque foram produzidas as provas necessárias ao deslinde do feito, quais sejam, documental, pericial e testemunhal, sendo que tais provas é que são determinantes para a formação do convencimento do magistrado, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao autor que poderia ser decorrente da ausência de apresentação dos memoriais.

Ademais, o oferecimento de memoriais mencionados no art. 454, § 3º, do CPC /73 (correspondente ao art. 364, § 2º do novo CPC) se faz necessário tão somente quando a matéria controvertida envolver questões complexas de fato e de direito, o que não é o caso dos autos.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a conferir os julgados que seguem:

"CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Desnecessidade de produção de novas provas - Nulidade afastada. CERCEAMENTO DE DEFESA - ***Ausência de oportunidade para apresentação de alegações finais em memorial - Desnecessidade - Inocorrência de prejuízo à parte - Nulidade afastada.*** *PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Invenção, fabricação e comercialização pelas rés de equipamento e modelos dentários, cuja patente foi conferida ao autor pelo INPI, sem sua autorização - Dano moral - Ocorrência - Indenização devida - Culpa verificada - Abstenção pelas rés da fabricação e da comercialização de produtos determinada - Recurso provido."* ***(Ap. 0031806-33.2007.8.26.0576; Rel. Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/03/2014)***

"APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ***APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS APÓS O ENCERRAMENTO DA FASE DE INSTRUÇÃO. DESNECESSIDADE.*** *INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 454, § 3º, C.C. 454 E 456, DO CPC. QUESTÕES QUE NÃO SE REVESTIRAM DA COMPLEXIDADE DE FATO E DE DIREITO. AS PROVAS DOCUMENTAIS FORAM SUFICIENTES PARA O DESLINDE DA CAUSA. A PARTE REQUERENTE TAMBÉM NÃO DEMONSTROU QUALQUER PREJUÍZO. PRELIMINAR AFASTADA. A apresentação de memoriais se justifica em caso de realização de audiência de instrução e julgamento e quando a matéria envolver questões complexas de fato e de direito, nos termos do arts. 454 e 456 do CPC. E ainda que se admita a possibilidade de suscitar a falta de oportunidade para as alegações finais, por memoriais, certo é que a decretação de nulidade, no sistema processual brasileiro, deve atender à demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie."* ***(Ap. 0000430-74.2006.8.26.0152; Rel. Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 05/03/2013)***

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente, devendo ser mantida a r. sentença monocrática que decretou a improcedência da ação.

Vejamos.

Em que pese insistir o apelante que seria o caso de responsabilizar-se objetivamente a ré, independentemente de averiguação sobre a ocorrência ou não de ato ilícito, o fato é que o caso vertente cuida de responsabilidade subjetiva, de modo que, para restar configurado o dever de indenizar, devem estar presentes o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

E não obstante a relação em exame seja de consumo, a permitir a observância da Lei nº 8.078/90, à míngua de verossimilhança nas alegações deduzidas na exordial, inviável a inversão do ônus probatório, prevista no art. art. 6º, VIII, do CDC.

Acesso ao Sumário

Com efeito, referida norma nada mais é do que uma orientação de julgamento, que deve ser observada pelo Julgador no momento de proferir a sentença, mesmo porque se trata de regra que não afeta a atuação probatória das partes, que têm assegurado o pleno direito de produzir todas as provas pertinentes a respeito de todos os fatos discutidos, sem a necessidade de perquirir a quem a lei atribui o respectivo ônus.

Assim, o que se depreende das provas dos autos é que houve culpa exclusiva do autor na condução dos fatos que o levaram a sofrer o acidente narrado na inicial.

Sabido é que a prática de exercícios em aparelhos de musculação é individual e, assim, os alunos recebem uma primeira orientação do instrutor/professor, que também auxilia os demais presentes no local, supervisionando a todos, monitorando quando solicitado ou necessário.

Na hipótese em exame, não foi apontado qualquer defeito ou vício no equipamento. Da mesma maneira, não se aferiu falha na prestação dos serviços, pois, como dito, havia no local um instrutor, que não era um "*personal trainer*" do autor e, portanto, a ele incumbia dispensar atenção a todos os presentes na academia.

No mais, as testemunhas ouvidas em audiência afirmaram que a requerida tem profissionais para orientar os alunos na área de aparelhos de musculação; informaram, também, que para a realização das duas séries de exercícios anteriores, o demandante se valeu da ajuda do instrutor que estava à disposição, sendo que, se o tivesse esperado atender ao outro aluno, poderia ter realizado a terceira série de exercícios sem sofrer imprevistos.

Em suma, o autor não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, a teor do art. 333, inc. I, do CPC/73 (correspondente ao art. 373, inc. I do novo CPC), deixando de provar a alegada falha na prestação de serviços pela ré, que não restou demostrada.

Assim, correto o entendimento do Nobre Magistrado sentenciante, ao decretar a improcedência da ação, já que o autor deixou de produzir as provas do quanto alegado na inicial, sendo forçoso reconhecer que não há como se efetuar qualquer reparo na r. sentença.

Portanto, embora de rigor a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, para o caso, conclui-se pela ausência do dever de indenizar, em atenção ao disposto no artigo 14, § 3º, II, da citada lei, "*in verbis*":

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando*

Acesso ao Sumário

provar: (...) II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, a conferir, são os seguintes julgados:

"CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA PELO EVENTO. EXCLUDENTE DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. O principal quesito para avaliar se o serviço é defeituoso reside na segurança do utente diante das circunstâncias relevantes apresentadas 'in concreto'. Sobre a prestação de serviços também recai a responsabilidade objetiva, ou seja, não necessita da existência de culpa para o prestador de serviços responder pelo vicio, desde que não esteja no âmbito das causas excludentes (responsabilidade exclusiva do consumidor ou de terceiro e vícios originados de caso fortuito ou força maior)". ***(Ap. c/ Rev. 965678-0/3, Rel. Adilson de Araujo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/01/2008)***

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INDENIZAÇÃO - ACADEMIA DE GINÁSTICA - ACIDENTE - DIREITO DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - EXCLUDENTE VERIFICADA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - REGULAR INSTRUÇÃO AOS ALUNOS - CONTRATO DE 'PERSONAL TRAINER' - INOCORRÊNCIA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS - ARTIGO 12 DA LEI Nº 1.060/50 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO". ***(Ap. 9239701-50.2008.8.26.0000, Rel. Ferraz Felisardo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/11/2012)***

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Queda em vestiário de academia de ginástica - Responsabilidade não comprovada - Ausência de demonstração de nexo causal entre o dano indenizável e algum ato culposo da ré - Sentença confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO". ***(Ap. c/ Rev. 0126642-43.2008.8.26.0000, Rel. Elcio Trujillo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/08/2008)***

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a r. sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009470-09.2015.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes CNOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A e WHIRLPOOL S.A., é apelado ANTÔNIO

Acesso ao Sumário

LUIZ PANULA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.899)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 25 de setembro de 2017.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Fogo em eletrodoméstico. Fato do produto, cujos danos devem ser reparados exclusivamente pela fabricante identificada. Ilegitimidade passiva da comerciante reconhecida. Dano moral não configurado. Ação improcedente. Recursos providos.

VOTO

Vistos.

São apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente ação indenizatória decorrente de incêndio em eletrodoméstico. A magistrada, Doutora Daniela Nudeliman Guidet Leal, em face do vício do produto, reconheceu a legitimidade das Rés e considerou comprovada a ocorrência do dano moral decorrente do susto causado à família pelo fogo e da privação da geladeira durante as festas de fim de ano. Condenou as Rés a pagarem indenização por dano moral equivalente a R$9.370,00, acrescida de correção monetária e juros de mora a partir do arbitramento. Imputou às Rés as verbas de sucumbência com honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Apela a fabricante, Whirlpool S/A, alegando a inocorrência do dano moral. Subsidiariamente, requer a redução da indenização.

Apela a comerciante, CNova Comércio Eletrônico S/A, sustentando sua ilegitimidade passiva. Alega a inocorrência do dano moral. Subsidiariamente, requer a redução da indenização.

Recursos tempestivos, preparados e respondidos.

É o relatório.

Após uma queda de energia, a geladeira comprada das Rés pegou fogo. O Autor ajuizou a presente ação indenizatória e requereu apenas a reparação do dano moral.

O Código de Defesa do Consumidor faz expressa distinção entre a

Acesso ao Sumário

responsabilidade pelo fato do produto (art. 12) e a responsabilidade por vício do produto (art. 18). Enquanto o fato do produto decorre do acidente da relação de consumo, do dano causado ao consumidor, o vício do produto diz respeito à inadequação da qualidade ou quantidade inerente aos produtos.

Nesse sentido: *"'Há diferença fundamental entre a responsabilidade por vício e a responsabilidade por fato do produto: a primeira trata de perda patrimonial para o consumidor que normalmente não ultrapassa os limites do valor do próprio produto ou serviço, estando a responsabilidade na própria coisa; a segunda é normalmente de maior vulto, pois nos acidentes de consumo os danos materiais podem ultrapassar em muito o valor dos produtos ou serviços adquiridos, cumulando-se ainda com danos físicos e morais (RT 844/318)'"* (*in* Theotonio Negrão, Código Civil e legislação civil em vigor, 26ª ed., p. 689).

No caso, a demanda se funda em fato do produto, pois o suposto defeito na geladeira causou acidente de consumo, caso em que a responsabilidade está prevista nos arts. 12 e 13, do CDC. Vale dizer: a responsabilidade do comerciante somente existiria em caso da não identificação do fabricante ou da conservação inadequada do produto.

No caso, a fabricante está plenamente identificada e a comerciante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação.

De resto, a ação é improcedente.

Como ensina Humberto Theodoro Junior, o dano moral "*pressupõe uma lesão - a dor - que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde à pesquisa probatória não é dado chegar. Isto, porém, não quer dizer que a vítima possa obter a reparação em juízo com a simples e pura afirmação de ter suportado dano moral. A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social*" (Dano Moral, 7ª ed., Del Rey, p. 142).

No caso, o fogo na geladeira foi interno e não há notícia de queimaduras. A geladeira foi substituída por outra nova e, embora a quebra ou inutilização do eletrodoméstico tenha causado desassossego e distúrbios ao plano do consumidor, não pode ser considerada como violadora aos direitos da personalidade do Autor.

O Autor alega que foi impedido de realizar as festas de fim de ano em sua casa, tendo que substituí-la de lugar. Este fato tampouco é capaz de gerar dano moral indenizável. A festa foi realizada em outro lugar, não se vislumbrando ofensa à honra, imagem, nome ou integridade física do Autor.

Não é o pequeno percalço fato do qual se possa extrair uma ofensa

Acesso ao Sumário

aos sentimentos ou ao espírito da vítima. É sabido que todos, considerados a organização da sociedade em que vivem, a experiência de vida segundo o seu padrão econômico ou o ambiente a que estão expostos, desenvolvem com maior ou menor eficácia uma estrutura psicológica que permite lidar com contrariedades a que certamente estamos sujeitos. Neste quadro, se as ofensas impostas, ainda que em consequências de atos ilícitos, não ultrapassam esse patamar da contrariedade, não há dano moral indenizável. O dano moral que se quer ver indenizado é aquele que ultrapassa, pela sua intensidade ou duração, aquilo que uma pessoa com estrutura psicológica normalmente desenvolvida estaria obrigada a suportar nas sociedades complexas.

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos para reconhecer a ilegitimidade passiva da comerciante e, em face da fabricante, julgar improcedente a demanda. Imputa-se ao Autor as verbas de sucumbência com honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 para cada Ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1075511-56.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SERGIO MATIOTA, é apelado BANCO CSF SA CARREFOUR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.551)**

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

São Paulo, 26 de setembro de 2017.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Compra e venda. Ação declaratória de nulidade contratual c.c. indenização por danos morais. Venda casada. Inocorrência. Condições da venda especificadas em anúncio e complementadas no caixa. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

VOTO

Visto.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação (fls. 156/164) interposto por Sergio Matiota contra r. sentença (fls. 152/154), que julgou improcedente ação declaratória de nulidade contratual c.c. indenização por danos morais, condenando o autor aos ônus da sucumbência.

Apela o autor, preliminarmente informando que vem sendo prejudicado no processo, eis que solicitou aditamento para inclusão da empresa vendedora no polo passivo e a petição foi recebida pelo cartório como de "pedido de anotação de endereço". No mérito, alega que seu nome foi incluído em órgão de proteção ao crédito por cobrança ilícita, pleiteando indenização por danos morais.

Recurso preparado, recebido e respondido.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Inicialmente não se reconhece prejuízo ao autor no processo. A petição de aditamento de fls. 18/19 não foi recebida e não houve a tomada das medidas judiciais cabíveis pelo interessado.

O apelante alega que pretendia aproveitar-se da promoção do supermercado Carrefour, beneficiando-se do desconto de 50% (cinquenta por cento) na compra de cervejas importadas. Adquiriu 120 frascos de cervejas que custavam R$ 6,75 (seis reais e setenta e cinco centavos) a unidade, descobrindo no caixa que não pagaria somente R$ 3,37 (três reais e trinta e sete centavos) por unidade, mas pagaria o valor integral da cerveja, tendo o estorno de 50% creditado no cartão Carrefour no prazo de até 70 dias.

O cupom fiscal juntado somente a fls. 126 comprova a compra e o documento de fls. 36, juntado pelo próprio autor, ilustra que a promoção era vinculada ao uso do cartão Carrefour. O autor teve ciência das regras da promoção no dia da compra e optou por aceitá-las. Poderia ter comprado pagando o preço normal, sem necessidade de contratar o cartão da loja. Dessa forma, não se configura a alegada venda casada, prevista no art. 39, I, do CDC.

O autor foi devidamente informado de que naquela promoção o desconto das cervejas seria creditado no cartão em até 70 dias após a compra. Obviamente este crédito está condicionado ao pagamento integral da mercadoria, caso contrário haveria vantagem iníqua para o consumidor que ficaria como produto e como crédito, sem adimplir integralmente a dívida.

Não há, pois, lugar para arguição de vício na contratação.

O autor reconhece que fez a compra e que pagou apenas o que entendia devido, logo, permaneceu inadimplente junto à operadora do cartão, sendo regularmente inscrito no Serasa. Sendo lícita a inscrição, não cabe indenização por danos morais.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015963-66.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLARO S/A, é apelado GILBERTO GONÇALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com majoração da verba honorária (art. 85, § 11, do CPC). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.781)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), MARCOS RAMOS e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA EM NOME DO AUTOR. 1. Cabe à ré demonstrar a ocorrência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito da autora. Aplicação do artigo 373, II do Código de Processo Civil/15. 2. A contratação fraudulenta, em nome do autor, das linhas telefônicas e o uso delas com objetivos ilícitos, que levaram à reiteradas investigações criminais a que foi submetido o autor, em virtude da desídia da ré, geraram inconteste abalo moral, justifica-se a reparação do dano daí decorrente e oriundo do agir indiligente da empresa ré. 3. O valor do dano moral deve ser aferido com razoabilidade, sem excesso, para que não gere enriquecimento, nem com insignificância, que o torne inexpressivo. Sentença mantida. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária (art. 85 §11 do CPC).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 200/204, integrada às fls. 212, que julgou procedente em parte a ação para condenar a

ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e com juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (06/01/2015), nos termos da Súmula 54 do STJ. Em razão da sucumbência mínima do autor, deverá a requerida arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado alegando que os débitos exigidos do autor decorrem da prestação de serviços realizada, sendo que a culpa exclusiva do próprio consumidor ou de terceiros exclui a responsabilidade objetiva do fornecedor. Aduz que os serviços foram prestados devidamente e que adotou todas as regras legais e contratuais, não havendo qualquer negligência de sua parte. Entende que inexiste defeito na prestação dos serviços e que eventual desencontro de informações sistêmicas é plenamente tolerável e não configura um dano de ordem moral indenizável. Alternativamente, pugna pela redução do valor da indenização por entender excessiva tendo em vista que realizou a cobrança do débito em razão da efetiva prestação dos serviços e da inadimplência do autor. Discorre acerca do instituto do dano moral e da necessidade de comprovação de sua ocorrência, bem como da observância dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade quando do arbitramento da indenização a fim de evitar o enriquecimento indevido da parte, sugerindo o valor de R$ 5.000,00.

Apresentadas as contrarrazões com pedido de aplicação de penalidade por litigância de má-fé, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

Recebidos os presentes autos em virtude de redistribuição realizada em 31/07/2017, por força da Resolução nº 737/2016 do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Bem andou a ilustre magistrada sentenciante ao decidir a lide nos seguintes termos:

"*O pedido é procedente.*

Há, nos autos, os pressupostos de existência da obrigação de indenizar: conduta culposa, dano e o nexo de causalidade entre ambos.

A partir da detida análise dos autos, verifica-se que restaram comprovados os prejuízos sofridos pelo autor. Isso porque, ao passar pela segunda investigação policial, referente a terceira linha que era usada indevidamente para fins ilícitos, o inquérito foi arquivado por falta de provas, mas algumas consequências permaneceram a atrapalhar o autor, como a desconfiança que apresentava em seu ambiente de trabalho, já que, para prestar depoimento, era necessário faltar no trabalho e a publicidade que o assunto tomou em sua vizinhança, graças a abordagem

Acesso ao Sumário

dos policiais, que chagaram a colher informações até da esposa do autor como parte da investigação.

Importante destacar, que não é a primeira vez que o autor passou por essa situação.

A partir da análise dos autos, percebe-se que já foi ajuizada e julgada ação similar de indenização por danos morais, em face da mesma ré, por outras duas linhas telefônicas em nome do requerente que eram utilizadas com objetivos ilícitos, sendo a ré condenada a indenizar o autor, pelos mesmos constrangimentos anteriormente citados.

Logo, o fato vem ocorrendo reiteradamente, sem que a requerida preste a necessária atenção à quem esta solicitando os seus contratos, é essencial a observância do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece em seu artigo 6º, inciso VI e VII:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Destarte, em que pese as teses de defesa no sentido de que não houve danos morais e tampouco defeito na prestação de serviço, o prejuízo sofrido foi suficientemente provado pelo requerente.

Agiu a requerida com culpa, porquanto deixou de se cercar das cautelas necessárias ao contratar o serviço de telefonia, permitindo, assim, que terceiro contratasse em nome do autor, mediante artifício fraudulento, o que gerou os prejuízos descritos. Agiu, assim, de forma imprudente. De se ressaltar que é possível extrair do inquérito policial a ocorrência da fraude. Ademais, não comprovou a requerida, por meio de documentos idôneos, que foi o autor quem contratou os serviços de telefonia. E, como é cediço, não se pode carrear à parte autora a prova sobre fato negativo.

Com o andamento das investigações e a perda de seu trabalho, entre outros acontecimentos já citados, tem-se, portanto, comprovados os constrangimentos, do que se extrai ter havido dano moral à parte autora.

O dano moral igualmente é presumível, já que o autor passou por situações constrangedoras e prejudiciais ao seu convívio social." *(fls. 202/203)*

Acesso ao Sumário

De fato, pela análise detida dos autos, observa-se que era mesmo de rigor o acolhimento da pretensão indenizatória formulada na inicial, tendo em vista que restou amplamente demonstrada a total negligência da apelante que, de forma reiterada, contratou linha telefônica em nome do autor sem a devida cautela, o que culminou em submetê-lo a nova investigação policial.

As alegações da empresa de telefonia limitam-se a genérica negativa dos fatos apresentados na inicial, bem como afirma a requerida que os serviços foram devidamente prestados e que não deve ser responsabilizada por culpa do consumidor ou de terceiros, chegando inclusive a alegar que o nome do autor foi negativado em virtude da inadimplência do mesmo, alegação esta totalmente estranha aos fatos narrados na peça inaugural.

Note-se, que a apelante, tanto em sede de contestação como em suas razões recursais não discorre uma linha sequer acerca dos acontecimentos narrados pelo autor, ou seja, da contratação fraudulenta, em seu nome, das linhas telefônicas e das reiteradas investigações criminais as quais foi submetido em virtude da desídia da ré.

Como já dito, a ré não trouxe qualquer comprovação acerca dos fatos narrados pelo autor, restando bem decretada a procedência do pedido articulado na inicial.

E como já diziam os romanos "*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*", vale dizer alegar e não provar equivale a nada alegar.

De fato, preleciona o renomado VICENTE GRECCO FILHO (Direito Processual Civil Brasileiro, 2º vol., Saraiva, 13ª ed. 1999, p. 189):

> "***Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.***
>
> ***Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio geral do 'in dubio pro reo'. No processo civil, 'in dubio', perde a demanda quem deveria provar e não conseguiu.***
>
> ***É importante repetir que, conquanto a prova do fato constitutivo incumba ao autor, isto não quer dizer que o réu não tenha interesse em fazer contraprova do fato constitutivo ou prova de sua inexistência.***"

Assim, as singelas assertivas da contestação não são suficientes para justificar a reiterada permissão da ré quanto à contratação fraudulenta de linha telefônica em nome do autor e refutar o pedido de indenização por danos morais.

Ora, não é crível que uma empresa de telefonia do porte da apelante não tenha métodos eficientes para impedir que terceiros contratem linhas telefônicas em nome de outrem com o intuito de praticar atos criminosos (estelionato), vindo a submeter tais vítimas a investigações criminais já que as linhas telefônicas utilizadas para o ato ilícito se encontravam em seu nome.

Acesso ao Sumário

Além disso, restou evidente que a ré já tinha ciência da utilização dos dados do autor para a contratação fraudulenta de linha telefônica e permitiu que tal situação novamente ocorresse, inclusive tendo o requerente sido submetido a mais uma investigação criminal, o que por si só é mais do que suficiente para causar danos a sua reputação com cristalino abalo moral passível de indenização.

Dessa forma, comprovado que os transtornos sofridos pelo autor geraram inconteste abalo moral, justifica-se a reparação do dano daí decorrente e oriundo do agir indiligente da empresa ré.

Quanto à modificação do valor arbitrado a título de reparação pelos danos morais reconhecidos na sentença e aqui confirmados, não assiste razão à apelante, impondo-se a manutenção do valor fixado na sentença.

Isto porque, na fixação da indenização pelo dano moral, como já tivemos a oportunidade de decidir[1] cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, para não aviltar a pureza essencial do sofrimento que é do espírito, evitando a insignificância que o recrudesce ou o excesso que poderia masoquisá-lo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento publicado na RSTJ 112/216, com voto condutor do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, bem ponderou:

> "***Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso***".

É o que afirma, noutras palavras, o eminente Des. Rui Stoco, citando lição do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que a indenização não pode ser "***nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva***" (*in* Responsabilidade Civil, RT, 3ª edição, pag. 524).

Assim, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, traduzida na reiterada conduta da ré, as repercussões sociais, os inconvenientes naturais suportados pelo autor, e, ainda, o porte da empresa requerida, temos que o valor fixado na sentença (R$ 25.000,00), neste caso, deve ser mantido, pois suficiente para confortar o abalo indevidamente experimentado pelo autor e, ao mesmo tempo, desestimular a conduta indiligente da apelante.

Dessa forma, sem qualquer modificação o julgado de primeiro grau.

Por fim, não é o caso de aplicação da penalidade por litigância de má-fé,

Acesso ao Sumário

1 Ap. s/Rev. 563.866-00/7 - 2ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 7.2.2000; AI 719.075-00/2 - 2ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 17.12.2001.

como requerido em contrarrazões, por entendermos não configurado, por ora, o *improbus litigator*, não caracterizado pelo exercício do direito de recorrer.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, majorando o valor dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85 §11 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025397-19.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S.A., é apelado CAD- CLÍNICA DE ANESTESIOLOGIA E DOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária 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 5.995)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. Cobrança por serviço de telefonia não contratado. Autora que se enquadra no conceito de consumidora, visto que é destinatária final do serviço. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Rés que não comprovaram a contratação do serviço pelo qual efetuaram a cobrança. Inexigibilidade do débito bem reconhecida. Danos morais. Inocorrência. Empresa autora não demonstrou abalo à sua honra objetiva. Reputação e imagem preservadas. Redistribuição das verbas de sucumbência. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra a sentença a pp. 258/262, proferida na AÇÃO

DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO ajuizada por **CAD - CLÍNICA DE ANESTESIOLOGIA E DOR LTDA. SIMPLES** em face de **TELEFÔNICA BRASIL S/A E CELL B TELECOM**, que julgou PROCEDENTES os pedidos contidos na inicial, para determinar o cancelamento do débito apontado na inicial, bem como para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00.

Inconformado, apela a corré Telefônica, consoante as razões de pp. 264/273. Sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, já que a prestação do serviço de telefonia e internet é utilizada para incrementar a atividade empresarial da autora. Entende que não restou comprovada ofensa à honra objetiva da requerente, afirmando, no mais, que o valor fixado a título de indenização por danos morais fere o princípio da razoabilidade.

Recurso tempestivo e preparado.

Foram apresentadas contrarrazões (pp. 278/287).

O recurso foi redistribuído a esta 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, conforme Resolução 737/2016 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório do necessário.

1. Preliminarmente, observa-se que a relação entre as partes constitui verdadeira relação de consumo.

Conforme atual entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, a relação de consumo não se caracteriza por simples presença de pessoa física ou jurídica em um de seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado e de um fornecedor de outro.

Confira-se:

"*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.*

1. A Segunda Seção desta Corte consolidou a aplicação da teoria subjetiva (ou finalista) para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

Acesso ao Sumário

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela vulnerabilidade do agravado em relação à agravante. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."[1]

No caso em análise, evidente a vulnerabilidade da autora, cujo ramo é a prestação de serviços médicos, se enquadrando perfeitamente no conceito de consumidora, uma vez que é a destinatária final do serviço de telefonia.

Além disso, importante acrescentar que o Código de Defesa do Consumidor é expresso ao admitir a aplicação de suas normas protetivas no âmbito dos serviços públicos. **Sergio Cavalieri Filho** leciona que "*os serviços públicos estão também sujeitos às regras do consumo, uma vez que o art. 22 do CDC dispõe que 'os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e, quanto aos essenciais, contínuos'*."[2]

Sendo assim, configurada a relação de consumo entre a concessionária de serviços públicos e a requerente, impõe-se a aplicação das normas previstas na Lei Consumerista.

2. Deste modo, andou bem a sentença ao aplicar a inversão do ônus da prova ao caso concreto, a teor do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo à ré o ônus de comprovar a contratação dos serviços cobrados. Mesmo porque, seria impossível a produção de prova negativa pela autora, no sentido de que não contratou os serviços que deram origem ao débito.

Assim, era mesmo de rigor o reconhecimento da inexigibilidade do débito cobrado pelas rés.

3. A sentença comporta reparo, entretanto, no que concerne à fixação de indenização por danos morais, visto que não restou demonstrada ofensa à honra objetiva da autora.

A simples cobrança irregular de valores não acarreta automaticamente a necessidade de ressarcimento moral. Imprescindível a comprovação de que a conduta perpetrada pela requerida ensejou ofensa à honra da requerente. Isso porque a parte supostamente ofendida é uma pessoa jurídica, desprovida, portanto, de honra subjetiva.

Na lição de **Yussef Said Cahali**, "*afirma-se ser admissível a indenização por dano moral causado à pessoa jurídica em decorrência de manifestações que acarretem abalo de seu conceito no mercado em que atua, uma vez que o direito à honra e imagem é garantido pela Constituição, em seu art. 5º, X, cuja*

1 *STJ - **AgRg no AREsp 415.244/SC**, 4ª Turma, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 19.05.2015.*

2 *Cavalieri Filho, Sergio, "Programa de Direito do Consumidor", Ed. Atlas, 4ª ed., p. 85.*

Acesso ao Sumário

interpretação não há de se restringir às pessoas naturais"[3].

Com efeito, como as pessoas jurídicas não possuem honra subjetiva, não sofrem dor, angústia, sofrimento, tristeza profunda ou outros sentimentos inerentes à pessoa humana, os quais, se causados, impõem a condenação do responsável ao ressarcimento moral. Para a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, necessária a comprovação de que sua conduta acarretou ofensa ao nome, imagem ou reputação da empresa autora.

No caso em tela, nota-se que os fatos narrados indicam eventual ofensa à honra subjetiva de sócio da empresa (p. 09, primeiro parágrafo). Não restou comprovada a indevida inscrição do nome da requerente nos cadastros de inadimplentes, ou mesmo qualquer excesso por parte das requeridas, mas simples envio de faturas oriundas de serviço não contratado.

Desta forma, verifica-se que a conduta perpetrada pela empresa requerida, apesar de reprovável, não enseja dano moral indenizável. Não há fundamentos para qualquer recomposição pecuniária, na medida em que o ocorrido não passou de uma cobrança irregular de serviço prestado com defeito, que não pode ser alçado ao patamar de dano moral.

4. Em razão da solução que se deu à lide, condeno as partes à divisão do valor das custas e despesas processuais.

Fixo honorários advocatícios equitativamente em favor do patrono da autora em R$ 2.000,00 e em favor do patrono da ré em R$ 3.000,00, já observado o disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

5. Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002044-70.2016.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante VANESSA GOMES DA SILVA, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara Extraordinária 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 34864)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), HUGO CREPALDI e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

Acesso ao Sumário

3 *Op. cit., p. 384.*

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM ANÁLISE DO MÉRITO - INTERESSE DE AGIR AUSENTE - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos, extinta sem resolução do mérito, pela r. sentença de fls. 45/46, cujo relatório fica aqui incorporado, em razão do reconhecimento de ausência de interesse de agir.

Inconformada com a solução de primeiro grau, apela a autora ***Vanessa Gomes da Silva*** (fls.48/66).

Alega, em síntese, a existência do interesse de agir visto a necessidade de obtenção de contrato celebrado com a ré que ateste ter servido para negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, postulando pelo afastamento da extinção sem apreciação do mérito. Pede, assim, a reforma do julgado.

Recurso regularmente processado, com contrariedade às fls. 71/89, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

O direito à exibição dos documentos mencionados na petição inicial decorre da condição de contratante da Apelante, justificando juridicamente a sua pretensão de conhecer o teor do contrato de prestação de serviços celebrado e dos demais documentos a ele relacionados.

Todavia, não se mostra adequada a pretensão da Apelante em postular em juízo a exibição dos documentos reclamados, porquanto na realidade, o que a autora denomina "contrato" é fatura, a qual pode ser obtida administrativamente, seja através do próprio *site* da empresa ré, seja através de agências que se prestam ao serviço de atendimento aos consumidores.

Assim, mister a manutenção da extinção do feito nos moldes definidos pela r. sentença.

Com relação aos honorários recursais previstos no par. 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, estes somente se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do STJ, como é a hipótese dos autos.

Dessa forma, sem honorários fixados em razão da não citação, que,

Acesso ao Sumário

todavia, ocorreu após a interposição do apelo, que foi respondido, fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa (R$9.000,00) os honorários recursais devidos em favor da parte apelada, em consideração ao trabalho adicional do patrono do réu em grau recursal, consoante preconiza o art. 85, par. 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1044155-14.2013.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes ATUA GTIS HIPÓDROMO EMPREENDIMENTOS LTDA. e ATUA CONSTRUTORA E INCORPORADORA S.A., é embargado KARINA MACEDO MARQUES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 44054)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e RUI CASCALDI.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Omissão inexistente - Tese da prescrição trienal firmada pelo Superior Tribunal de Justiça após o julgamento das apelações - Embargos declaratórios rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos ao Acórdão de fls. 22/25, sustentando Atua Gtis Hipódromo Empreendimentos Ltda. e Atua Construtora e Incorporadora S/A ser ele omisso em relação à tese de prescrição trienal firmada no julgamento do REsp. nº 1.551.956/SP.

Manifestou-se a embargada a fls. 8/10.

É o relatório.

Convém ressaltar que "*A atribuição de efeitos infringentes a embargos declaratórios é medida excepcional, cabível tão somente nas situações em que, sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração do julgado surja como consequência natural da integração do julgamento*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1.174.159 - RS, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Og Fernandes, em 18/3/15, DJe de 30/3/15). Todavia, "*Os Embargos de Declaração não se prestam à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido*" (EDcl no AgRg no REsp 1.514.314 - SP, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em 6/8/15, DJe de 21/8/15).

Analisados os autos, o que pretendem as embargantes é o reexame da matéria debatida pela Turma Julgadora, procurando fazer prevalecer seu ponto de vista.

Ao contrário do alegado por elas, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, referente à prescrição trienal, somente abrange a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de serviço de assistência técnico-imobiliária. As despesas atinentes a serviços cartorários e ao ITBI estão, portanto, excluídas do entendimento consolidado pela Corte Superior.

Rejeitam-se os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1105117- 95.2016.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ÓTICAS CAROL S/A, são embargados L I ÓPTICAS LTDA. - EPP, WANDA NOGUEIROL DEFEO e RICARDO JOSÉ DEFEO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos acolhidos, sem efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.266)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), RICARDO NEGRÃO e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 29 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Embargos de Declaração. Erro material. Consideração, equivocada, de que a sentença recorrida foi proferida e publicada antes da vigência do novo diploma processual civil, rejeitado, por isso, o pedido de majoração dos honorários de sucumbência em fase recursal. Pedido acolhido, nos termos do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil. Embargos acolhidos, sem efeito modificativo.

VOTO

A recorrente manejou embargos de declaração em face do Acórdão de fls. 186/191, com alegação de omissão quanto à majoração da verba honorária sucumbencial em razão do trabalho realizado nesta instância.

Os embargos foram rejeitados pelo Acórdão de fls. 5/7 deste incidente.

Inconformada, maneja novos embargos de declaração a dizer, agora, que o último aresto adotou falsa premissa, pois a sentença foi proferida e publicada na vigência do atual Código de Processo Civil, requerendo, por isso, a majoração dos honorários de sucumbência a 20% sobre o valor da causa.

É o relatório.

A embargante tem razão.

Há, de fato, adoção de premissa equivocada no aresto embargado, que afastou o pedido de majoração dos honorários de sucumbência sob o fundamento que a sentença foi publicada antes da vigência do atual diploma processual civil.

Contudo, em verdade, foi proferida e publicada no início deste ano de 2017, quando vigente o código atual.

Se é assim, em consideração ao trabalho adicional realizado nesta sede recursal pelo patrono da embargante, que apresentou resposta ao apelo e viu desprovido o recurso interposto pelos embargados, impõe-se a majoração da verba honorária a 15% do valor atualizado da causa.

Assim, consertados a omissão do primeiro aresto e o erro do segundo, acolho os embargos para majorar os honorários de sucumbência, embora sem efeito modificativo.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1022413-62.2015.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ANDRÉS OLCESE, é embargado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29254)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - Reconhecida a existência de omissão no acórdão, com relação ao pedido de declaração de quitação das faturas de cobrança - Vício sanado - Embargos de declaração acolhidos, para fazer constar do acórdão que, em consequência da declaração de inexigibilidade dos débitos, declaram-se quitadas as faturas do cartão de crédito do autor vencidas em 01/05/2015 e 17/05/2015 - Embargos de declaração, neste aspecto, acolhidos.

CONTRADIÇÃO - PREQUESTIONAMENTO - Hipótese em que o embargante pretende, em verdade, o reexame da matéria - Vedação - Contradição inocorrente - Reconhecido que, ainda que os embargos de declaração tenham fins de prequestionamento, devem ser observados os lindes traçados no art. 535 do CPC/1973, atual art. 1.022 do NCPC - Matéria prequestionada - Embargos de declaração, neste aspecto, rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos de declaração tempestivamente opostos em face do v. acórdão de fls. 316/325, que, por votação unânime, deu parcial provimento ao apelo.

Sustenta que há omissão no v. acórdão, com relação ao pedido de declaração de quitação das faturas de cobrança. Aduz que há contradição, devendo haver

a condenação do embargado ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência do fato do serviço. Assevera que o embargante decaiu de parte mínima do pedido, de modo que deve ser afastada a sucumbência recíproca. Prequestiona o art. 14 do CDC. Requer o acolhimento dos embargos, para que sejam sanados os vícios e para fins de prequestionamento (fls. 01/05 dos autos em apenso).

É o relatório.

Com parcial razão o embargante.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em seu Curso de Processo Civil, vol. 02, 2015, "*é omissa a decisão que deixa de se pronunciar sobre argumento formulado pela parte capaz de alterar o conteúdo da decisão judicial. Inocorre em omissão relevante toda e qualquer decisão que esteja fundamentada de forma insuficiente (art. 1.022, parágrafo único, II), o que obviamente inclui a ausência de enfrentamento de precedentes das Cortes Supremas arguidos pelas partes e de jurisprudência formada a partir do incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência perante as Cortes de Justiça (art. 1.022, parágrafo único, I)*".

De fato, há omissão no v. aresto, com relação ao pedido de declaração de quitação das faturas de cobrança.

Assim, a fim de sanar a omissão e, uma vez que, como reconhecido no v. acórdão, o autor, ora embargante, efetivamente efetuou o pagamento das faturas de seu cartão, apenas excluindo o valor referente às transações por ele não realizadas (fls. 31/37), passa a contar do v. acórdão:

"**De rigor, portanto, a parcial reforma da r. sentença *a quo*, para o fim de, tornando definitiva a tutela antecipada anteriormente concedida (fls. 62/64), julgar parcialmente procedente a presente ação, declarando-se a inexigibilidade, perante o autor, dos débitos apontados na inicial e, consequentemente, declarando-se quitadas as faturas do cartão de crédito do autor vencidas em 01/05/2015 e 17/05/2015, acostadas às fls. 31/37. Autorizado o levantamento, pelo autor, do depósito em garantia realizado às fls. 46/47.**" (fls. 325).

No mais, não há vícios no v. acórdão.

Toda a matéria, bem como todos os dispositivos legais mencionados foram apreciados, ainda que implicitamente, pelo v. acórdão.

A alegada contradição inexiste no v. aresto.

A existência de julgados, deste Tribunal de Justiça, em sentido diverso não vincula o entendimento deste Julgador, bem como da 24ª Câmara de Direito Privado, a qual faz parte.

Assim: "***A contradição que autoriza os embargos de declaração é do***

***julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte**" (STJ - 4ª T., REsp 218.528 - EDcl, Min. Cesar Rocha, j. 7.2.02, DJU 22.4.02)*, conforme nota de rodapé 14b, do art. 535, CPC, 46ª ed., Theotônio Negrão.

Ademais, o *decisum* é claro no sentido de afirmar que os danos morais não restaram caracterizados, sendo indevido o pagamento de indenização.

Veja-se: "*O dano extrapatrimonial, por sua vez, não restou caracterizado. Os aborrecimentos sofridos pelo autor, em razão da cobrança indevida, não configuram dano moral indenizável. Não se pode negar que a situação vivenciada pelo autor lhe tenha trazido incômodos, mas nada que tenha ultrapassado os aborrecimentos naturais da vida, típicos do dia a dia da maioria das pessoas. Referida conduta, portanto, não configura a ocorrência de dano moral, a ensejar o pagamento de indenização. Os fatos narrados pelo autor configuram-se como mero dissabor, a que todos os indivíduos estão sujeitos na vida cotidiana. (...) Assim, é inoportuno considerar qualquer espécie de descontentamento ou aborrecimento incidente na esfera psíquica como suficiente ao reconhecimento do dano moral, sob pena de deturpação do instituto. Não se olvide, ademais, que, no caso vertente, o autor não sofreu abalo de crédito em razão das transações questionadas, não lhe foi imposta qualquer restrição cadastral e tampouco ocorreu qualquer lesão à sua honra objetiva e subjetiva. De fato, não há qualquer documento nos autos que demonstre que o nome do autor tenha sido efetivamente inserido nos cadastros de inadimplentes pelo banco réu em razão dos débitos discutidos nesta demanda. De tal sorte, tendo em vista que a situação experimentada pelo autor não configurou ofensa aos direitos da personalidade, de rigor a improcedência do pedido de indenização por danos morais.*" (fls. 323/325).

Ainda, tendo decaído o autor, ora embargante, de parte considerável de seu pedido, devidamente caracterizada a sucumbência recíproca, como reconhecido no v. acórdão, não havendo qualquer contradição neste ponto: "*Em razão da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos, fixados em R$1.500,00.*" (fls. 325).

Pretende o embargante, neste aspecto, sob as vestes da contradição, que os embargos sejam acolhidos com efeitos infringentes, sem observar os lindes traçados no art. 535 do CPC/1973, atual art. 1.022 do NCPC (obscuridade, contradição e omissão). A verdadeira intenção é, portanto, o reexame da causa.

Sobre a questão, já teve este E. Tribunal a oportunidade de decidir que "*A pretexto de esclarecer ou complementar o julgado, não pode o acórdão de embargos de declaração alterá-lo (RTJ 90/659, RT 527/240, JTA 103/343)*".

O inconformismo da recorrente, contudo, neste ponto, não pode ser

Acesso ao Sumário

veiculado por meio de embargos de declaração.

Por fim, ainda que para o fim de prequestionamento, necessário que se demonstre que o acórdão contenha omissão, contradição ou obscuridade.

Sobre a questão, veja-se:

"Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo RECURSO - **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ÂMBITO PREQUESTIONAMENTO - LIMITE DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - OBSERVÂNCIA - NECESSIDADE - Embargos cuja única finalidade é o prequestionamento. Inadmissibilidade se não ocorrentes as hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil.** E. Dcl. 668.468-01/4 - 3ª Câm. - Rel. Juíza REGINA CAPISTRANO - J. 10.8.2004".

"Tribunal de Justiça de São Paulo **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Prequestionamento - Necessária observância dos limites traçados pelo artigo 535 do Código de Processo Civil** - Reexame da causa - Inadmissibilidade - Recurso que visa apenas ao esclarecimento de dúvidas ou supressão de omissões, contradições ou obscuridades - Embargos rejeitados. **Mesmo nos embargos de declaração com fins de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa.** (Embargos de Declaração n. 248.062-5 - São Paulo - 4º Grupo de Câmaras de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 25.09.02 - V. U.)".

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. **Ao contrário do que sustenta o agravante, os embargos de declaração, para fins de prequestionamento, servem para suprir omissão do acórdão recorrido em relação à matéria suscitada no recurso cabível ou nas contra-razões e não para inovar matéria constitucional não debatida nos autos**. 2. Ausente o prequestionamento do art. 129, III, da Constituição, dado como contrariado. Não prescinde desse requisito, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária, a circunstância de poder a ilegitimidade ativa ad causam ser analisada em qualquer grau de jurisdição. 3. Agravo regimental improvido." STF - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434420 - RELATOR: ELLEN GRACIE - PUBLICAÇÃO: DJ 05-08-2005".

Sendo o reexame da matéria e o prequestionamento de dispositivos legais a verdadeira pretensão do embargante, a hipótese é de, neste aspecto, rejeição dos embargos opostos.

Fica prequestionada a matéria.

Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1010841-48.2016.8.26.0011/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante NANCY PERVELLI DELLA ROSA, são embargados ANA LUCIA PEREIRA e THIAGO PEREIRA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Receberam os embargos, sem efeitos modificativos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.389)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), ALEXANDRE LAZZARINI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Embargante que aduz a ocorrência de erro material na folha de rosto do acórdão embargado. Erro, de fato, existente. Declaratórios recebidos, sem efeitos modificativos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração que se opõem ao acórdão de fls. 295/302, assim ementado:

> "Cumprimento de sentença. Sentença que acolheu impugnação formulada pela executada, deixando de fixar honorários advocatícios. Apelação desta. Êxito da impugnação que afastou parcela significativa da cobrança (61%). Acolhimento do incidente que torna imperiosa a fixação de honorários advocatícios. Precedente do STJ, consolidando entendimento nos termos do art. 543-C do Código Buzaid. Reforma da sentença recorrida. Apelação provida." **(fl. 296)**.

A embargante aduz que há erro material na folha de rosto do acórdão embargado, uma vez que há indicação incorreta de que os impugnados Ana Lúcia e Thiago são apelantes, não apelados.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Há, de fato, erro material.

A simples comparação da primeira página do acórdão (fl. 296) com sua folha de rosto (fl. 295) demonstra que, de fato, há a indicação incorreta

Acesso ao Sumário

mencionada. A embargante é apelante, e não apelada.

Posto isso, **recebo** os declaratórios, sem efeitos modificativos.

Providencie a serventia as correções necessárias.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1113257-55.2015.8.26.0100/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante ANGELITA DE OLIVEIRA PEREIRA, (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado TELEFÔNICA DATA 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: "Acolheram parcialmente os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31693)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), IRINEU FAVA e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão - Existência - Juros de mora a contar da citação - Relação contratual - Embargos parcialmente acolhidos.

VOTO

São Embargos de Declaração contra o v. Acórdão de fls. 85/90, que deu provimento ao apelo interposto pela embargante.

Sustenta a autora que o V. Acórdão é omisso, pois ao majorar o valor da indenização por dano moral, não se manifestou acerca da incidência dos juros de mora, pleiteando a aplicação da Súmula nº 54 do Colendo STJ. Busca sanar o vício apontado.

É o relatório.

Assiste razão a embargante quando pretende aclarar o v. Acórdão outrora lançado diante da omissão acerca da incidência dos juros de mora no valor da atualização por dano moral, que passo a sanar.

Com relação à correção monetária do valor indenizado, de fato, observa-

Acesso ao Sumário

se do v. Acórdão foi omisso e, por se tratar de relação contratual o que afasta a aplicação do enunciado da Súmula nº 54 do Colendo STJ, devem incidir *a contar da citação*.

E esse é o caso dos autos, logo, em relação a esse tema, merece alteração o r. *decisum*.

Pelo exposto, acolhem-se parcialmente os embargos de declaração, para determinar a incidência de juros de mora sobre o valor da indenização por dano moral (R$ 10.000,00) a contar da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1024632-79.2014.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes JOÃO CARLOS FARAH e RENATO JOÃO FARAH, são embargados KAIO VINICIOS FERREIRA DE OLIVEIRA, FRANCISCO COSTA DE OLIVEIRA e EDNEIA CASTRO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram em parte os embargos para sanar erro material, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 26 de setembro de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Existência de erro material no corpo do julgado, relativo à base de cálculo dos honorários de sucumbência devidos ao advogado dos autores - Inexistência de omissões ou outros vícios no aresto - Embargos parcialmente acolhidos, apenas para sanar erro material.

VOTO

São embargos de declaração opostos por JOÃO CARLOS FARAH E OUTRO contra o V. Acórdão que julgou o recurso de apelação, com o propósito de sanar as omissões que apontam em suas razões recursais.

Os recorrentes alegam, em síntese, que o aresto incorreu em omissão quanto

Acesso ao Sumário

à possibilidade de apresentação de documentos contábeis complementares em sede de perícia, e quanto à incidência ou não de juros e correção monetária sobre os valores históricos dos passivos ocultos que motivaram a revisão do valor das quotas sociais.

Alegando ainda que o julgado deixou de especificar a base de cálculo sobre a qual os honorários de sucumbência em favor de seu representante deverão ser fixados, pedem o acolhimento de seus embargos.

É o relatório.

1. Os embargos comportam parcial acolhimento, apenas para sanar erro material constante do Acórdão.

Os honorários de sucumbência devidos ao advogado dos autores foram fixados em montante equivalente a 15% do valor da condenação pelo aresto.

Contudo, não houve condenação ao pagamento de quantia propriamente dita pelo julgado, mas sim imposição da obrigação de revisão do valor das quotas sociais objeto de contrato entre as partes, para que sejam levados em conta passivos desconsiderados por ocasião do negócio, especificamente os débitos tributários já reconhecidos pela sentença, a dívida apontada no instrumento de fls. 444/445 e as multas elencadas no documento de fls. 447.

Diante desse quadro, e em observância ao disposto no art. 85, §§ 2º, 8º e 11 do CPC/15, de rigor a fixação dos honorários devidos ao representante dos autores não em 15% do valor da condenação, mas sim em 15% do proveito econômico obtido com a demanda, este equivalente à diferença entre o valor original das quotas sociais e o valor após sua revisão, o qual será apurado em sede de liquidação.

2. No mais, inexistem as omissões apontadas pelos embargantes.

Em relação à alegada possibilidade de juntada de documentos contábeis complementares em sede de perícia, o aresto foi bastante claro ao expor que a prova documental já seria capaz de comprovar a existência de dívidas supostamente não contabilizadas quando da contratação, e que a prova técnica serviria apenas para, com base nos documentos apresentados, rever o valor das quotas sociais.

Foi justamente esse raciocínio, aliás, que ensejou a rejeição do agravo retido e da preliminar de cerceamento do direito à prova. Veja-se:

"*De início, cumpre conhecer do agravo retido de fls. 684/687 dos autos, pois interposto tempestivamente na vigência do CPC/73, e reiterado nas razões de apelação.*

Aludido agravo foi interposto contra a decisão de fls. 657, que indeferiu a realização de perícia contábil, relegando a efetiva revisão do valor das quotas sociais à eventual liquidação, e não comporta provimento.

A despeito da argumentação dos recorrentes, forçoso concluir que

Acesso ao Sumário

a realização de prova pericial na fase de instrução afigurava-se realmente dispensável.

Afinal, na presente ação de revisão contratual, fazia-se necessário verificar basicamente a existência de faturamento bruto menor que o estimado para certo período e de passivo oculto não considerado por ocasião da celebração do contrato de cessão de quotas sociais entre as partes.

Apenas se constatados débitos não contabilizados e faturamento real inferior ao informado, e reconhecido, por conseguinte, o direito dos autores à pretendida revisão do valor das quotas sociais, é que se faria imprescindível a realização de prova técnica para apuração do valor efetivamente devido pela participação social adquirida.

Agiu acertadamente, portanto, o Juízo a quo ao indeferir o pedido de produção de perícia contábil na fase instrutória.

2. E justamente por tal motivo deve ser afastada a tese de nulidade da sentença por violação do direito à prova.

Os autos já se encontravam adequadamente instruídos para o deslinde do feito, de forma que a realização de prova pericial não teria maior utilidade.

A prova dos fatos sobre os quais versa a causa era essencialmente documental, e as partes tiveram oportunidade para trazer aos autos os elementos de informação que reputavam adequados à demonstração da veracidade de suas alegações.

Reitero que a realização de perícia contábil não teria maior relevância para o deslinde do feito na fase de conhecimento, em face dos fatos já demonstrados pela prova documental e que serão analisados adiante.

Reconhecido o direito dos autores à revisão do contrato, evidente que a realização de prova técnica se fará necessária em sede de liquidação, para apuração do correto valor das quotas sociais adquiridas.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo retido de fls. 684/687".

Logo, não há como reconhecer a omissão em análise.

3. Da mesma forma, deve ser rejeitada a tese de omissão no julgado relativa à incidência de juros e correção sobre os valores históricos de cada uma das dívidas desconsideradas no cálculo do valor das quotas sociais.

A meu ver, com base nos valores dos débitos atualizados até a data da celebração do contrato de cessão de quotas sociais é que o valor das últimas deve ser revisto para a época. A diferença obtida entre o montante pago pelas quotas e aquele reputado devido é que deverá depois ser corrigida até os dias atuais, e sofrer a incidência de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, para que os réus restituam a quantia recebida a maior em valor contemporâneo.

Observe-se, porém, que em sede de liquidação a questão poderá ser melhor esclarecida e dirimida entre as partes.

4. Diante do exposto, os embargos opostos devem ser parcialmente

Acesso ao Sumário

acolhidos, apenas para sanar o erro material apontado, relativo à base de cálculo dos honorários de sucumbência devidos ao advogado dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1005284-06.2016.8.26.0068/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante TOKIO MARINE SEGURADORA S/A, é embargada ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35677)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), MIGUEL PETRONI NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 29 de setembro de 2017.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DIRIGIDOS AO ACÓRDÃO DE FLS. 369/377, DITO OMISSO, PORQUE NÃO MAJORADA A VERBA HONORÁRIA DEVIDA AO ADVOGADO VENCEDOR NA PENDENGA, NOS EXATOS TERMOS EM QUE DEFINIDOS PELO ART. 85, §11, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - OMISSÃO CARACTERIZADA - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS DEVIDOS - MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 1º GRAU PARA 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO IMPOSTA A EMBARGADA NOS AUTOS DA AÇÃO QUE FOI MOVIMENTADA PELA EMBARGANTE - EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, NOS TERMOS DO VOTO, COM EFEITO MODIFICATIVO DO RECURSO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Embargos de Declaração dirigidos ao Acórdão que vem encartado a fls. 369/377, pelo qual, por Decisão unânime, foi negado provimento a Recurso de Apelação interposto nos autos da Ação Regressiva proposta por **TOKIO MARINE SEGURADORA S/A** contra **ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A**, que ora figura como embargada.

Dizendo da incorreta apreciação dos termos do recurso, sustenta a embargante que a R. Decisão proferida se apresenta imprópria na solução da questão, uma vez que se mostra omissa, pois segundo alega, não foi majorada a verba honorária devida ao Advogado vencedor na pendenga, nos exatos termos em que definido pelo art. 85, §11, do novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual pediu pelo acolhimento de seus reclamos, na busca de ver sanada a incorreção apontada.

Devidamente processado o recurso, a embargada, conforme se dá conta pela certidão de fls. 07, deixou de apresentar manifestação, vindo então os autos a este Relator, de sorte a que fosse reapreciada a matéria já colocada em debate no todo processado.

É o relatório.

Analisando os Embargos Declaratórios como opostos, é de se dizer que as razões expostas pela embargante estejam a merecer acolhida por parte desta Turma Julgadora.

Importante reconhecer que o Acórdão encartado a fls. 369/377, pelo qual foi julgado o Recurso de Apelação manejado, se mostrou omisso quanto à necessária apreciação relativa à majoração dos honorários Advocatícios fixados em 1º Grau, nos exatos termos em que definidos pelo art. 85, §11, do novo Código de Processo Civil.

Nessa toada, com facilidade se constata que a definição dos "honorários sucumbenciais recursais", conforme estabelecidos pelo supramencionado dispositivo constante da novel legislação processual, se mostram devidos nos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016, momento em que passou a vigorar o novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, aliás, se coloca o entendimento adotado pelo "Enunciado Administrativo Número 07", conforme editado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que assim define a questão: "***Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art.85, §11, do novo CPC***".

Diante do quanto exposto, e tendo em vista que a R. Sentença encartada a fls. 306/311 teve sua publicação veiculada pela Imprensa Oficial em 15/09/16 (fls.312), de rigor entender que a Decisão Colegiada deve sofrer natural

Acesso ao Sumário

complementação, para o fim de se reconhecer que a majoração pretendida quanto a verba honorária como fixada em 1º Grau de Jurisdição se imponha, o que deverá se dar nos termos em que definidos pelo artigo 85, §11, do novo CPC, que assim dispõe:

> "***O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.***"

Diante de tais elementos, imperativo o acolhimento do inconformismo como deduzido, de sorte a se ter por majorados os honorários Advocatícios definidos, que agora se fixa em montante equivalente a 20% sobre o valor da condenação que foi imposta à embargada, esta que foi definida na quantia de R$ 11.200,00.

Pelo exposto, acolhem-se aos Embargos Declaratórios opostos, com aplicação de efeito modificativo ao Acórdão, nos exatos termos do Voto.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2253590-15.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é autor CONSTRUTORA ITAJAÍ LTDA., é réu MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.583/2017)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO, RAUL DE FELICE, ERBETTA FILHO, SILVA RUSSO, RODRIGUES DE AGUIAR e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Execução Fiscal – Multas sobre impostos mobiliários – Acórdão rescindendo que afastou a natureza tributária da dívida bem como a ocorrência de prescrição – Entendimento respaldado em dispositivo aplicável aos créditos tributários –Procedência do pedido – Crédito de natureza tributária, ensejador de observância do prazo previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional – Ausência de respaldo para o entendimento no sentido de que houve suspensão do prazo prescricional – Ajuizamento de demanda anulatória que, isoladamente, não tem o condão de obstar a fluência do prazo quinquenal – Exegese do art. 151 e incisos – Ação rescisória procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Construtora Itajaí Ltda. em face do Município de São Bernardo do Campo, objetivando seja rescindido v. acórdão (fls. 21/26 e 28/30), que deu provimento a recurso interposto pela exequente contra r. sentença (fls. 90/91) que extinguiu a execução nos termos do art. 269, IV, do CPC /1973, acolhendo exceção de pré-executividade.

Em apertada síntese, busca a requerente a rescisão do acórdão proferido com o consequente restabelecimento da sentença prolatada pelo magistrado singular. Alternativamente, pugna por novo julgamento da apelação interposta pela parte adversa. Em seu favor alega inobservância do art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64, noticiando que o valor exigido diz respeito a divida ativa tributária, razão pela qual a aplicação do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 afigura-se descabida; (2) não houve suspensão do prazo prescricional, porquanto ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Contestação apresentada às fls. 177/183 e, réplica, às fls. 184/185.

É relatório.

O exame dos autos evidencia que o Município de São Bernardo do Campo ajuizou demanda executiva objetivando o recebimento de "Multas sobre Impostos Mobiliários" referente ao exercício de 1993, conforme CDA de fls. 19.

Em sua defesa, ofereceu a então executada, ora requerente, exceção de pré-executividade que restou acolhida, reconhecida a natureza tributária dos créditos exigidos e o decurso do prazo prescricional, com a consequente extinção da demanda executiva através da sentença de fls. 90/91.

Sobreveio então a reforma de referida decisão (fls. 23/26 e 28/30) ante o provimento de apelação interposta pela Municipalidade. Em seu teor a decisão colegiada explicitou que a multa exigida decorria de um vínculo de natureza administrativa, reputando aplicável o disposto no Decreto nº 20.910/32, afastada a incidência do regime jurídico do Código Tributário Nacional.

Passo à análise.

Acesso ao Sumário

A CDA menciona de forma expressa que o crédito nela indicado diz respeito a "Multas sobre Impostos Mobiliários". Tal definição, por si só, evidencia a natureza tributária do valor executado. Nesse sentido, oportuna a transcrição parcial de dispositivo da Lei 4.320/64:

> Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)
>
> (...).
>
> § 2º - **Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e**

> **respectivos adicionais e multas**, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, **exceto as tributárias**, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979). (g.n.)

Assim, de rigor a observância do regime correspondente e, via de consequência, a disposição constante do art. 174 do CTN. Equivocada neste ponto, portanto, a decisão rescindenda.

De igual modo, tratando-se de crédito tributário, descabido o entendimento no sentido de que o simples ajuizamento de demanda anulatória teria o condão de obstar a fluência do prazo prescricional. Ao tratar do tema, assim preceitua o CTN:

> Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
>
> I - moratória;
>
> II - o depósito do seu montante integral;
>
> III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
>
> IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
>
> V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; **(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**
>
> VI - o parcelamento. **(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

Como se vê, o dispositivo acima não traz em seu bojo previsão que se coadune com a situação narrada nos autos. Com efeito, nem mesmo eventual interpretação extensiva ou ampliativa do artigo em comento ensejaria a suspensão nos moldes admitidos através da decisão colegiada. Em resumo, não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão da simples propositura de demanda objetivando sua anulação, notadamente ante a ausência de deferimento de medida destinada a suspender a exigibilidade dos lançamentos questionados.

Assim, versando a demanda executiva ajuizada em 23 de agosto de 2006 sobre dívida constituída em 1993, inscrita em 02/01/1994, de rigor o reconhecimento da prescrição, notadamente ante a ausência de hipótese

Acesso ao Sumário

ensejadora da suspensão do crédito, prevalecendo a decisão proferida pelo magistrado singular.

Por fim, vale frisar que a discussão relativa ao ordenamento aplicável não acarreta alteração quanto ao prazo. Tanto o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 como o art. 174 do Código Tributário Nacional definem como lapso temporal para a ocorrência da prescrição o prazo de 05 (cinco) anos. Referido debate objetivou apenas e tão somente a necessidade de definição das normas incidentes, prevalecendo o regramento tributário.

Ante o exposto, julgo procedente a ação rescisória com fulcro no art. 966, inc. V, do Código de processo Civil, condenando o Município ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como verba honorária, que ora arbitro em 10% do valor atribuído à causa. Restitua-se ao autor o depósito a que alude o art. 968, II, observando-se o art. 974, ambos do CPC.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2253408-29.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante NAGIB ELIAS ESPER, é agravado MUNICÍPIO DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.335)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 2 de agosto de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O BLOQUEIO "ON LINE" DE

VALOR EXISTENTE EM CONTA CORRENTE PERTENCENTE AO AGRAVANTE. MEDIDA TENDENTE A GARANTIR A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA DEGRADADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS DA EMPRESA DEGRADADORA, QUE VEM SE ESQUIVANDO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO AMBIENTAL. VALOR CONSTRITO REMANESCENTE NA CONTA CORRENTE DO AGRAVANTE (R$ 18.810,63), QUE TEM PROVENTOS DE APOSENTADORIA SUPERIORES A R$ 27.000,00 (VINTE E SETE MIL REAIS). CONSTRIÇÃO MANTIDA. ACOLHIMENTO DA SUGESTÃO MINISTERIAL PARA QUE SEJAM VEDADOS (AO MENOS NESSA FASE PROCESSUAL) NOVOS BLOQUEIOS SOBRE OS RENDIMENTOS DO RECORRENTE, QUE É IDOSO E ENCONTRA-SE ENFERMO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 5º, III, DA CF) E ARTIGO 2º DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N° 10.741/2003). DECISÃO REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

NAGIB ELIAS ESPER interpõe recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão (fl. 1276) que, nos autos da ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos ambientais proposta pelo MUNICÍPIO DE SOROCABA, deferiu o bloqueio "on line" de valores existentes em conta corrente pertencente ao agravante.

Sustenta, em suma, o caráter alimentar do numerário bloqueado, que é utilizado para o tratamento da grave doença que acomete o recorrente. Aduz que a medida afronta o estatuto do idoso (Lei n° 10.741/2003). Requer a liberação do valor constrito e a vedação de novos bloqueios (fls. 02/08).

Recurso processado e contrariado. A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento recursal.

É o relatório.

Trata-se de ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos ambientais proposta pelo Município de Sorocaba contra a empresa Zaplan

Acesso ao Sumário

Administração e Construções e sócios, dentre eles o ora agravante.

Segundo consta da inicial:

(1).- Em 2014 a Municipalidade recebeu requisição da 4ª. Promotoria de Justiça da Comarca, para que tomasse as providências administrativas necessárias "em razão da visível invasão e destruição de vegetação em área de preservação permanente marginal a curso d'água localizada no início da Avenida Américo de Carvalho, entre as Avenidas Washington Luiz e Sorocaba, Jardim América, onde estão sendo construídas moradias precárias, possivelmente em área de risco.

(2)- Imediatamente foi realizada vistoria e produção de laudo técnico in loco em anexo, os quais confirmaram a representação, promovendo-se a imposição de auto de infração com penalidade de multa (anexo).

(3) - A empresa requerida foi intimada via correio (anexo), no endereço que consta ao seu CNPJ (anexo), emitindo-se a cobrança da multa também enviada àquela (anexo).

(4)- A Secretaria Municipal de Meio Ambiente então dispôs como forma de compensação o plantio de mudas no local (187m2 – APP) com espaçamento 3x2.

(5)- Porém, a empresa mudando-se de domicílio não recebeu o auto de infração, a multa e sequer tomou conhecimento das medidas de compensação ambiental. Os débitos foram inscritos em dívida ativa, porém, as medidas ambientais de compensação não foram realizadas.

"(...)

(3)- Os requeridos sócios e a requerida empresa são solidários quanto à infração da norma sobre citada, pelo que estão sujeitos a reparar o dano causado ao meio ambiente independentemente de demais sanções administrativas, civis ou penais.

(4).- Note o D. Juízo que, enquanto os requeridos promovem danos ambientais, sua ficha cadastral na JUCESP também informa que um de seus sócios, nos autos de ação civil por improbidade administrativas promovida pelo Ministério Público Federal em trâmite perante a 26ª Vara da Justiça Federal, já teve decretada a indisponibilidade de cotas na empresa requerida. Portanto, ad cautelam e por haver pendência judicial importante contra um dos requeridos, considerando-se não se encontrar a empresa para recompor o meio ambiente que desastrou ou indenizar o quanto criou em danos à comunidade; outra coisa não resta ao Município senão a presente ação".

Acesso ao Sumário

O MM. Juízo acolheu o pedido de tutela de urgência formulado pela Municipalidade de Sorocaba, para o bloqueio de R$ 42.805,00 (valor total

das medidas de compensação pretendidas), sendo bloqueada a quantia de R$ 18.434,96 da conta corrente do recorrente.

Pesem as razões recursais, o pedido de desconstituição da constrição não comporta acolhimento.

Ao que consta, a empresa degradadora vem se esquivando da sua obrigação ambiental de recuperação da área degradada.

É dos autos também que os sócios da empresa tiveram decretada a indisponibilidade de suas cotas em ação de improbidade administrativa em trâmite perante a 26ª Vara da Justiça Federal.

Assim, a ordem de bloqueio determinada justifica-se pelo risco de inadimplemento do dever de recomposição do meio ambiente, e encontra arrimo no 4º da Lei de Crimes Ambientais, que prevê, inclusive, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa poluidora.

O valor bloqueado, por sua vez, não tem natureza alimentar, pois constitui excedente encontrado na conta do agravante, que possui proventos de aposentadoria superiores a R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais).

O STJ e esta Corte, em casos análogos ao presente, têm admitido a penhora de parte do salário do devedor:

> "(...) Consoante cediço nesta Corte, à luz do disposto no inciso IV do artigo 649 do CPC, sobressai a impenhorabilidade dos proventos salariais do devedor/executado, ainda quando depositados em conta corrente bancária. 1.2. Ressalva-se, contudo, que "a remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte" (Resp 1.230.060/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 13.08.2014, DJe 29.08.2014)
>
> "Penhora 'on line' – Bloqueio de ativos financeiros – Ausência de comprovação de que a conta corrente presta-se somente à movimentação de proventos de aposentadoria – Possibilidade de penhora de excedente acumulado que configura reserva de capital – Decisão mantida – Recurso desprovido" (AI nº 2014835-66.2017.8.26.0000, Rel. Melo Bueno, j. em 11/04/2017).

Por tais razões, o bloqueio deve ser mantido, ficando a disposição do juízo até a definição, em cognição exauriente, da responsabilidade solidária ambiental do agravante.

Por fim, acolho a sugestão ministerial par que sejam vedados (ao menos nesse momento processual) novos bloqueios sobre a conta corrente do recorrente, que é idoso e encontra-se doente, o que faço com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 5º, III, da CF) e artigo 2º

Acesso ao Sumário

do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Como bem observou a d. Procuradoria Geral de Justiça:

"Conforme pontuado pelo agravado, exceto os pagamentos de despesas com conta de telefone e de plano de assistência médica (AMIL Assistência Med), os extratos bancários apresentaram saldos, alguns com cerca de R$15.000,00.

A sobra não indica verba totalmente destinada para fazer frente a despesas de natureza alimentar, ao menos nesta fase de cognição sumária. Mas a situação precária de saúde do agravante, pessoa idosa, recomenda, ao menos neste momento processual, que sejam suspensas outras ordens de bloqueio, permanecendo os valores já bloqueados à disposição do juízo até final sentença.

A fonte de recursos para futura constrição não se esvairá, porque decorre de pagamentos depositados em conta bancária. Os proventos de aposentadoria do agravante, ex-auditor fiscal da Receita Federal, somam valor bruto de aproximadamente 2/3 do teto dos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (fls. 315 e sgs.).

A legislação de proteção ao idoso recomenda seja o réu tratado de modo diferente e protetivo em relação aos demais comuns do povo, sopesados os direitos em litígio.

A nosso ver, a medida atende parcialmente a necessidade de recomposição ambiental (ainda não definida por sentença transitada em julgado), e garante meios de subsistência ao agravado, equilibrando a balança dos valores jurídicos discutidos na ação (proteção e recuperação ambiental; manutenção de recursos de idoso enfermo)" (fl. 353)

Por tais razões, reforma-se em parte a r. decisão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2074702-87.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JULITA MARIA DE MOURA, é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u. Acórdão com 2º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERRAZ

DE ARRUDA, vencedor, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente).

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – *ASTREINTE* – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO PELA AUTORA – DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO QUESTIONÁVEL (31 DIAS) PARA O MUNICÍPIO PROVIDENCIAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DA LISTA PADRONIZADA DO SUS – FORNECIMENTO ESTABELECIDO DE FORMA CONTÍNUA APÓS ISSO – AUTORA, ADEMAIS, JÁ FALECIDA – MONTANTE QUE NÃO PODE SERVIR PARA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE, INTENÇÃO NITIDAMENTE DEMONSTRADA NA ESPÉCIE – A FINALIDADE DA MULTA COMINATÓRIA É COMPELIR AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PARA QUE O CÁLCULO EXEQUENDO ABARQUE APENAS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, afastou do cálculo exequendo a multa cominatória, mantendo apenas o valor atinente aos honorários advocatícios.

Recorre a exequente alegando, em apertada síntese, que a multa fixada foi mantida pelo Tribunal na ocasião e que houve descumprimento da obrigação pela Municipalidade, o que enseja a cobrança da *astreinte.*

No mais, fica adotado o relatório lançado às págs. 102/107.

Houve contraminuta.

É o relatório.

Com efeito, embora não se desconheça a redação do novel artigo 537, §1º, do CPC, no sentido de que apenas a multa vincenda poderá ser, de ofício ou a requerimento, modificada ou excluída pelo Juiz, continuo partilhando do

Acesso ao Sumário

entendimento de que a multa não é fixada para que o devedor a pague, mas sim para que, por temer sua imposição efetiva, cumpra a obrigação, ou seja, a multa é apenas inibitória.

No caso em tela, a medida liminar foi concedida pelo Juízo aos 16/07/2013 (pág. 32), com fixação de multa diária de R$ 500,00 (mantida pelo Tribunal no julgamento do Agravo de Instrumento interposto pela Municipalidade).

Desta decisão, a ré foi intimada aos 18/07/2013 (págs. 33/34) e aos 19/08/2013 o medicamento já se encontrava disponível, tendo sido retirado pela autora aos 23/08/2013 (págs. 35/37).

No caso em tela, além de questionável o alegado "descumprimento" da ordem de entrega do medicamento – já que este foi de 31 dias, sendo notória a burocracia existente na aquisição de medicamentos novos (não constantes da lista padronizada) pelos Municípios –, é inconteste que tão logo estabelecido o fornecimento do medicamento, este se deu de forma contínua, não havendo nos autos notícia de que a ordem tivesse sido descumprida.

Não bastasse isso, em março/2015, a Municipalidade manejou embargos de declaração noticiando o falecimento da autora (págs. 59/61).

Assim sendo, a execução da multa diária demonstra nítida intenção de enriquecimento indevido do exequente (legitimidade que ademais, se questiona já que a petição veio em nome de Julita Maria de Moura, noticiada como falecida nos autos, conforme mencionado), o que deve ser veementemente coibido por este Poder Judiciário.

A multa de que se trata aqui, como já exposto acima, não possui caráter reparatório, sendo fixada apenas no intuito de compelir o devedor a cumprir a obrigação. Sua aplicação não pode, pois, transformar-se em fonte de ganho sem justa causa do credor, de modo que meu voto é pela manutenção da decisão agravada.

Acerca do tema leciona Cássio Scarpinella Bueno:

> *A natureza jurídica da multa não pode conduzir a uma tal interpretação que, em última análise, levará o exequente a enriquecer-se indevidamente. A multa tem de atender à sua finalidade, que é a de obter, do próprio executado, um específico comportamento ou uma abstenção. Nunca e de forma nenhuma servir como baliza para fixar perdas e danos ou, mais amplamente, assumir qualquer sentido indenizatório em prol do exequente. É por isso que a exigibilidade da multa tem de significar uma das seguintes alternativas: (a) o acatamento, pelo executado, da determinação judicial; (b) a alteração do valor e/ou periodicidade da multa visando à observância imediata da determinação judicial pelo executado; (c) a tomada de outra medida de apoio visando à obtenção de tutela específica com o abandono da multa que será devida até então;*

Acesso ao Sumário

nunca indefinidamente. In Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 3, 2ª ed., Ed. Saraiva, págs. 425/426.

A propósito, é válido mencionar também o escólio de Humberto Theodoro Junior:

> *"Não há definitividade, outrossim, na imposição e arbitramento da astreinte, mesmo porque não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instrumento legal de coerção utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva. É por isso que não há de pensar-se em coisa julgada na decisão que a impõe ou que lhe define o valor, ou lhe determina a periodicidade (o § 4º fala em "multa diária", já o § 5º, "em multa por tempo de atraso"; o que indica a possibilidade de o juiz adotar periodicidade que não seja a diária). E é em consequência desse feitio apenas coercitivo da multa que o § 6º do art. 461 autoriza o juiz, a qualquer tempo, e de ofício, a modificar o valor ou a periodicidade da astreinte caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".* In Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, 26ª ed., Leud, São Paulo, 2009, p. 557.

Como já mencionado, não se desconhece o fato do referido artigo 537, § 1º, do CPC/2015 fazer expressa referência à possibilidade de modificação da multa vincenda. No entanto, a questão não é pacífica e, respeitados os entendimentos diversos, neste caso, reputo inadmissível a execução da multa, diante da flagrante intenção demonstrada pela exequente de enriquecer-se indevidamente, à custa do erário público.

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052340- 91.2017.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante EMPRESA AUXILIAR DE TERRENOS LTDA. - EMATEL, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.918)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de agosto de 2017.
OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU e Contribuição de Melhoria e Iluminação Pública – Exercício de 2.007 – Exceção prévia de executividade rejeitada – Alegada ilegitimidade passiva pelo fato do imóvel ter sido declarado de utilidade pública e depois invadido pela comunidade carente – Fato gerador consumado quando a executada já não mais detinha a posse nem era titular do domínio do imóvel tributado – Matéria reconhecida por este Tribunal em julgados anteriores, envolvendo as mesmas partes e a mesma área – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da execução fiscal[1] para cobrança de IPTU, Contribuição de Melhoria e Iluminação Pública, do exercício de 2.007, rejeitou a exceção prévia de executividade por considerar que a matéria deve ser conhecida em ação própria, visto não se tratar de ordem pública que possa ser conhecida de plano, em objeção prévia de executividade (fls. 32/33).

A agravante alega, em síntese, cuidar-se de matéria de ordem pública porque nulo o lançamento, dada a inexistência de responsabilidade tributária, uma vez que a titular não detém a posse nem o domínio do imóvel desde 1.989, quando declarado de utilidade pública com a edição do Decreto Municipal nº 9.908/89 e em seguida invadido por pessoas de baixa renda, tendo a agravante ingressado com ação indenizatória contra a Municipalidade, em fase de cumprimento da requisição judicial quanto ao valor da condenação. Daí propugna pela reforma da decisão para que seja acolhida a sua objeção prévia de executividade (fls. 01/06).

Recurso processado no efeito com efeito suspensivo, com resposta da agravada.

Relatado.

Admite-se exceção prévia de executividade em face de vício de nulidade ou de matéria de ordem pública e que podem ser reconhecidos desde logo, de ofício ou por provocação do interessado, no processo executório, independente do contraditório e da produção de provas (Súmula 393). Assim, não se exige

1 Valor da causa em novembro de 2.008: R$ 48.882,64.

produção de prova, apenas as pré-constituídas, com vistas à análise das questões suscitadas, como prescrição, decadência ou nulidade do título executivo.

De fato, os documentos trazidos demonstram que o imóvel encontra-se cadastrado sob o nº 521.210.023.000 e foi declarado de como utilidade pública e em seguida, invadido por pessoas carentes, de baixa renda, no dia 03 de dezembro de 1.989, fato já reconhecido nos recursos anteriormente submetidos à apreciação deste Tribunal (Apelação Cível nº 9039587-86.1994.8.26.0000, julgada em 23/02/1995; e Embargos Infringentes à Ação Rescisória nº 0055317-91.1997.8.26000/50002, julgados em 15/08/2001 - fls. 80/84 e 103/114).

Assim, não remanesce dúvida quanto ao fato da executada, ora agravante, já não detinha a posse direta e efetiva do imóvel, nem era titular do domínio, quando constituído o fato gerador dos tributos exigidos, a caracterizar ilegitimidade passiva de parte no executivo fiscal, como esta 14ª Câmara de Direito Público já teve oportunidade de decidir em demanda envolvendo o mesmo imóvel tributado e entre as mesmas partes:

> *Agravo de instrumento. Execução fiscal. Decisório que deixa de conhecer de objeção de não executividade. Imposto territorial urbano. Taxa de conservação de vias e logradouros públicos. Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública. Exercício de 2004. Alegação de ilegitimidade das cobranças. Matéria passível de apreciação desde logo. Desnecessidade de oposição de embargos. Imposto territorial urbano. Taxa de conservação de vias e logradouros públicos. Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública. Exercício de 2004. Imóvel considerado de utilidade pública pelo Decreto Municipal 9.908/89. Posterior ocupação da área por terceiros. Reconhecimento, em ação rescisória de acórdão proferido em ação de indenização, de ter a embargante sido privada dos poderes inerentes à propriedade antes dos fatos geradores dos tributos. Ilegitimidade da cobrança. Extinção do feito. Recurso provido*. (A.I. 2157679-10.2015.8.26.0000, Rel. Des. GERALDO XAVIER; Comarca de São Bernardo do Campo, j. 22/10/2015 - grifado).

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para extinguir a execução fiscal em relação à agravante, com fundamento no art. 485, IV e VI, do CPC, condenando a Municipalidade no pagamento das custas, despesas do processo e da verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da execução, por força do princípio da causalidade e nos termos do art. 85, § 3º, inc. I, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2117110- 93.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

Acesso ao Sumário

MARCELO RIBEIRO DE MENDONÇA, são agravados DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE SÃO PAULO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.611)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 25 de agosto de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA

ICMS – Importação de veículo – Não contribuinte – Legislação estadual – Fluxo de positivação de competência – Inobservância – Órgão Especial – Incidente de inconstitucionalidade – Acolhimento – Liminar – Possibilidade:

– Presente a relevância do fundamento e o perigo da demora a liminar não pode ser negada.

VOTO

RELATÓRIO

Indeferida a liminar, visando obstar a autoridade de exigir o recolhimento do ICMS/Importação no desembaraço de veículo objeto da importação 17/1479185-2.

Daí o agravo, no qual o impetrante alega que a Lei Estadual nº 11.001/01 alterou a Lei Estadual nº 6.374/89, possibilitando a incidência do ICMS para a hipótese de importação por contribuinte não habitual, ainda que sem propósito de revenda. A modificação, embora esteja em consonância com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, foi realizada sem que houvesse lei complementar prévia a autorizando, o que ocorreu apenas com a edição da Lei Complementar 114/02, que alterou a Lei Complementar 87/96. Em que pese a inconstitucionalidade já declarada pelo Órgão Especial, que acompanhou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, externado no REXt nº 439.796, o juiz indeferiu a liminar, postergando sua apreciação somente na sentença,

Acesso ao Sumário

por entender ausente o risco de ineficácia da segurança. É a lei complementar que regula o texto constitucional, dispondo limitações e normas gerais, com a finalidade de impedir e resolver conflitos de competência, bem como de uniformizar a legislação, especialmente quanto ao ICMS. Existindo um fluxo de positivação exigido pela Constituição Federal, este deve ser observado pelo legislador estadual a fim de promover a legal incidência tributária. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já reiterou a exigência de prévia lei complementar para o exercício da competência tributária. Não se discute a constitucionalidade da exação estadual, mas sim a validade da lei que a instituiu, eivada de vício insanável em seu fluxo de competência. A própria jurisprudência deste Tribunal vem acompanhando o julgamento do recurso extraordinário, inclusive em regime de retratação, determinando a não incidência do ICMS nas importações. Indeferida a liminar, será obrigado a recolher o ICMS e posteriormente obter sua restituição ou custear as despesas de armazenagem até o final do processo. O deferimento da liminar não trará prejuízo ao Fisco, nem o impedirá de exercer fiscalização.

O recurso foi processado com efeito ativo para sustar a exigência de recolhimento do ICMS/Importação no desembaraço de veículo descrito na inicial, diante do acolhimento do incidente de inconstitucionalidade do art.1º, inc. VII, da Lei Estadual nº 11.001/01, pelo órgão especial, em razão da inobservância do fluxo de competência estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da repercussão geral do tema 171 (despacho, fls.15).

Nas contrarrazões, a Fazenda alegou que a concessão de liminar é ato de livre convencimento do magistrado, e, na hipótese, não foram preenchidos os requisitos legais. Não se vislumbra, nessa fase de cognição sumária, qualquer vício ou ilegalidade no procedimento adotado. O contribuinte não indicou qual o risco que poderia afetar a eficácia da futura solução de mérito, limitando-se a alegar, de forma vaga, sem qualquer demonstração, suposto prejuízo a seus interesses. A hipótese tratada no REext nº 439796/PR não guarda relação com a presente demanda, pois a Lei Estadual nº 11.001/01, embora publicada antes da Lei Complementar Federal nº 114/02, foi promulgada após a Emenda Complementar nº 33/01 (petição, fls.29/36).

FUNDAMENTOS

1. *Marcelo Ribeiro de Mendonça* impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo *Delegado Regional Tributário de São Paulo*, objetivando a concessão de ordem para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do ICMS/Importação no desembaraço do veículo do Impetrante (LI n. 17/1479185-2), alegando que o inciso VII, do artigo 1º da Lei Estadual 11.001/2001, editado em data anterior à vigência da Lei Complementar Federal 114/2002, violou o disposto no artigo 146, inc. III, alínea 'a' da Constituição Federal (petição inicial, fls.1/19).

Acesso ao Sumário

A liminar foi indeferida, sob os seguintes fundamentos:

"*Vistos. Indefiro o pedido de liminar porque ausente um dos requisitos necessários para a concessão, o fumus boni iuris. Analisando sumariamente os fatos não se verifica a relevância da fundamentação aventada, pois não demonstrado a irregularidade do ato administrativo ora combatido. Por outro lado,* ***a documentação que instruiu o pedido não comprova, por ora, de maneira satisfatória, o direito líquido e certo do impetrante. A Lei Estadual nº 11.001/2001, embora anterior à Lei Complementar nº 114/2002, é posterior a Emenda Constitucional 33/01, que acabou com o questionamento sobre a incidência do imposto nas operações como a em questão.*** *Valendo este despacho como mandado, requisitem-se informações, no prazo de dez dias, da autoridade coatora"* (decisão agravada, textual, fls.37).

2. O impetrante obteve licença para importação de um veículo antigo para coleção, marca AM General, modelo M1038 HUMVEE, número de série 1615, ano de fabricação 1985 (documento, fls.25/28).

Pediu liminar para não recolhimento do ICMS, alegando que a Lei Estadual nº 11.001 alterou o art.7º, par. único da Lei Estadual nº 6.374/89, possibilitando a incidência do ICMS para a hipótese de importação por contribuinte não habitual, ainda que sem propósito de revenda, mas não observou o fluxo de competência.

3. A Lei 11.001/01 introduziu as seguintes modificações na Lei 6.374/89:

Artigo 1º: Passam a vigorar com a seguinte redação os dispositivos a seguir indicados da Lei n. 6.374, de 1.º de março de 1989:

VII: o inciso V do Artigo 1.º:

"V: entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a sua finalidade"

(...)

VIII: o inciso IV do Artigo 2.º:

"IV: no desembaraço de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto no par.6º:

(...)

IX: o "caput" do parágrafo único e o seu item 1, ambos do Artigo 7.º:

"Parágrafo único:- É também contribuinte a pessoa natural ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

1- importe mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;"

X: o inciso IV do Artigo 24:

"IV: quanto ao desembaraço aludido no inciso IV, o valor constante do documento de importação, acrescido do valor dos Impostos de Importação, sobre Produtos Industrializados e sobre Operações de Câmbio, bem como de quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;"

Acesso ao Sumário

Como salientado pelo impetrante, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 171 da repercussão geral (incidência de ICMS na importação de equipamento médico por sociedade civil não contribuinte do referido imposto), vinculado aos recursos extraordinários nº 439796/PR e 474267/RS, fixou a necessidade de obediência ao fluxo de positivação de competências constitucionais do ICMS mediante legislação complementar:

> *CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. "NÃO CONTRIBUINTE". VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.*
>
> *1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.*
>
> *2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado.*
>
> *3. Divergência entre as expressões "bem" e "mercadoria" (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência. CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO.*
>
> *4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, i da Constituição).* ***A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.***
>
> *5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da "constitucionalização superveniente" no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição*

Acesso ao Sumário

passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual.

6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade e da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à LC 114/2002. Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento.

(RExt nº 439796/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, publicado em 17.3.14)

Com base nesta jurisprudência, o órgão especial acolheu o incidente de inconstitucionalidade do art.1º, inc. VII da Lei Estadual nº 11.001/01, que promoveu a alteração discutida no presente recurso, sob o fundamento de que foi editado em data anterior à vigência da legislação federal exigida pelo art.146, inc. III, alínea "a" da Constituição Federal:

Incidente de inconstitucionalidade. Lei Estadual 11.001/2001. Artigo 1º, inciso VII, que deu nova redação ao inciso V do artigo 1º da Lei Estadual 6.374/1989. Incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias ou bem, importados do exterior por pessoa física ou jurídica, qualquer que seja sua finalidade. Descabimento. ***Legislação anterior à edição de legislação complementar federal sobre o tema.*** *Violação da exigência plasmada no artigo 146, inciso III, 'a' da Constituição Federal. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.*

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0018486-77.2016.8.26.0000, Rel. Des. BORELLI THOMAZ, publicado em 1.7.16).

A jurisprudência dominante deste Tribunal vem acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do órgão especial, inclusive em juízo de retratação:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BENS. MEDICAMENTOS. Contribuinte que não exerce com habitualidade o comércio de medicamentos. Pedido de declaração de inexigibilidade do tributo cobrado no desembaraço aduaneiro. Inconstitucionalidade da lei ordinária que cria o tributo incidente sobre a importação de bens antes da lei complementar federal exigida para a tributação. Precedentes do STF e do Órgão Especial dessa Corte. Inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.001/2001 que foi editada antes da Lei Complementar Federal n. 114/2002. Ofensa ao artigo 146, inciso III, alínea "a", da CF/88. Reconhecimento dos pressupostos da impetração. A ilegalidade

Acesso ao Sumário

considera o impedimento para o desembaraço aduaneiro, sem o recolhimento do tributo, e a inexigibilidade do imposto. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA E REJEITADO O REEXAME NECESSÁRIO.

(Apelação nº 1042532-57.2015.8.26.0224, Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR, publicado em 28.6.17).

ICMS. Desembaraço aduaneiro. Importação de veículo para uso próprio, por pessoa física não contribuinte. Emenda Constitucional nº 33, de 2001, que deu nova redação ao artigo 155, § 2º, IX, 'a', da Constituição Federal. Incidência do ICMS considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Exigência, contudo, de lei estadual posterior à EC 32/2001 e à Lei Complementar Federal nº 114/2002, esta sem efeito de repristinação da Lei estadual nº 11001/2001, editada antes. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 1º, VII, pelo Órgão Especial desta Corte, porque editado antes da Lei Complementar Federal nº 114/2002. Ação julgada improcedente em 1º grau. Decisão reformada em 2ª instância. RECURSO PROVIDO.

(Apelação nº 1001836-36.2017.8.26.0053, Rel. Des. ISABEL COGAN, publicado em 2.6.17).

RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. RETORNO À TURMA JULGADORA. ICMS SOBRE IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR COLECIONADOR. Contribuinte não habitual. Não incidência. Em cumprimento ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do novo CPC, verifica-se ser caso de retratação e adequação com o decidido no RE nº 439.796/PR- Incidência de ICMS sobre operações de importação de bem por contribuinte não habitual do tributo. Impossibilidade. ***Lei Estadual nº 11.001/2001 que, embora posterior à EC 33/2001, precede a LC 114/2002. Ausência de suporte de validade para aplicação da lei estadual. Norma estadual editada antes da LC nº 114/02****. Retratação do v. acórdão de fls. 153/161. Precedente do STF. Sentença de concessão da ordem mantida. Recurso da FESP e reexame necessário não providos.*

(Apelação nº 0027098-06.2012.8.26.0562, Rel. Des. PONTE NETO, publicado em 23.2.17).

Mandado de segurança. Desembaraço de mercadorias importadas sem recolhimento de ICMS. Medida liminar deferida. Presença dos requisitos legais pertinentes. Aplicação do decidido pelo STF nos RE 439.796/PR e 474.267/RS. Agravo de instrumento não provido. (Agravo de Instrumento nº 2027841-48.2014.8.26.0000, Rel. Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, publicado em 24.6.14).

Cumpre ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, em seu art.927, inc. V dispõe que os juízes e tribunais devem observar a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Acolhido o incidente de inconstitucionalidade do art.1º, inciso VII da Lei

Acesso ao Sumário

Estadual nº 11.001/01, o ICMS não pode incidir sobre a importação efetuada por contribuinte não habitual do imposto.

Também há risco da demora, pois indeferida a liminar, o agravante será obrigado a recolher o ICMS indevido e posteriormente obter sua restituição ou custear as despesas de armazenagem até o final do processo.

4. Presentes os requisitos do inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09 que são cumulativos, não pode ser negada a liminar.

Confira-se, nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR, RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. APRECIAÇÃO EQUIVOCADA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. - A concessão de medida liminar - como, de resto, toda e qualquer pretensão deduzida em juízo - pressupõe algum proveito para o demandante, sob pena de faltar-lhe o interesse processual.*
>
> *(...)*
>
> *5. - Ademais, **a concessão de liminar em mandado de segurança, quando possível, requer a satisfação concomitante das duas condições previstas no art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, quais sejam, a existência de fundamento relevante e a ineficácia da medida, se deferida apenas ao cabo da demanda.***
>
> (EDcl no MS nº 18457/DF, Rel. Min. SERGIO KUKINA, julgado em 23.4.14 e publicado em 30.4.14).

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para obstar a autoridade de exigir o recolhimento do ICMS/Importação no desembaraço de veículo objeto da importação 17/1479185-2.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115457-56.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante CECÍLIA GOMES DOS SANTOS, é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 37.702)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), JARBAS GOMES e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação de rito ordinário movida contra o Município de Campinas, indefere liminar, postulada para ser a autora-agravante mantida na posse de imóvel que se diz proprietária. Município que demonstra que o imóvel se encontra em área de risco, sendo de propriedade de terceiro, e objeto de ação expropriatória. Ausentes os requisitos da liminar postulada. Recurso improvido.

VOTO

I. Agravo de Instrumento interposto por CECÍLIA GOMES DOS SANTOS contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, que, em Ação de Manutenção de Posse movida pela ora agravante contra o MUNICÍPIO DE CAMPINAS (processo nº 1029619-14.2017.8.26.0114), indeferiu liminar, postulada para ser mantida na posse de imóvel de sua propriedade, localizado na Rua Joaquim de Faria, nº 22 (antigo 385), Jardim Santa Cruz, no Município de Campinas/SP, após ser notificada pelo ora agravado, em maio do ano em curso, para imediata desocupação.

Pede o acolhimento do recurso, com a concessão de efeito suspensivo, para ser deferida a liminar de manutenção de posse denegada em primeira instância, em resumo assinalando estarem presentes os requisitos legais para deferimento da tutela, haja vista a iminência de perder a posse e propriedade do imóvel, bem assim a demora em solucionar a lide, principalmente a se ter em conta que a Fazenda Pública goza de prazos em dobro. Afirma ainda que, além de o imóvel ter sido construído em área particular, "*não sendo possível, portanto, simplesmente imaginar que os atos da Municipalidade estejam cobertos pela legalidade e auto-executoriedade.*" (textual – fls. 04), a determinação para desocupação forçada viola os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Processado sem liminar (fls. 36/37), decisão em relação à qual opôs a ora agravante Embargos de Declaração (fls. 118/119), rejeitados pela decisão de fls. 121/123, ofertou contraminuta o agravado (fls. 47/55). Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Trata-se de Ação de rito ordinário movida pela ora agravante contra o Município de Campinas, na qual requereu a concessão de liminar, postulada para ser mantida na posse de imóvel de sua propriedade, localizado na Rua Joaquim de Faria, nº 22 (antigo 385), Jardim Santa Cruz, no Município de Campinas/SP, objeto da Matrícula nº 32.843, do 3º Cartório de Registro de Imóveis, após ser notificada pelo ora agravado, em maio de 2017, para imediata desocupação. Afirma estarem presentes os requisitos legais, haja vista a iminência de perder a posse e propriedade do imóvel, bem assim a demora em solucionar a lide, principalmente a se ter em conta que a Fazenda Pública goza de prazos em dobro. Além disso, assinala que, uma vez inserido o imóvel em área particular, a Administração não está autorizada a valer-se do princípio da auto-executoriedade de seus atos, por isso mesmo que a determinação para desocupação forçada viola os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A r. decisão agravada é do seguinte teor (traslado de fls. 31/32):

"Vistos etc.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita. Anote-se.

Trata-se de ação por onde a autora requer manutenção de posse, haja vista notificação recebida para desocupação da área. Requereu tutela provisória.

Em que pesem os fundamentos trazidos na inicial, não estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida. Não há demonstração da propriedade do imóvel, bem como da ilegalidade do ato praticado, que decorre do poder de polícia da Administração Pública, vez que o imóvel, como mencionado na inicial, está localizado em área de risco.

É caso, portanto, de se aplicar do princípio da legalidade da Administração, pelo qual faz existir uma presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos que não podem ficar sujeitos à mera alegação de irregularidade.

Ensina Hely Lopes Meirelles que 'A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado' (in Direito Administrativo Brasileiro, 37.ª edição, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 163).

Acesso ao Sumário

Para se considerar a irregularidade do ato é necessária a apresentação de prova inequívoca de sua ocorrência ou, ao menos, indícios fortes que demonstrem o 'fumus boni juris'.

Continua o mesmo autor: 'Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia' (op. cit. p. 163).

A questão será analisada profundamente em seu momento próprio, mas os indícios ensejadores da medida 'in limine' não estão presentes.

Daí, indeferida a tutela provisória.

Cite-se a requerida para apresentar defesa no prazo legal. Int."

Não há de ser alterada a r. decisão agravada.

A própria agravante alegou, na inicial da ação proposta em primeiro grau, que foi o risco de inundação o argumento utilizado pela Municipalidade para determinar a desocupação do imóvel (fls. 06 destes autos, parte integrante da inicial copiada a fls. 05/12). Tal fato é corroborado pelo agravado na contraminuta em trecho a seguir reproduzido:

"A área onde está inserido o imóvel da requerente é objeto de intervenção pela Secretaria Municipal de Habitação do Município de Campinas.

Assim, a alegada ameaça de demolição do imóvel se deve à intervenção pelo Poder Público Municipal, haja vista os graves problemas lá existentes.

Esclarece a Secretaria Municipal de Habitação que ao longo do Córrego Taubaté foram implantados, sobre áreas públicas e de Preservação Permanente, os seguintes assentamentos precários: Núcleos Residenciais 16 de Janeiro, Jardim Canaã, Ilha do Lago, Jardim do Lago II, Jardim Bandeiras II, Jardim São José, Vila Lourdes, Jardim Camboriú, Jardim Santa Rita de Cássia, Santa Cruz e Jequitibás.

O Córrego Taubaté pertence à sub-bacia do Córrego Sete Quedas, que é afluente de margem esquerda do Rio Capivari, no Município de Campinas.

De acordo com os estudos que resultaram no Caderno de Subsídios do Plano Diretor do Município, Lei Complementar 15/06, e com o mapeamento elaborado pelo Instituto de Pesquisas tecnológicas, o Córrego Taubaté foi identificado como um dos pontos críticos de enchente e alagamento.

Toda área ao entorno do Córrego taubaté foi classificada como de alto risco, em razão dos constantes processos erosivos, deslizamentos, desmoronamentos, degradação ambiental e contaminação que foram provocados pelas próprias

Acesso ao Sumário

características do solo, a ocupação desordenada, a ausência de sistema de drenagem e de obras de contenção das margens do córrego, associadas à degradação da mata ciliar e ao lançamento de esgoto in natura e água servida a céu aberto.

Diante dos danos urbanísticos e ambientais, os setores técnicos da Prefeitura elaboraram estudos com o objeto de diagnosticar a situação de cada trecho, analisar a viabilidade de regularização fundiária dos núcleos e definir as intervenções necessárias, com vistas à solução dos graves problemas existentes na região.

(...)

A Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, Serviço Geológico do Brasil, órgão do governo federal, na Ação Emergencial para Reconhecimento de Áreas de Alto e Muito Alto Risco a movimentos de Massas e Enchentes classificou o local como de alto risco.

Desta forma, com fundamento nos estudos técnicos realizados, nas disposições da Lei Federal 6766/79, no Código Florestal, nas resoluções do CONAMA, na Lei Federal 11977/09, na Lei Complementar 15/06, na Lei Municipal 11.834/03, no Decreto 14.776/04, na Lei Complementar 49/13 e Decreto 18.306/14, alguns núcleos foram considerados passíveis de regularização, mediante a execução de intervenções e remoção de algumas unidades habitacionais, enquanto outros foram classificados como de alto risco e, portanto, não passíveis de regularização, com indicação de remoção total das unidades habitacionais.

Desta forma, a fim de se viabilizar a execução de todas as intervenções necessárias, tais como obras, remoções e reassentamentos, bem como a sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área, a Prefeitura de Campinas submeteu à aprovação do Ministério das Cidades o Projeto denominado Parque Linear Vilas de Taubaté (Carta Consulta nº 1878.4.1106/2010).

Em razão da complexidade e do alto custo do projeto, referido Ministério determinou que o mesmo fosse dividido em etapas, sendo que a primeira delas, objeto do contrato de repasse nº PAC 2/OGU 353.055-19/2011, compreende, dentre suas intervenções, a remoção das famílias das áreas de risco e das áreas impróprias dos Núcleos Residenciais Camburiu, Vila Lourdes e São José e parte dos Núcleos Residenciais Jardim das Bandeiras e Jardim do Lago II.

Com o objetivo de promover o reassentamento das famílias a serem removidas das áreas de risco e das áreas impróprias, bem como de garantir o direito de moradia digna nos termos do art. 6º da Constituição Federal, a Prefeitura Municipal de Campinas desapropriou terrenos do loteamento Jardim do Lago Continuação e no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida está construindo os empreendimentos habitacionais denominados Residencial Vila

Acesso ao Sumário

de Taubaté I, II e III, num total de 660 unidades habitacionais." (textual – fls. 50/51 e 52/53).

Além disso, comprova o agravado que o imóvel em questão não é de propriedade da agravante, mas do Banco Itaú S/A, objeto de ação de desapropriação para implantação do projeto "Parque Linear Vilas de Taubaté" (fls. 56 e seguintes).

Há também documentação que demonstra que a ora agravante firmou, como o Município de Campinas, "Termo de Adesão ao Programa Reassentamento dos Núcleos Integrantes do Projeto denominado Parque Linear Vilas de Taubaté" (fls. 75/82), e que figura no rol de "moradores que se negam a aderir ao programa de remoção das áreas públicas ou que alegam que não irão desocupar as áreas públicas". (fls.83/84).

Dessa maneira, não se vislumbram os requisitos da tutela de urgência postulada, principalmente a se ter em conta o contraste das afirmações da Municipalidade, corroboradas por farta documentação, com as assertivas da autora-recorrente.

E na esteira de precedente da Colenda Sexta Câmara de Direito Público, da lavra do Des. EVARISTO DOS SANTOS, ***"o exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele." (AI nº 92.010-5/2 – Rel. Des. VALLIM BELLOCCHI – j. de 11.11.98 e AI nº 315.636-5/2 – Rel. Des. COIMBRA SCHMIDT – v.u. j. de 10.03.03, dentre inúmeros outros no mesmo sentido). De outra parte, "somente se demonstrada a ilegalidade do ato de deferimento ou negatório da liminar ou o abuso de poder do magistrado, e isto de forma irrefutável, seria admissível a substituição de tal ato vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior." (AI nº 316.545-5/4 – Rel. Des. CHRISTIANO KUNTZ – v.u. j.de10.03.04."*** (Agravo de Instrumento nº 325.403-5/8).

Preferível é, assim, manter-se a solução outorgada à espécie em primeira instância.

III. Pelo exposto, negam provimento ao recurso.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150491-92.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EVANDRO MOMETO FINKELSTAIN, DILMA LUCAS DOS SANTOS SOUZA, MARTA MARIA DOS SANTOS REIS, ELZA DA SILVA BERNARDES RAPHAEL, MARIA CRISTINA FERREIRA SPINOLA, IZABEL CRISTINA TURCI DE JESUS, CAMILA CALIXTO MONTANARE, ROSANGELA CAIRES NUNES, SHEILA DA SILVA MAIOLGA, RAQUEL DOS SANTOS WURFEL, MARIA BETANIA DOS SANTOS SILVA e FELICIO RICHETTO JUNIOR, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.917/2017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA – Requisitos. Ausência de prévia intimação da parte interessada na obtenção dos benefícios da assistência judiciária gratuita, após ser verificado pelo Juízo elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para o deferimento da benesse. Nulidade da r. decisão agravada. Inobservância da parte final do § 2º do artigo 99 do novo Código de Processo Civil.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *CAMILA CALIXTO MONTANARE, FELICIO RICHETTO JUNIOR, MARIA BETANIA DOS SANTOS SILVA, RAQUEL DOS SANTOS WURFEL, SHEILA DA SILVA MAIOLGA, ROSANGELA CAIRES NUNES, EVANDRO MOMETO FINKELSTAIN, IZABEL CRISTINA TURCI DE JESUS, MARIA CRISTINA FERREIRA SPINOLA, ELZA DA SILVA BERNARDES RAPHAEL, MARTA MARIA DOS SANTOS REIS e DILMA LUCAS DOS SANTOS SOUZA* contra a r. decisão que, em sede de ação

ordinária ajuizada contra a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Sustentam, em síntese, que a preenchem os requisitos necessários à obtenção do benefício da gratuidade da justiça.

A liminar foi parcialmente deferida (fls. 83-85), sobrevindo a respectiva contraminuta (fls. 91-93).

É o breve relato.

Como já asseverado quando da apreciação da liminar, não se desconhece que o artigo 99, § 2º, novo do Código de Processo Civil, autoriza o indeferimento pelo magistrado do pedido de gratuidade quando houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a sua concessão.

Ocorre, porém, que a mencionada norma processual condiciona o indeferimento da benesse à prévia intimação do peticionário, possibilitando-lhe comprovar o preenchimento dos pressupostos necessários para esse fim. Confira-se:

> *Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo,* ***antes de indeferir*** ***o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*** **(grifei)**

Diante deste quadro, o recurso comporta parcial provimento, a fim de anular a r. decisão agravada para que outra possa ser proferida, conforme a livre convicção do MM. Juízo *"a quo"*, depois de intimada a parte interessada para comprovar o preenchimento dos pressupostos necessários à obtenção do benefício almejado.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos retro especificados.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139850-45.2017.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante MUNICÍPIO DE COTIA, é agravado REGIVALDO ALVES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.506)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de manutenção de posse – Liminar deferida – Alegação do agravante de ocupação de área pública e de irregularidades dos estabelecimentos comerciais lá localizados – Notificações enviadas, pela Administração Municipal, com o escopo de regularização concernente à licença de funcionamento – Inexistência, outrossim, de comprovação da posse da área pelo agravado, para além do aspecto dúbio quanto à natureza pública ou privada do imóvel ocupado – Feição da ação possessória que não se presta à contra-atacar exigência da Administração Municipal consubstanciada na apresentação de licença de funcionamento – Ausência de requisitos legais para liminar de manutenção na posse. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Cotia** contra decisão interlocutória do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia (fls. 26/27 do processo digital de primeiro grau), em ação de manutenção de posse ajuizada por **Regivaldo Alves dos Santos**. O recurso é tirado de decisão que deferiu a antecipação de tutela para assegurar a posse do imóvel ao autor, ora agravado, até ulterior decisão.

O agravante pretende a reforma da decisão agravada, pois, em síntese: **(a)** o agravado tenta convencer que vem sendo admoestado pelo Poder Público Municipal por questões afetas à posse do imóvel, todavia os estabelecimentos comerciais irregulares foram notificados não só pela irregularidade de ocupação de área pública, mas com base na Lei Municipal nº 1.616/2010 que trata da licença de funcionamento do estabelecimento; **(b)** conforme apurado os comércios que fazem parte do objeto da ação funcionam sem licença da vigilância sanitária, abaixo de rede de alta tensão e não apresentam laudo ou planta, acerca das reais condições da construção, colocando em risco a segurança dos munícipes e transeuntes; **(c)** o agravado tem ciência de tais irregularidades e de que não se trata apenas de matéria possessória e, sim, de interesse coletivo, em razão do risco da continuidade comercial de alimentos manuseados sem a devida licença da ANVISA, e, também, pelos riscos de construção; **(d)** está demonstrada a existência de diversas situações contrárias ao interesse público caso o agravado seja mantido na posse, realizando comércio sem as devidas regularizações, bem como permitindo que seus inquilinos procedam da mesma maneira.

Deferida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas as informações do magistrado *a quo* e o agravado não respondeu ao recurso.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento.

A decisão agravada comporta reparo.

Ora, em manutenção de posse, o deferimento de liminar ou tutela antecipada, pressupõe elementos seguros de que, o autor, ora agravado, é possuidor de imóvel privado (afinal, se público, não há posse protegida contra o ente público, mas mera detenção) e está na iminência de perder essa posse por turbação do réu, ora agravante.

Todavia, nos elementos apresentados, até o momento, considerando de modo especial os que instruem a petição inicial, não há segurança para essa conclusão, pois são fracos os elementos da posse pretérita do autor, ora agravado, sobre o bem em questão, e, ainda, a rigor, não há certeza de que a área é privada, não pública.

De outra banda, infere-se que as notificações encaminhadas aos inquilinos do agravado têm o escopo de regularização das atividades comerciais exercidas na área objeto da ação de manutenção de posse. Isso, pois, em nada se confunde com turbação, ou conduta ilícita de ataque à posse. Outrossim, a feição da ação possessória não se presta à contra-atacar exigência da Administração Municipal quanto à devida licença de funcionamento.

Desse modo, insuficientes os elementos para autorizar, *prima facie*, a manutenção de posse em antecipação de tutela ou liminar, para além do aspecto ainda dúbio quanto à natureza pública ou privada do imóvel ocupado pelo

Acesso ao Sumário

agravante. O melhor caminho, então, é reformar a decisão agravada, afastando a manutenção de posse liminarmente deferida, observando que apenas a dilação probatória poderá esclarecer a situação jurídica vivenciada.

Por fim, ressalte-se, que se trata de decisão inicial, proferida em fase de mera cognição sumária. Todos os elementos ora levantados deverão ser pormenorizadamente analisados ao longo da instrução probatória e sob o crivo do contraditório, com o que se garantirá o devido processo legal.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060746-04.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SERVIMED COMERCIAL LTDA., é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.993)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária em fase de execução – Cessão de créditos – Comprovada que a cessão de crédito feita à agravante foi formalizada em data posterior à data reconhecida pela r. decisão agravada, impõe-se a sua manutenção – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão copiada a fls. 218/222 que, em sede de ação ordinária, determinou a exclusão da agravante do polo ativo da cessão de crédito, mantendo apenas a cadeia de cessões compostas por Indústria de Plásticos Indelpast e Solutri Assessoria e Soluções Tributárias, autorizando o levantamento de valor incontroverso, no percentual de 70%, a favor do cessionário Solutri Assessoria

e Soluções Tributárias, e 30% em favor do patrono originário, a título de honorários contratuais.

Inconformada, requer a agravante a reforma da r. decisão agravada.

Negada a liminar pleiteada (fls. 224/225), o recurso recebeu não resposta (fl. 229).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 229).

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária em fase de execução, na qual a MMª Juíza *a quo*, determinou a exclusão da agravante do polo ativo da cessão de crédito, mantendo apenas a cadeia de cessões compostas por Indústria de Plásticos Indelpast e Solutri Assessoria e Soluções Tributárias, autorizando o levantamento de valor incontroverso, no percentual de 70%, a favor do cessionário Solutri Assessoria e Soluções Tributárias, e 30% em favor do patrono originário, a título de honorários contratuais.

Irresignada recorre a agravante, alegando, em resumo, ser a única detentora do crédito originário de Deodato Cerqueira Rocha.

Sem razão a agravante.

Com efeito, muito embora se possa vislumbrar que a primeira cessão de crédito por parte de Deodato Cerqueira Rocha tenha sido feita em favor da Empresa Nikar Embalagens Plásticas em 10.08.2000 (fls. 185/186), que posteriormente cedeu tal crédito à empresa agravante, não há falar em desacerto na r. decisão agravada, pois como bem anotado pela MMª. Juíza *a quo*, deve prevalecer apenas a cessão realizada por Deodato Cerqueira Rocha em favor de Indelplast Ltda., eis que apesar de ter referida cessão sido feita em 30.08.2000 (fls. 142/143), a petição concernente à tal ato foi protocolizada em 20.09.2000 (fls. 247/250), ou seja, em data anterior ao protocolo da cessão efetuada à Empresa Nikar Embalagens Plásticas Ltda., que somente se deu em 11.09.2001 (fls. 251/252).

Assim, o ato somente passou a produzir efeitos jurídicos após a sua formalização, ou seja, com a protocolização do pedido, em 20.09.2000.

Destarte, não há como se acolher as alegações postas pela agravante de que seria a legítima detentora da cessão de crédito, restando correta a r. decisão agravada.

Dessa forma, inexistem elementos suficientes a ensejar a reforma da bem lançada decisão agravada.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094301-12.2017.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D' Oeste, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SÉRGIO RENATO DE CAMARGO.

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 7.634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Insurgência contra decisão que indeferiu pedido de apreensão de passaporte e CNH, porquanto as medidas executórias não teriam surtido efeito. Descabimento. Medidas que se afiguram inócuas em relação ao resultado da execução e não guardam qualquer relação com a origem do débito exequendo. Disposições do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil que implicam em medidas destinadas a alcançar o patrimônio do devedor e não no sacrifício da sua liberdade pessoal. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** da R. Decisão copiada às fls. 321/324, que, no cumprimento de sentença proferida em ação de improbidade administrativa, indeferiu pedido de apreensão da carteira de habilitação e do passaporte de **Sérgio Renato de Camargo**, divisado pelo combativo Órgão agravante como maneira de compelir o executado a ressarcir o Erário e pagar a multa a que se viu condenado.

O agravante lastreia sua pretensão na disposição do art. 139, V, do Código de Processo Civil e afirma, em síntese, que as providências colimadas teriam *fulcro exclusivamente coercitivo* (fls. 03).

Pretende, nestes termos, a reforma integral da r. decisão combatida para deferir a apreensão da carteira nacional de habilitação do executado, com suspensão do seu direito de dirigir, bem como de seu passaporte até o pagamento do débito em questão (fls. 01/04).

O agravo foi contraditado às fls. 343/355; e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento (fls. 362/365).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 356 e 359/360).

É o relatório.

O inconformismo não encontra guarida.

Cuida-se, nos autos de origem, de cumprimento de sentença proferida em ação de improbidade administrativa, na qual o agravado foi condenado à pena de suspensão dos direitos políticos por oito anos, pagamento de multa civil correspondente a duas vezes a vantagem patrimonial auferida irregularmente e ressarcimento integral do dano causado ao erário.

Defende-se em minuta que o art. 139 do Código de Processo Civil permitiria estabelecer limitação a direitos não patrimoniais do agravado como forma de obrigá-lo a recompor danos ao Erário e a pagar a multa civil a que foi condenado; e requer-se, com esse fundamento, a apreensão da carteira de habilitação e do passaporte do agravado.

A pretensão não comporta acolhida, contudo.

A r. decisão agravada determina não apenas a **penhora de imóveis**, como também providências tendentes à respectiva alienação; e fundamenta-se nesse exato ponto para indeferir a pretensão do agravante, observando que, em princípio, a constrição patrimonial permite o prosseguimento regular da execução.

Nesse contexto, revela-se exata a observação lançada em Parecer pelo Eminente Procurador de Justiça **Motauri Ciochetti de Souza**: as medidas alvitradas "*não nutrem qualquer tipo de liame com a solução imposta*"; e não se demonstrou em que proporção poderiam ser "*úteis, adequadas e necessárias aos fins que a justificam*" (fls. 364).

Em ordem constitucional que aspira a se efetivar como Estado de Direito, não se dispensa a demonstração da **necessidade, adequação** e **proporcionalidade** de medidas constritivas que se reportem à previsão abstrata contida no inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil[1]; e bem o elucida a Douta Procuradoria Geral de Justiça, ao assinalar a semelhança estrutural entre

Acesso ao Sumário

1 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)
IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
(...)

a regra em comento e o art. 84, § 5º, do Código do Consumidor, indicativa da necessidade de se observar, em princípio, certa medida de homogeneidade – ou *simetria* – entre a medida postulada e a situação a que visa corrigir, tal como se dá com a suspensão de habilitação no âmbito penal – circunscrita aos crimes de trânsito.

No caso, essa homogeneidade não se verifica; e, ao contrário da ordem de penhora, que em tese oferece lastro para satisfação de pretensão condenatória patrimonial, recaindo sobre o exato direito afetado pela condenação, a restrição à condução de veículos ou à possibilidade de trânsito além de fronteiras nacionais não se revela imposta por efetiva e concreta necessidade que se extraia da natureza da lide ou das circunstâncias concretas do caso.

Não se havia, portanto, de deferir tal medida – alinhando-se o presente caso a precedentes vários:

> "*Agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, indeferiu medidas constritivas que almejavam a retenção de CNH, passaporte e cartões de crédito do Executado - O Exequente possui em seu favor título de natureza pecuniária que não dá azo às medidas que possam, de alguma forma, ainda que indireta, tolher o direito de ir e vir do cidadão e sua livre iniciativa. Tais medidas se coadunam mais com o Direito Penal, onde a sanção final, muitas das vezes de ordem restritiva de liberdade ou de direitos, autoriza medidas cautelares ou executivas dessa natureza - A pretensão de improbidade administrativa é de natureza político-civil e não penal. Reter passaportes, CNHs ou outra documentação civil, legitimamente obtida pelo cidadão, para fins de satisfazer pretensão executiva pecuniária, excede ao escopo patrimonialista do processo civil Brasileiro, traduzindo, em certa medida, em verdadeiro ato emulativo em órbita não restringida pelo título a ser satisfeito - Foge à razoabilidade e proporcionalidade as medidas constritivas requeridas - Precedentes TJSP - Decisão mantida - Recurso improvido*."[2]

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo.

Acesso ao Sumário

2 **TJSP**: Agravo de Instrumento nº 2028323-88.2017.8.26.0000, Relator: **Des. Marrey Uint**; 3ª Câmara de Direito Público, j. 08/08/2017. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 2029974-58.2017.8.26.0000, Relator: **Des. Claudio Augusto Pedrassi**, 2ª Câmara de Direito Público, j. 23/06/2017; Agravo de Instrumento nº 2089654-71.2017.8.26.0000, Relator: **Des. Ferreira Rodrigues**; 4ª Câmara de Direito Público, j. 05/06/2017; Agravo de Instrumento nº 2023775-20.2017.8.26.0000, Relator: **Des. Nogueira Diefenthaler**; 5ª Câmara de Direito Público, j. 20/06/2017; Agravo de Instrumento nº 2031846-11.2017.8.26.0000, Relator: **Des. Luis Ganzerla**; 11ª Câmara de Direito Público, j.13/06/2017; Agravo de Instrumento nº 2028705-81.2017.8.26.0000, Relatora: **Des.ª Isabel Cogan**, 12ª Câmara de Direito Público, j. 19/07/2017; entre outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2113619-78.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados CLOVIS DE MELLO, BENEDITO GERALDO DOS SANTOS, JOAO DE MORAIS, ANTONIO DOBLINS FRANCA, AYLTON ALVES DE OLIVEIRA, OSVALDO FERREIRA, JOSE DOS SANTOS, JOSE WILSON LAGE DO NASCIMENTO, JORGE DE MOURA, JOSE SCARELLI, ITAIR SEVERINO DOS SANTOS, FRANCISCO DE PAULA TELLES, JOAO BATISTA CESAR, PEDRO BUENO DOS SANTOS, SILVIO FERREIRA DE CARVALHO, TOME MARQUES, JOAO BATISTA MACHADO FILHO, ANGELO FATOR, BENEDITO MENINO ALVES DA MOTTA, SEBASTIAO GOMES DE SOUSA, MILTON CAMBRAIA DA SILVA, JOSE FRANCISCO BAETA, JOAO ALVES DIAS CERQUEIRA, IBRAULINO BATISTA DE SOUZA, NELSON AMORIM MOYA, SEBASTIAO PEDRO GAMA, FRANCISCO BARBETA SOARES, ALVARO JORDAO, VIVALDO GOMES DE JESUS e LUIZ WALTER DO NASCIMENTO.

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 37.368)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Impugnação acolhida – Condenação ao pagamento de verba honorária – Cabimento – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão (fls. 427/428 dos autos originários) que, em cumprimento de sentença, acolheu impugnação apresentada pela Fazenda do Estado a fim de reconhecer o excesso de execução por ela apontado, sem, contudo, condenar os impugnados ao pagamento de honorários advocatícios em razão desse acolhimento.

Assevera a agravante que o acolhimento da impugnação, seja ele parcial

ou integral, ensejaria a condenação do vencido à verba honorária, nos termos do artigo 85 do CPC.

O recurso foi recebido sem o efeito suspensivo pleiteado (fls. 8). Contraminuta às fls. 10/18.

Este é o relatório.

O recurso comporta provimento.

O artigo 85, §1º, do Código de Processo Civil é claro ao dispor serem devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença:

> *"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção,* ***no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo****, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente."* (realce acrescido)

Tratando especificamente da impugnação ao cumprimento de sentença, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que, "*na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios*." (Súmula 519, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 02/03/2015).

Em casos de acolhimento, porém, entendeu aquele Egrégio Tribunal:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se" (REsp. n.º 940.274/MS).* ***1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.*** *2. Recurso especial provido."* (realce acrescido)
>
> (REsp 1134186/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2011, DJe 21/10/2011)

Desta forma, cabível a condenação da parte exequente ao pagamento da verba honorária em casos de acolhimento da impugnação apresentada pela parte executada, mesmo que seja parcial tal acolhimento, pelo que a decisão agravada comporta pequena reforma.

Assim, frente ao acolhimento da impugnação pelo magistrado de primeiro grau, arcarão os exequentes com o pagamento de honorários advocatícios aqui fixados em 10% sobre a diferença entre o valor inicialmente executado e valor a

Acesso ao Sumário

ser apurado com o refazimento dos cálculos.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2142579-44.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TECNODIG COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETROMECÂNICOS LTDA. – ME, são agravados GERENTE DE CONTRATAÇÕES E COMPRAS DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO e DIRETOR – PRESIDENTE DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com recomendação. V.U. Sustentou oralmente, em favor da agravada, o Dr. Eduardo Hiroshi Iguti.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 18 de setembro de 2017.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança - Processo licitatório – Substituição forçada de envelope de propostas por licitante, logo em seguida ao comparecimento de um concorrente – Republicação do edital de propostas – Impugnação do primeiro licitante à republicação – Se é certo que a republicação do edital com a reabertura dos prazos, restaura o princípio da igualdade – Por outro lado, essa circunstância não restaura o interesse público, violado quando se admite a simples republicação de edital, sem expressar motivo que o justifique – Ausência de motivação que, sob um juízo sumário, tornaria o ato inválido – Suspensão da republicação do edital, dando-se continuidade ao certame, sem considerar o envelope substituído – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Cuida-se de agravo interposto por **Tecnodig Comércio de Produtos Eletromecânicos Ltda. – Me**, nos autos de mandado de segurança impetrado em face do **Gerente de Contratações e Compras da Companhia do Metropolitano de São Paulo e outro**; agora, insurgindo-se contra despacho que revogou medida liminar anteriormente concedida, sob o fundamento de que a substituição dos envelopes entregues em procedimento licitatório mantido o sigilo e, dentro do prazo, não vulneraria o princípio da igualdade e do interesse público.

II. A antecipação da tutela recursal foi deferida para suspender a republicação do edital.

III. Houve contraminuta.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de agravo interposto por **Tecnodig Comércio de Produtos Eletromecânicos Ltda. – Me**, nos autos de mandado de segurança impetrado em razão de ato Gerente de Contratações e Compras da Companhia do Metropolitano de São Paulo e outro; agora, insurgindo-se contra despacho que revogou medida liminar anteriormente concedida, sob o fundamento de que a substituição dos envelopes entregues em procedimento licitatório mantido o sigilo e, dentro do prazo, não vulneraria o princípio da igualdade e do interesse público.

No entanto, há evidências de que os representantes da empresa Trans. Sistemas de Transportes Ltda., só vieram a substituir o envelope, após se aperceberem da presença do representante da Agravante, circunstância que, levou o Presidente da Comissão de licitação a não concordar com essa conduta, que, todavia, acabou por prevalecer.

Afinal, não constou da ata qual **o motivo justificado** da pretendida substituição, tanto assim, ressalte-se, ainda uma vez, contra essa prática se opôs o Presidente da Comissão de licitação.

Não se trata, portanto, de se admitir a oferta dos envelopes dentro do prazo de tolerância – 15 minutos – previsto no edital.

A hipótese versa sobre a possibilidade ou não de, sem motivo aparente e justificado, a não ser a presença de outra possível licitante, admitir-se a troca de envelope já ofertado.

O princípio da boa-fé, da probidade e moralidade, todavia, não autorizam essa prática uma vez que o preço ofertado há de ser justo e adequado e vinculado à boa-fé, independentemente do número de licitantes que participam do certame.

Com isso se conclui que, ainda que mantido o sigilo e, respeitado o prazo,

Acesso ao Sumário

não é de se admitir que possa o licitante substituir os envelopes já entregues, à vista da possibilidade de manipulação dos valores ofertados, conforme a presença ou não de outros licitantes.

É certo que a republicação do edital com a reabertura dos prazos, restaura o princípio da igualdade, uma vez que todos poderão, rever e ofertar novas propostas.

Essa circunstância, todavia, não restaura o interesse público, violado quando se admite a simples republicação de edital, sem expressar motivo que o justifique.

As alegações da Companhia do Metrô, ora ofertadas não infirmam, "prima-facie", a circunstância da violação do princípio da boa-fé e da probidade, como já anotado no despacho de fls. 240/242.

Demais disso, não se discute na hipótese, a relevância da licitação. Essa circunstância, porém, não é licença para o atropelo dos princípios que regem o procedimento licitatório.

Anoto finalmente, como o já o fiz que não se cuida, aqui, de se discutir a validade ou não do tempo de tolerância estabelecida para o recebimento das propostas.

A questão é: houve uma substituição de envelopes, sem que se declinasse a razão de interesse público a justifica-la.

Cuida-se, evidentemente, de **procedimento absolutamente questionável e que permite sim, a manipulação de valores ou preços**, conforme se verifique ou não a existência de outros licitantes.

Tanto isso é verdade, – e a esta questão crucial a Companhia do Metrô é absolutamente silente –, que o próprio Presidente da Comissão de Licitação se opôs a essa manobra.

Em síntese, se a licitação reveste-se de evidente importância, mais uma razão para que se respeite seus princípios informadores: legalidade, boa-fé, probidade etc.; não, o contrário, para que se promova uma verdadeira irresponsabilidade no seu andamento.

Assim, *sob um juízo de cognição sumária*, nota-se que a republicação do edital das propostas, desacompanhada de justificativa idônea de sua real necessidade, viola a exigência de motivação dos atos administrativos e, por consequência, torna o ato inválido.

Daí o porquê, dá-se provimento ao agravo para suspender o ato de republicação do edital e dar continuidade ao certame, sem considerar o envelope substituído pelo representante da empresa Trans Sistemas de Transportes Ltda.

Comunique-se com urgência ao juízo de origem, determinando-se o Agravante que promova a citação da empresa Trans. Sistemas de Transportes

Acesso ao Sumário

Ltda. Para compor o polo passivo do mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085811- 98.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CINTHIA GARCIA DOS REIS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso provido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Ordinária – Licença Saúde indeferida – Decisão recorrida que indeferiu a tutela provisória de urgência, a fim de evitar descontos nos vencimentos da agravante, suspendendo-se eventual procedimento administrativo por abandono de cargo – Insurgência – Cabimento – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela provisória de urgência.

Decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cinthia Garcia dos Reis interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da 16ª Vara da Fazenda Pública da Capital, na ação ordinária, promovida contra a Fazenda do Estado de São Paulo, que indeferiu a tutela provisória de urgência, a fim de evitar descontos nos vencimentos da agravante, em virtude de indeferimento de licença para tratamento de saúde; aduz razões para a reforma do r. despacho, pleiteando a concessão do efeito ativo e o acolhimento do recurso.

A **liminar** foi deferida (fls. 15/16).

Contraminuta (fls. 20/25).

É o relatório.

Insurge-se a Agravante contra r. decisão, que indeferiu a tutela provisória de urgência, a fim de evitar descontos em seus vencimentos, bem como a suspensão de eventual procedimento administrativo por abandono de cargo e a inscrição do débito em dívida ativa.

Em que pese a argumentação da nobre Magistrada, o certo é que o recurso merece prosperar.

A análise do presente recurso está adstrita à presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela provisória de urgência.

Extrai-se dos autos que a Agravante é Professora de Educação Básica II, do Quadro do Magistério da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, e encontra-se com problemas de saúde, e já vem licenciando-se para tratamento de saúde.

Alega a Agravante que, em decorrência dos problemas de saúde, não há uma melhora em seu quadro clínico o que a impossibilita de retornar as suas funções, o que resultou em alguns pedidos de licença médica indeferidos, assim, está em risco eminente de sofrer processo administrativo por abandono de cargo ou frequência irregular, em decorrência do indeferimento da licença de saúde.

Pretende a Agravante que a Administração Pública se abstenha de descontar os períodos de licença saúde que lhe foram negados, suspendendo-se eventual procedimento administrativo por abandono de cargo.

Verifica-se que os descontos pelas faltas recairão sobre seus vencimentos, os quais são verbas de natureza alimentar, de modo a configurar perigo de dano de difícil reparação.

Portanto, a possibilidade de desconto das faltas dos dias pode ser obstada até o pronunciamento judicial nos autos originários, sem ofensa às normas que vedam a concessão de liminar ou de tutela antecipada em face do Poder Público, porquanto não se trata de estabelecer situação nova, mas de manter a atual e preservar o interesse momentâneo mais urgente, de caráter alimentar, inclusive, como forma de possibilitar um melhor tratamento para a patologia que acomete a agravante.

Neste sentido, conforme já julgados:

"SERVIDORA PÚBLICA – PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA – Pretensão ao reconhecimento de direito à licença-saúde indeferida pela Administração. Decisão agravada que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela visando a impedir que a Administração proceda aos descontos referentes ao período de afastamento em discussão. Presença dos requisitos

Acesso ao Sumário

legais pertinentes. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido." (Agravo de Instrumento nº 2142892-73.2015.8.26.0000, Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 10.08.15, v.u.).

Ante ao exposto, mostra-se razoável a concessão da tutela provisória de urgência, reformando-se a decisão recorrida, conforme a fundamentação acima colacionada, ressalvando-se que a matéria aqui analisada ficou circunscrita ao restrito âmbito da liminar.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080726-34.2017.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante INAIR ESQUERRO OZORES, é agravado MUNICÍPIO DE PIRACICABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.174)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Taxa de Limpeza pública – Exercício de 2008 – Município de Piracicaba – Alegada inconstitucionalidade da cobrança diante da ausência dos pressupostos da especificidade e divisibilidade – Procedência do pedido – Inconstitucionalidade do tributo já proclamada pelo Colendo Órgão Especial por ocasião do julgamento da ADI nº 0000324-78.2009.8.26.0000 – Lançamento questionado, ademais, realizado antes da entrada em vigor da LC nº 241/2009 que corrigiu os vícios acima apontados – Recurso provido neste aspecto.

EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE DA CDA – IPTU e taxa de limpeza pública – Município de Piracicaba – Alegado desatendimento dos requisitos legais pela CDA por ausência de discriminação do

valor individualizado de cada tributo executado – Possibilidade, porém, de substituição desta – Aplicabilidade ao caso do art. 2º, § 8º da LEF – Recurso não provido neste tocante.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Execução Fiscal julgada parcialmente extinta após oferecimento de exceção de pré-executividade pelo executado – Condenação da Municipalidade ao pagamento das custas e honorários advocatícios – Cabimento – Precedente do Superior Tribunal de Justiça – Agravo provido neste aspecto.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal intentada pelo ora recorrido, acolheu em parte a exceção oposta pelo agravante. Busca-se com o presente a reforma aos seguintes argumentos, em resumo: a decisão recorrida afrontou o princípio da irretroatividade da lei tributária, uma vez que a CDA nº 64.181/2010 abarca a taxa de limpeza pública do exercício de 2008, sobre a qual a Lei Complementar Municipal nº 241/2009 não pode produzir efeitos; subsidiariamente, caso seja mantida integralmente a decisão de 1º grau, requer o arbitramento de honorários advocatícios em seu favor, por força do que dispõe o princípio da causalidade.

Regularmente processado, com a concessão de efeito suspensivo, registrando-se resposta.

É o relatório.

Trata-se de execução fiscal fundada em IPTU e Taxa de limpeza pública dos exercícios de 2006 a 2008 do Município de Piracicaba.

A executada insurgiu-se contra esta cobrança apresentando exceção de pré-executividade, onde sustentou a inconstitucionalidade da taxa de limpeza pública, por falta de preenchimento dos requisitos da especificidade e da divisibilidade, e a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, em razão de a mesma não discriminar o montante referente a cada tributo.

O Juízo de 1º grau acolheu os argumentos da executada e extinguiu o feito com relação às CDAs de nºs 64.179/2010 e 64.180/2010. No que toca à certidão de nº 64.181/2010, entendeu o Juízo que a taxa contemplada neste título não foi alcançada pela inconstitucionalidade, tendo em vista que a inscrição do débito foi posterior à vigência da Lei Complementar Municipal nº 241/2009, que suprimiu o vício de inconstitucionalidade, de maneira que determinou o prosseguimento da cobrança com relação a este título executivo.

Acesso ao Sumário

Assim, a controvérsia tratada no presente recurso restringe-se apenas à CDA de nº 64.181/2010.

Feita essa consideração, procede em parte a insurgência.

De fato, o Colendo Órgão Especial desta Corte, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0000324-78.2009.8.26.0000 (Relator Desembargador Penteado Navarro, v.u., j. em 03.06.2009), pronunciou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 224/08 que tratavam da Taxa de Limpeza de Vias Públicas, em razão do desatendimento dos requisitos da especificidade e da divisibilidade. O referido julgado está assim ementado:

"Inconstitucionalidade. Ação Direta. Artigos 343, 346, incisos I, II e III, alíneas "a" e "b", e 348, da Lei Complementar nº 224/08, do Município de Piracicaba, a qual revogou o Código Tributário do Município de Piracicaba, instituindo taxa sobre a prestação de serviços públicos, dentre eles o de limpeza de vias públicas. Serviço prestado a título universal (uti universi), cujo custeio deve provir da arrecadação de impostos. Impossibilidade de tributação a título singular pelo Município. Afronta às normas previstas nos arts 144, 160, inc II e §2°, ambos da Constituição Paulista. Procedência da ação".

Somente com a edição da Lei Complementar Municipal nº 241/2009 houve a adequação do fato gerador do aludido tributo, ficando superado, com isso, o vício da legislação anterior.

Todavia, a referida alteração legislativa, não se aplica à taxa de limpeza indicada na CDA de nº 64.181/2010, posto que o fato gerador e o lançamento do referido tributo ocorreram no exercício de 2008, antes, portanto, da vigência da nova legislação.

Desta forma, há de ser reconhecida, também, a inexigibilidade da Taxa de Limpeza Pública contemplada na Certidão de Dívida Ativa de nº 64.181/2010, assim como ocorreu nos demais títulos executivos.

Entretanto, data vênia do entendimento do Juízo, este Relator entende ser possível a substituição do título executivo.

Acesso ao Sumário

A certidão de dívida ativa anexada com a inicial da execução, de fato, indica apenas o valor total da cobrança, sem discriminar o montante relativo a cada um dos tributos devidos, no caso, IPTU e taxa de limpeza pública.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a autorização prevista no § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, vem, de fato, se orientando pela possibilidade da substituição ou emenda da CDA, com vistas à correção de erros e de defeitos formais, não a permitindo, todavia, quando voltada à identificação de sujeito passivo da obrigação tributária, diverso do originariamente apontado, ou ainda, quando importar em alteração do lançamento tributário.

Este posicionamento foi corroborado, inclusive, com a edição, pelo

Egrégio S.T.J., da Súmula nº 392, nos seguintes termos: "*A Fazenda Pública pode substituir a certidão da Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal vedada a modificação do sujeito passivo da execução*".

No caso vertente há de se reconhecer a ocorrência de mero erro formal na CDA que instrui a presente execução. Malgrado o titulo executivo indique tão-somente o valor global da dívida, não há prova de que a inscrição ou o lançamento tributário tenham sido efetuados em desacordo com a legislação correta, não se aplicando ao caso, deste modo, a jurisprudência do STJ que veda a substituição para a modificação do sujeito passivo da execução.

Excetuada a irregularidade acima indicada, podemos extrair da CDA, sem qualquer dificuldade, a natureza da cobrança, sua origem e o exercício fiscal a que se refere.

Assim, não comporta acolhida o pedido de extinção do feito, facultado que é à Municipalidade-credora a emenda ou a substituição da CDA antes da decisão de 1ª Instância nos casos em que – como o vertente – sequer foram opostos embargos pelo devedor, na conformidade do que dispõe o § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80.

Com relação aos honorários advocatícios, tem razão o recorrente, sendo cabível a condenação da Municipalidade-exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

A exceção de pré-executividade, cuja oposição é hoje amplamente admitida pela Doutrina e pela Jurisprudência, enseja, indiscutivelmente, a instauração de autêntica lide, impondo-se, a condenação em honorários nos casos em que a Fazenda Pública se sair vencida.

Esse o sentido do ensinamento de YUSSEF SAID CAHALI, que se reproduz: "*... tratando-se de exceção de pré-executividade, com que o devedor antecipa a sua defesa antes de estar seguro o juízo, postulando a nulidade da execução nos termos do art. 618 do CPC, tem-se que sua pretensão se equipara à do embargante sem depósito da coisa devida, no seu confronto como credor-exequente; instaura-se entre eles um incidente caracteristicamente litigioso, de modo a autorizar a imposição aos vencidos dos encargos advocatícios da sucumbência*" ("Honorários Advocatícios", 4ª edição, 2012, RT, pág. 652).

Demonstram tais considerações que a sucumbência, à luz do princípio da causalidade, permite a condenação do vencido em honorários advocatícios mesmo no caso da chamada exceção de pré-executividade.

No caso dos autos, a decisão combatida considerou inexigível a maior parcela dos créditos em cobro e, já considerando o decidido nesta Instância, permaneceu exigível apenas o crédito do IPTU contemplado na CDA de nº 64.181/2010.

Acesso ao Sumário

Dito isso, e tomando-se por base a extensão da sucumbência, por uma análise qualitativa e quantitativa dos pedidos, conforme a sistemática trazida pelo artigo 86, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil, extrai-se que a Municipalidade-exequente se saiu vencida da demanda em maior proporção.

No sentido do cabimento da fixação de honorários em situações que tais, menciona-se, apenas para exemplificar, o julgamento pelo STJ do AgRg no AREsp 480.535/RO (1ª Turma, Rel. Ministro Olindo Menezes, em 20/08/2015, DJe 31/08/2015), cujo acórdão acha-se assim ementado:

"*PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.*

ACOLHIMENTO PARA EXCLUIR SÓCIO DO PÓLO PASSIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. O acolhimento de exceção de pré-executividade, que resultou na exclusão de sócio do pólo passivo da execução fiscal, enseja a condenação da Fazenda Pública ao pagamento dos honorários de advogado.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de ser cabível em exceção de pré-executividade a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, ainda que do acolhimento do incidente resulte apenas a extinção parcial da execução fiscal.

3. Precedentes: REsp 837.235/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 10.12.2007; AgRg no REsp 1.085.980/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 6/8/2009; AgRg no REsp 1.143.559/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 14.12.2010 e AgRg no AREsp 579.717/PB, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 03/02/2015.

4. Agravo regimental desprovido (Destaques deste Relator).

Sendo assim, diante do acolhimento da exceção de pré-executividade oferecida pela ora agravante, ainda que em parte, impunha-se a fixação de honorários advocatícios em seu favor.

Em razão do que ora se decide, impõe-se a condenação da Municipalidade-agravada ao pagamento do que foi eventualmente desembolsado pela agravante a título de custas do processo, bem como de honorários advocatícios, estes fixados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, sujeitos à atualização a partir do trânsito em julgado desta decisão, nos moldes do art. 85, §§ 2º e 3º do NCPC. Considerou-se, ainda, para a fixação do referido montante o valor da execução e a simplicidade da causa, além do trabalho adicional desempenhado nesta instância recursal.

Na conformidade do exposto, meu voto propõe dar parcial provimento ao recurso, para os fins acima enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2177636-26.2017.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ELENICE ARAUJO CACCIATORE, é agravado MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.045)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 11 de outubro de 2017.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Lei nº 1.060/50 e artigos 98 e seguintes do CPC de 2015. Pessoa Física. Servidora pública municipal que aufere R$ 5.543,63 a título de vencimentos líquidos. Não comprovação da hipossuficiência alegada. Manutenção do decidido. Precedente desta C. 8ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP. Concessão da gratuidade apenas para dispensar o recolhimento do preparo recursal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão, copiada às fls. 08/10, que indeferiu o requerimento da gratuidade da justiça, sob o fundamento de que autora aufere rendimentos suficientes para suportar os custos da demanda, determinando o recolhimento das custas e despesas processuais, no prazo de 15 (quinze) dias.

A agravante alega, em apertada síntese, que não possui condições, no momento, de arcar com custas processuais, sem o prejuízo do sustento próprio ou da família. Afirma que a renda mensal percebida é de valor líquido inferior a 10 (dez) salários mínimos, o qual se enquadra dentro dos parâmetros para concessão da gratuidade da justiça.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso e, ao final, que seja dado provimento ao agravo, no sentido de deferir a gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

Recurso processado sem a concessão do efeito suspensivo, dispensada a contraminuta, em virtude do não aperfeiçoamento da relação processual.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Conhece-se do agravo, embora não recolhido o preparo do recurso pelo agravante (art. 99, § 7º, do CPC de 2015).

Cuida-se de ação ordinária, ajuizada por servidora pública municipal, Professora I, em face do Município de Presidente Prudente, objetivando a condenação do réu a conceder a Gratificação instituída pelo artigo 73 da Lei Municipal nº 5/91, referente aos períodos de 1999/2017, em que a autora exerceu a função investida de orientadora pedagógica e vice-diretora, com a consequente incorporação e reflexos incidentes sobre a qualificação, observada a prescrição quinquenal. Foi dado à causa o valor de R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) (fls. 12/17).

Pois bem.

A agravante apenas alega, de forma genérica, que não possui condições econômicas para arcar com as despesas processuais da demanda, não trazendo aos autos nenhuma comprovação do estado de hipossuficiência, já que a simples declaração não é suficiente para a caracterização da impossibilidade econômica temporária.

Não se pode olvidar que a assistência jurídica integral aos necessitados, garantia de dignidade constitucional, tem por desiderato possibilitar o acesso à Justiça ao economicamente hipossuficiente, sendo de rigor a observância dos preceitos legais afirmativos dessa franquia democrática (STJ, Recurso Especial 245663/MG. Diário da Justiça de 20/03/2000, p. 0137).

Segundo Vicente Greco Filho, "*em geral, gozarão do referido favor os pobres no sentido jurídico do termo, isto é, aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio e da família*"[1] .

A gratuidade da justiça deve ser examinada caso a caso, não podendo ser deferida indistintamente, sob pena de inviabilidade do sistema judicial. Como, aliás, sustenta Vicente Greco Filho, "*uma justiça ideal deveria ser gratuita*"[2].

Há necessidade de comprovação da hipossuficiência, exatamente porque a prestação jurisdicional implica sempre em despesas e custos que não podem ser desconsiderados pelo Poder Judiciário, pelas partes e pelos advogados. A concessão indiferente de justiça gratuita gera também grave ofensa ao princípio da isonomia, pois, a imensa maioria recolhe as custas judiciais.

Acesso ao Sumário

1 Vicente Greco Filho. Direito Processual Civli Brasileiro. Vol. 1º , p. 100, Ed. Saraiva, 5ª.ed.

2 Ob. Cit., p. 100.

Ademais, "*a presunção relativa de veracidade da declaração de pobreza do requerente da assistência judiciária gratuita pode ser afastada por demonstração da parte contrária ou de ofício pelo Juízo, em decisão fundamentada*" (STJ, Agravo de REsp nº 607.589 - SP (2014/0261276-0; Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti; Data da publicação: 26/03/2015).

De fato, conforme holerites juntados aos autos, a autora aufere, em média, a título de vencimentos líquidos, R$ 5.543,63 (julho/2017), ou seja, valor superior a quatro vezes o salário mínimo vigente (fls. 53/54).

Observa-se que, portanto, a remuneração líquida da agravante, sem nenhuma comprovação da incapacidade financeira temporária alegada, inclusive nessa fase recursal, leva à presunção da possibilidade do autor em arcar com custas e despesas processuais. Assim, consideram-se presentes nos autos elementos que demonstram a falta dos pressupostos legais para a concessão da *benesse*, conforme disposição do art. 99, §2º CPC/2015.

Cumpre ressaltar que o entendimento aqui esposado não representa negativa de vigência ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal; tampouco veda à agravante acesso ao Judiciário, tendo em vista caber aos litigantes o cumprimento dos deveres que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, inclusive no que toca ao recolhimento das custas processuais.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Colenda 8ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA – Servidora Pública Estadual requer a concessão de gratuidade da justiça sem qualquer demonstração da alegada hipossuficiência – Apesar da apresentação da declaração de pobreza, não foram preenchidos os pressupostos legais para a concessão da benesse – **A existência da presunção relativa e da previsão legal da possibilidade da parte adversa impugnar a concessão da gratuidade da justiça ao agravante não são aptos a interpretar no sentido de existência de direito líquido e certo ao deferimento da gratuidade, com subtração do juiz o dever de verificar a adequação do pedido no caso concreto, quando elementos objetivos dos autos apontam a inadequação do pedido** – Medida de seriedade a preservar a concessão do benefício a quem realmente dele necessita, sob pena de vulgarização do instituto e de fomentar a litigiosidade aventureira a onerar a Administração da Justiça de forma inconsequente – **Incabível a concessão desse benefício a quem deixa de fazer essa prova e a quem não se enquadra na condição de hipossuficiente financeiro** – Decisão agravada de indeferimento mantida. Agravo de instrumento não provido.* (Agravo de Instrumento nº 2048749-58.2016.8.26.0000; Relator(a): Leonel Costa; Comarca: Adamantina; Órgão julgador: 8ª Câmara de

Direito Público; Data do julgamento: 27/04/2016; Data de registro: 28/04/2016).

(Destaquei).

Por fim, nos termos do art. 98, §5º, do CPC, é possível a concessão da gratuidade a algum dos atos processuais, devendo no presente caso ser deferida apenas para dispensar o recolhimento do preparo do agravo de instrumento interposto exclusivamente contra a decisão que não concedeu o benefício.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, apenas para dispensar a agravante do recolhimento do preparo do presente agravo de instrumento, interposto exclusivamente contra a r. decisão que indeferiu a gratuidade da justiça.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019474-19.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DIEGO DO CARMO ARAÚJO, é apelado DIRETOR DO SETOR DE REGISTRO NACIONAL DE CARTEIRAS DE HABILITAÇÃO (RENACH) DO DETRAN DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.000)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Expedição da Carteira Nacional de Habilitação definitiva – Permissão de dirigir expedida em Ilha Bela – O bloqueio do prontuário de condutor do impetrante ocorreu em virtude de irregularidades apuradas em Ilha Bela com emissão de CNH's com a utilização indevida de

Acesso ao Sumário

códigos de entidades – Fatos suficientemente graves que justificaram a intervenção da Administração Pública – Ausência de comprovação na impetração de que fazia *jus* as prerrogativas estabelecidas no §2º do artigo 152 do Código de Trânsito Brasileiro – Impetrante que ainda possui a possibilidade de comprovar tal fato administrativamente junto ao DETRAN – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Diego do Carmo Araújo** contra ato do **Diretor do Setor de Registro Nacional de Carteiras de Habilitação-RENACH do Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo-DETRAN/SP**, no qual postula o imediato desbloqueio de seu prontuário de condutor de veículo para que possa renovar sua Carteira Nacional de Habilitação.

A r. sentença indeferiu a liminar, denegou a segurança e condenou o impetrante no pagamento das custas e despesas processuais (f. 62/63).

Inconformado apela o impetrante na busca da inversão do julgado.

Recurso processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, recebo em seus regulares efeitos a apelação interposta.

A análise dos autos revela que o bloqueio do prontuário de condutor de veículo do impetrante, ora apelante, tem como fundamento o fato de que em 2015, por meio de procedimento de fiscalização pela Auditoria Interna do DETRAN-SP foram apuradas irregularidades na imissão de várias Carteiras Nacionais de Habilitação em diversas unidades do Estado de São Paulo.

Especificamente com relação ao Município de Ilha Bela apurou-se a emissão de CNH's com a utilização indevida de códigos de entidade, o que conferiu indevidamente a alguns condutores as prerrogativas constantes no artigo 152, §2º do Código de Transito Brasileiro, possibilitando que deixassem de cumprir as etapas necessárias à obtenção da CNH, em violação ao disposto no artigo 140 do CTB e nos artigos 2º e 3º da Resolução nº 168/04 do CONTRAN.

Assim, constata-se que bloqueio questionado neste *writ* tem como objetivo a apuração de tais irregularidades e possui caráter cautelar, de modo que não se configura como imposição de sanção sem procedimento administrativo prévio.

Estabelece o §2º do artigo 152 do Código de Trânsito Brasileiro que:

Acesso ao Sumário

"§2º - Os militares das Forças Armadas e os policiais e bombeiros dos órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal que possuírem curso de formação de condutor ministrado em suas corporações serão dispensados, para a concessão do documento de habilitação, dos exames aos quais se houverem submetido com aprovação naquele curso, desde que neles sejam observadas as normas estabelecidas pelo Contran.".

Ademais, o apelante poderia ter comprovado a autenticidade do procedimento para obtenção de sua CNH na presente impetração, para tanto bastaria a juntada da documentação pertinente para comprovação de que fazia jus a uma das prerrogativas descritas no §2º do artigo 152 do CTB, ou seja, que na qualidade de militar das Forças Armadas do Brasil, policial ou bombeiro dos órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, tenha concluído curso de formação de condutor ministrado em uma dessas corporações, de modo que lhe possa ser concedido documento de habilitação, pelos exames aos quais tenha se submetido nas referidas instituições.

Por fim, não há razão para concessão da segurança sob o argumento de eventual irregularidade no procedimento administrativo que culminou no bloqueio do prontuário de condutor, em primeiro lugar por ter o bloqueio caráter cautelar e não sancionatório e, em segundo lugar (e mais importante), por permanecer aberta a possibilidade de defesa do apelante perante o órgão de trânsito.

Desse modo, a decisão apelada apresenta-se como solução correta e adequada ao caso trazido nos presentes autos, razão pela qual é mantida.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto por **Diego do Carmo Araujo** nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do **Diretor do Setor de Registro Nacional de Carteiras de Habilitação-RENACH do Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo-DETRAN/SP** (Processo nº 1019474-19.2016.8.26.0053 – 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001042-23.2017.8.26.0309, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ

LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e JOSÉ PEDRO MAKOWSKI DE OLIVEIRA GAVIÃO DE ALMEIDA, são apelados DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO - DETRAN e COORDENADOR ESTADUAL DE TRANSITO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.555)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – Tipificação da conduta que deve observar a lei vigente na data dos fatos – Possibilidade de imposição das sanções previstas no Art. 165 do CTB diante da recusa em submeter-se ao "Bafômetro" que exige a informação na autuação das condições observadas – Aplicação da Resolução CONTRAN 432/2013 – Ordem concedida – Recurso provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 71/74, que denegou a segurança impetrada por José Luiz Gavião de Almeida e outro contra ato coator praticado pelo Diretor do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/SP e outro, afastando o pedido de cancelamento do Auto de Infração nº 3B910498-4 e da imposição da penalidade administrativa, decorrentes de infração de trânsito consistente na recusa de se submeter ao "teste do bafômetro".

Apelam os impetrantes afirmando que a redação do § 3º, do art. 277, do CTB foi alterada pelo art. 1º da Lei nº 13.281/16, cuja norma entrou em vigor depois de decorridos 180 dias da sua publicação, ocorrida em 05 de maio de 2016, contudo, o condutor do veículo foi autuado por se recusar a se submeter ao "teste do bafômetro" em data anterior da vigência do referido dispositivo legal e do art. 165 do CTB, de modo que o recorrente infrator está sendo punido por ter praticado infração que ainda não fazia parte do ordenamento jurídico vigente na data da autuação; alegam que não se pode aplicar a pena relativa a infração de dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa por mera presunção de que o condutor conduzia veículo embriagado; apontam precedentes nesse sentido, sustentando que eles também se aplicam em casos

Acesso ao Sumário

de qualquer natureza, não se limitando ao âmbito penal; apontam que o ato de se recusar a se submeter aos testes de alcoolemia constitui direito fundamental garantido pelo princípio da não autoincriminação, de modo que não pode ser tipificada aquela conduta e nem aplicada pena decorrente dela; sustentam que há vício no processo administrativo, pois na notificação da decisão que aplicou penalidade ao autor infrator constou enquadramento da conduta em dispositivo legal inexistente, qual seja, art. 277, I, alínea "C" da Resolução do CONTRAN, de modo que deve ser anulada aquela decisão; insistem que o condutor do veículo não estava alcoolizado, pois não foi levado para se submeter a outros tipos de exame que comprovassem o estado de embriaguez alegado; anotam que o outro impetrante recebeu a multa em seu nome por ser proprietário do veículo conduzido pelo condutor infrator, de modo que a sanção, se aplicada, não pode ser imputada ao proprietário do veículo. Pedem o provimento do recurso (fls. 79/90).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 91/92); contrarrazões apresentadas às fls. 96/98.

É o relatório.

Os autores apontam que o impetrante José Luiz, proprietário do veiculo Hyundai/Tucson, placa FBU 3949, foi notificado, em 16/12/2016, da autuação do segundo impetrante, José Pedro, a qual foi imposta a penalidade relativa a infração de trânsito cometida em 20/10/2016, decorrente da recusa do impetrante, José Pedro, condutor do veículo naquela oportunidade, em realizar o teste do "bafômetro".

Os impetrantes ingressaram com o presente mandado de segurança requerendo o cancelamento do Auto de Infração nº 3B910498-4 e da notificação de imposição de penalidade, impedindo a inclusão na pontuação do autor, José Pedro, da infração a ele atribuída e obstando a cobrança do autor José Luiz da multa aplicada, diante dos alegados vícios no ato administrativo.

Conforme informações prestadas pelas autoridades coatoras e dados administrativos anexados, a autuação, ocorrida em 20/10/2016, foi anterior a vigência da nova redação do art. 277, § 3º, e art. 165-A, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, decorrente da Lei 13.281/16. Portanto, tais disposições não poderiam mesmo ser aplicadas.

Acesso ao Sumário

Tal questão não foi bem enfrentada naquelas informações referidas ou nas contrarrazões ao presente recurso, porém, parece certo que a infração foi capitulada no art. 165 do Código de Transito Brasileiro, já vigente na data dos fatos, embora conste de maneira diversa em alguns dos atos administrativos praticados (com referência ao art. 165- A).

O que mudou com a mencionada Lei 13.281/16 foi a possibilidade de imposição de multa apenas diante da recusa em submeter-se ao teste (art. 165-A

e art. 277, § 3º); é verdade que tal possibilidade já existia com a aplicação do art. 165 e na redação do art. 277, § 3º, então vigente, porém, tratava-se não da imposição de sanções pela mera recusa mas sim pela possibilidade de indicação, pela autoridade, de outras condições que permitissem concluir pelo uso de álcool ou outra substância psicoativa causadora de dependência pelo condutor do veículo, a justificar o enquadramento no art. 165.

Assim, como apontado na r. sentença, era mesmo possível o enquadramento no art. 165 do CTB, porém, tal enquadramento não era automático (bastava a recusa, condição só prevista posteriormente no art. 165-A) e dependia da aferição de outras condições, a ser feita pelo próprio agente público, aferição que deveria ser lançada como um auto circunstanciado. É o que decorre do art. 206, § 1º, II, e § 2º, do CTB, bem como é orientado aos agentes por meio da Resolução Contran 432/2013, ao apontar a necessidade de descrição dos sinais de alteração apresentados pelo condutor no auto de infração.

Os dados administrativos juntados nada esclarecem a respeito, apenas insistindo na possibilidade de autuação. Porém, não sendo naquela data aplicável o referido art. 165-A e não observadas as condições acima referidas para aplicação do art. 165, inviável a manutenção das sanções; nesse sentido: na aplicação do art. 165 do CTB é "*Dever do agente de transito de identificar e descrever na autuação quais sinais de comprometimento da capacidade psicomotora o condutor apresentou*" (Ap. 1018389.90-2017, Des. Paulo Galizia, j. 07.08.17), o que, segundo consta nos autos, não ocorreu.

Por tais razões e respeitado o entendimento contrário, a ordem deve ser concedida.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento do recurso de apelação, sem sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000778-56.2015.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que são apelantes MARCELO AMORIM GOMES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e MARIA DAS GRAÇAS AMORIM GOMES (CURADOR(A)), são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, JOAO VITOR RIBEIRO BERALDO (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e ELIANE DANTAS RIBEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.747)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E PENSÃO ALIMENTÍCIA – Briga de alunos nas dependências de estabelecimento de ensino estadual – Ausência de provas acerca do alegado – Inteligência ao art. 373, I, do CPC/15 – Nexo causal não comprovado – Ausência de demonstração do fato como narrado na inicial – Inexistência do dever de indenizar – Inexistindo qualquer prova do nexo de causalidade ou do alegado dano sofrido – Sentença mantida – Precedentes – Honorários recursais ora fixados – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, lucros cessantes e pensão vitalícia ajuizada por Marcelo Amorim Gomes, menor representado por sua genitora Maria das Graças Amorim Gomes, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e de Eliane Dantas Ribeiro, mãe do menor João Vitor Ribeiro Beraldo, em decorrência de agressão física dentro de escola estadual, por colega, causando-lhe lesão de natureza grave no punho direito, além de ter seu telescópio monocular, que utiliza por problemas na visão, prejudicado, causando-lhe sequelas permanentes.

A r. sentença de fls. 123/125, cujo relatório adoto, julgou improcedente o pedido, condenando o autor a arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida.

Inconformado, apela o autor, repisando os argumentos expendidos na exordial, em especial a lesão causada nas dependências da escola, causando-lhe a incapacidade descrita em laudo pericial, demostrando-se necessária a fixação de indenização, bem como a pensão vitalícia em razão da lesão permanente no ora apelante (fls. 126/133).

Recurso recebido, isento de preparo e com contrarrazões (fls. 137/141 e 142/144).

É o relatório.

A r. sentença deve ser mantida.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que no dia 01 de junho de 2014, nas dependências da Escola Estadual Dr. Morato de Oliveira, ao participar do programa "A escola da família", teria sido agredido sem motivos no pátio da escola pelo aluno João Vitor Ribeiro Beraldo, o que lhe causou lesões de natureza grave no punho direito, além de ter seu telescópio monocular, que utiliza por problemas na visão, prejudicado, restando sequelas permanentes em razão da agressão, impossibilitado ao labor.

Alega, ainda, que não recebeu nenhum auxilio por parte de funcionários da escola, devendo esta ser responsabilizada por sua omissão.

Ora, em nenhum momento restou devidamente comprovado quem iniciou a briga, tampouco há prova de que o menor João Vitor sempre agiu de modo agressivo em relação ao autor, desferindo agressões verbais e físicas.

É regra processual ser ônus do requerente a comprovação do fato constitutivo de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC, atual art. 373, I, do CPC/15).

Seguindo esse raciocínio, observa-se que como bem lançado pelo D. magistrado sentenciante "*as versões para ocorrência das mutuas agressões não ficaram esclarecidas, sendo temerário concluir quem deu causa a briga. Pelo que consta tudo ocorreu repentinamente, inexistindo responsabilidade do Estado pelo evento*" (fl.125).

No caso em testilha, a ausência de provas aptas a demonstrar em que circunstâncias ocorreu a briga e suposta conduta omissiva dos funcionários da escola estadual, inexistindo responsabilidade do Estado pelo evento.

O mesmo raciocínio se aplica para a responsabilidade da representante legal do menor João Vitor Ribeiro Beraldo, pois nenhuma prova há nos autos de que este teria lhe agredido.

Outrossim, iniciada a audiência de instrução, embora manifestasse o autor pela produção de prova testemunhal em petição anterior, verificou-se a ausência de testemunhas.

Contudo, não ficou comprovada a injustiça da agressão supostamente sofrida pelo autor, nem a omissão Estatal, limitando-se o ocorrido a uma briga entre alunos, não havendo elementos acerca de quem foi a iniciativa das agressões.

Com efeito, dispõe o art. 373, I, do CPC/15.

"O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

"Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos fáticos do

Acesso ao Sumário

direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do Litígio. (...) Por outro lado de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Curso de Direito Processual Civil, 16a edição, 1996, Forense, pp.454/456).

Por conseguinte, sem prova do fato gerador da responsabilidade do Estado, não há que se falar no seu dever de indenizar.

Como se vê, ainda que se considerasse incidir, no caso, a responsabilidade objetiva do Estado, que não é o caso, haveria necessidade da prova da agressão injusta ao autor, por falha da administração.

Aliás, conforme já se julgou:

"É sabido que o estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular, quando recebe um estudante, fica investido no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, objetivando a preservação de ofensa ou dano. Todavia, na hipótese em tela, ocorreu fato alheio à responsabilidade do Estado, caracterizando-se uma excludente na medida em que a queda da aluna não guarda pertinência causal com a ação ou omissão do Estado. E, para que se constate o nexo de causalidade é necessário visualizar o dano como consequência do mau funcionamento do serviço. (...)". (Apelação nº 0004023-93.2009.8.26.0415. TJSP 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Oswaldo Luiz Palu. Data do julgamento: 22/08/2012).

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ao estabelecer a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos que responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não excluiu o nexo de causalidade como pressuposto capaz de ensejar a indenização, nem mesmo a prova do dano.

Tanto na relação de causa e efeito entre a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) quanto no risco criado (responsabilidade objetiva), e o dano experimentado pela vítima, não há como suprimir ou ignorar o fato de que a inexistência do nexo de causalidade e até a prova do dano rompem o dever de indenizar, pois imprescindível a demonstração de todos os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil.

Acesso ao Sumário

Em suma, não comprovado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a eventual culpa dos requeridos, de rigor a improcedência da ação.

Nesse sentido há precedentes deste C. Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – ABUSO DE AUTORIDADE IMPUTADO A GUARDA MUNICIPAL – AUTOR, À ÉPOCA DOS FATOS MENOR DE IDADE, QUE TERIA SIDO

INJUSTAMENTE AGREDIDO PELO AGENTE PÚBLICO EM PROCEDIMENTO DE ABORDAGEM – NÃO DESINCUMBÊNCIA, PELO AUTOR, DO ÔNUS PROCESSUAL INSCULPIDO NO ART. 333, I, CPC SUPORTE PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL, BEM COMO PELA PREVALÊNCIA DAS EXCLUDENTES DA LEGÍTIMA DEFESA E DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL EM CONTRAPARTIDA À CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA PELA ECLOSÃO DO EVENTO DANOSO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO." (Relator(a): Ferraz de Arruda; Comarca: Bebedouro; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/06/2015; Data de registro: 26/06/2015)

"APELAÇÃO - Pedido de indenização por danos materiais, morais e estéticos Agressão sofrida nas dependências de colégio da rede pública de ensino Sentença a reconhecer a prescrição Reforma de rigor Prazo prescricional que não corre contra os absolutamente incapazes Artigo 198, I, do C.C. Ação ajuizada no prazo quinquenal Afastamento da prescrição Pedido em condições de ser apreciado, nos termos do art. 515 do Código de Processo Civil Improcedência Ausência de prova dos fatos constitutivos do direito do autor - Ausência de prova da injustiça da agressão, bem como do nexo e mesmo dos danos Extinção do processo, nos termos do artigo 269, I, do CPC Não provimento do recurso. (Apelação Nº 0012021-33.2010.8.26.0624, Des. Maria Olivia Alves, J. 26.11.12).

Enfim, não havendo nexo de causalidade, ao menos não provado nos autos, não é possível se falar na condenação das rés.

Por fim, cumpre majorar a verba honorária da ação em mais 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de honorários recursais, conforme previsão do art. 85, 11, do CPC/15, a ser paga pelo autor, com a ressalva de ser ele beneficiário da gratuidade (fl. 46), devendo observar o que disposto no art. 98, par. 3º, do CPC/15.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017095-77.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada PATRICIA GORETE PEREIRA FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÃO DE LICENÇA MATERNIDADE. Professora contratada pelo regime do Contrato Temporário cuja modalidade de contratação é regida pela Lei Complementar Estadual 1.093/09. Aplicação do art. 198 do Estatuto dos Servidores Públicos – Lei Estadual nº 10.261/68. Direito à licença maternidade pelo período de 180 dias reconhecido. Princípio da isonomia. Inteligência do art. 124 da Constituição do Estado de São Paulo. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Procedimento Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 101/104, proferida pela **MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos**, que julgou procedente o pedido, tornando definitiva a antecipação de tutela que prorrogou a licença gestante da autora de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias, bem como que efetue os respectivos pagamentos, tendo por base a carga horária atribuída anterior à licença.

A Fazenda Pública interpôs recurso sustentando, em síntese, que a licença gestante de 180 (cento e oitenta) dias só pode ser aplicada aos servidores concursados, sendo que a apelada é contratada de forma temporária (fls. 106/116).

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 119/126).

Consultadas as partes nos autos do Agravo de Instrumento nº 2123292-32.2016.8.26.0000, não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Compulsando os autos, verifica-se que pretende a Fazenda Pública que a licença gestante concedida pelo período de 180 dias, seja diminuída ao patamar de 120 dias.

Neste passo, tem-se que apelada foi contratada pela Fazenda Pública Estadual para atuar como docente e seu contrato de trabalho é regido pela Lei Complementar Estadual nº 1.093/09, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado.

Prevê o art. 198 do Estatuto dos Servidores Civis do Estado de São Paulo – Lei Estadual nº 10.261/68:

> Artigo 198 - À funcionária gestante será concedida licença de 180 (cento e oitenta) dias com vencimento ou remuneração, observado o seguinte:
>
> I - a licença poderá ser concedida a partir da 32ª (trigésima segunda) semana de gestação, mediante documentação médica que comprove a gravidez e a respectiva idade gestacional;
>
> - Artigo 198, "caput" e Inciso I com redação dada pela Lei complementar nº 1.196, de 27/02/2013.
>
> II - ocorrido o parto, sem que tenha sido requerida a licença, será esta concedida mediante a apresentação da certidão de nascimento e vigorará a partir da data do evento, podendo retroagir até 15 (quinze) dias;
>
> III - durante a licença, cometerá falta grave a servidora que exercer qualquer atividade remunerada ou mantiver a criança em creche ou organização similar;
>
> Parágrafo único - No caso de natimorto, será concedida a licença para tratamento de saúde, a critério médico, na forma prevista no artigo 193.

Desta forma, o servidor contratado como temporário, independentemente do seu regime jurídico de contrato de trabalho, tem direito à concessão da licença gestante pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, fazendo jus à prorrogação de sua licença, até porque a lei específica Lei – Complementar Estadual nº 1.093/09, nada dispõe acerca da licença maternidade.

Acrescente-se, ainda, o disposto no art. 124 da Constituição do Estado de São Paulo:

> **Artigo 124** - Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público terão regime jurídico único e planos de carreira.
>
> **§ 1º** - A lei assegurará aos servidores da administração direta isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder, ou entre servidores dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.
>
> **§ 2º** - No caso do parágrafo anterior, não haverá alteração nos vencimentos dos demais cargos da carreira a que pertence aquele cujos vencimentos foram alterados por força da isonomia.

Acesso ao Sumário

§ 3º - Aplica-se aos servidores a que se refere o "caput" deste artigo e disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal.

§ 4º - Lei estadual poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal e no art. 115, XII, desta Constituição.

Portanto, pelo princípio da isonomia, os direitos previstos na lei de regência devem ser assegurados à servidora contratada de forma temporária.

Neste sentido, em casos análogos, manifestou-se o E. Tribunal de Justiça:

SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Professora temporária. Licença gestante de 180 dias. Direito líquido e certo configurado. Exegese dos artigos 7º, XVIII, e 39, § 3º, ambos da CF/88, bem como do art. 198 da Lei nº 10.261/68. LCE nº 1.093/09 que é omissa sobre o tema. Precedentes. Sentença concessiva da ordem mantida. Recurso da FESP e remessa necessária conhecidos e desprovidos (Apelação nº 1002596-59.2014.8.26.0127, Carapicuíba, Rel. Des. Vera Angrisani, 2ª Câmara de Direito Público, j. 30.11.2016).

RECURSO DE APELAÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO DE 120 PARA 180 DIAS. PROFESSORA CONTRATADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 1.093/2009. POSSIBILIDADE. Prorrogação de licença- maternidade de 120 para 180 dias. Mesmo admitida pela Lei Complementar Estadual n.º 1.093/2009 e submetida ao Regime Geral de Previdência Social, aplica-se à impetrante o disposto no art. 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, com a alteração trazida pela Lei Complementar Estadual n.º 1.054/2008, em prol do princípio da isonomia. Trata-se de benefício social, não previdenciário. Inteligência do art. 7º, inciso XVIII c/c art. 39, parágrafo 3º da Constituição Federal. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2036517-14.2016.8.26.0000, Guarulhos, Rel. Des. Nogueira Diefenthäler, 5ª Câmara de Direito Público, j. 23.11.2016).

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA ESTADUAL TEMPORÁRIA. Professora admitida nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009.

Licença-maternidade. Possibilidade. Benefício assegurado pela Constituição Federal sem distinção entre as servidoras. Ordem concedida. Sentença mantida. **RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.** (Apelação nº 1038874-53.2015.8.26.0053, Capital, Rel. Des. Isabel Cogan, 12ª Câmara de Direito Público, j. 22.11.2016).

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 3% sobre o percentual atribuído à causa, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000093-49.2017.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER, é apelado EDMO CARLOS VERZOTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.662)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Anulação de auto de infração de trânsito e cancelamento de multa, para o fim de afastar a penalidade prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Recusa do condutor à submissão ao teste de alcoolemia por etilômetro. Constatação, todavia, da ausência de embriaguez. Ilegalidade. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação movida por Edmo Carlos Verzoto contra o Departamento de Estradas de Rodagem – DER, objetivando cancelamento de multa por infração de trânsito, sob o fundamento de que, ante a recusa de Thiago a se submeter ao teste do etilômetro, foi autuado pela conduta descrita no art. 165-A do CTB. Houve registro expresso, todavia, de que o condutor não apresentava alteração da capacidade psicomotora.

A sentença de f. 101/3, cujo relatório adoto, julgou o pedido procedente.

Apela o DER, em busca da inversão do desate. Aduz que a nova lei não exige a embriaguez, bastando a negativa ao exame.

Contrarrazões a f. 114/7.

É o relatório.

Segundo se depreende, o autor, instado a realizar o teste de alcoolemia por etilômetro, recusou-se.

É fato incontroverso, outrossim, que o apelado "não apresentava sinal de alteração da capacidade psicomotora", conforme atesta o auto de infração, lavrado pelo próprio réu (f. 30).

Ainda assim, a multa lavrada com base no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro foi mantida.

A direção sob influência de álcool ou outra substância que determine a dependência psicoativa é infração gravíssima capitulada no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro:

> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.
>
> Infração gravíssima.
>
> Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.
>
> Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.
>
> Parágrafo único - Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Para cominação da penalidade, todavia, é imprescindível que se constate a embriaguez: pressuposto lógico-necessário.

A comprovação que pode se dar de várias maneiras especificadas pelo próprio Código de Trânsito, com as alterações sensíveis advindas após a promulgação de inúmeras "leis secas" que objetivaram um nítido recrudescimento no trato das infrações cometidas no trânsito, ao mesmo tempo se compatibilizaram com preceitos constitucionais atinentes à produção de

Acesso ao Sumário

provas destes ilícitos, especialmente o princípio *nemo denetur se detegere* (ninguém pode ser obrigado a se auto incriminar).

Estabelece o CTB:

> Art. 277: O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.
>
> § 3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

A mera recusa do autor em submeter-se ao etilômetro enseja, de fato, desde a edição da Lei nº 13.281/16, que alterou a redação do supracitado parágrafo 3º, a imediata aplicação de penalidades e medidas administrativas.

A infração, entretanto, foi lavrada antes da vigência da lei, como bem observado pelo MM. Juízo *a quo*:

No caso dos autos, o autor foi autuado porque não se submeteu ao teste de etilômetro, constando expressamente no auto de infração que o condutor não apresentava sinal de alteração da capacidade psicomotora (fl. 30).

Conquanto induvidoso que o Autor se recusou ao teste do etilômetro, sendo possível a lavratura do auto de infração, nos moldes do § 3º do art. 277 do CTB: ("*Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo*"), fato é que não há notícias de sinais de que houve a direção de veículo sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa, imprescindível para a configuração da infração de trânsito, pois o tipo legal está assim descrito:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração gravíssima.

De se consignar que houve acréscimo na legislação em comento:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: Infração gravíssima.

Nota-se que para a configuração do tipo previsto no art. 165, necessário dirigir sob a influência de álcool, não bastando a recusa. Com o novo tipo legal, a recusa em ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool, por si só, configura a infração de trânsito, contudo, apenas incide aos fatos posteriores à vigência da lei, o que não é o caso dos autos, já que a nova legislação é de maio de 2016, com vigência após decurso de 180 dias da publicação da lei e o fato é de fevereiro

Acesso ao Sumário

de 2016.

Portanto, não sendo a recusa um ato normal, como retratado pelo Autor, agora sequer tolerado com a nova legislação, não houve a constatação da direção sob a influência de álcool, o que nos conduz à conclusão de que não houve motivo suficiente a servir de fundamento para a prática do ato administrativo.

Sendo o motivo um dos elementos imprescindíveis do ato administrativo, sua ausência conduz à anulação do ato administrativo. (grifos no original)

Ora, não há como fazer prevalecer a conclusão do apelante. Ainda que a conduta do policial tenha sido corretíssima, os fatos que deram causa à infração são pregressos.

O trabalho policial apenas seria considerado, com os atributos de legitimidade e veracidade, caso o condutor se recusasse, a todos os procedimentos previstos, após a vigência do diploma alterador. Não foi o que ocorreu.

Em suma, o condutor comprovou que não estava embriagado, o que afasta a imputação das sanções previstas no artigo 165 e 165-A do Código de Trânsito Brasileiro. A manutenção da multa, consoante se depreende, é ilegal.

Como se vê, a sentença deu solução correta à lide, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isto posto, nego provimento ao recurso. Elevo a honorária a 15% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033023-86.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado IGOR FERNANDES PEREIRA, é apelado/apelante SÃO PAULO TRANSPORTES - SPTRANS.

ACORDAM, em 13ª 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 25.375)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Bilhete Único. Município de São Paulo. Gratuidade conferida a bolsistas PROUNI (Lei Municipal 16.097/14). Injustificáveis obstáculos ao direito. Má prestação de serviço público evidenciada. Sentença mantida. Recurso da ré desprovido.

Bilhete Único. Município de São Paulo. Gratuidade a bolsistas PROUNI (lei municipal 16.097/14). Injustificáveis obstáculos ao gozo do direito. Má prestação de serviço público evidenciada. Busca de indenização por danos materiais. Inadmissibilidade. Vigência que se dá à teoria do dano direto e imediato. Dano moral. Mero dissabor. Recurso do autor desprovido.

Recursos desprovidos.

VOTO

IGOR FERNANDES PEREIRA ajuizou ação contra a SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTRANS para gratuidade de tarifa em transporte público coletivo urbano e condenação da ré no pagamento de indenização por danos moral e material, julgada procedente em parte (fls. 341/345), contra o que apelam as partes.

O autor, para total procedência dos pedidos (fls. 348/362); a ré, para inversão do resultado (fls. 365/370).

Em apenso, incidente de falsidade[1]. Recursos bem processados, respondidos.

É o relatório.

Consoante narrativa na inicial, o autor, acadêmico de Direito do Centro Universitário Nove de Julho, bolsista PROUNI, *desde os primeiros dias de janeiro do ano de 2015*, fazia jus à gratuidade do transporte público coletivo urbano, consoante a Lei Municipal 16.097/14, situação mais benéfica à da sistemática anterior, de "isenção" da tarifa à razão de cinquenta por cento.

Entretanto, *desde o mês de fevereiro do presente ano*, a ré bloqueou as cotas de meia passagem e não liberou as cotas correspondentes à "isenção" integral, *fazendo com que a parte autora faltasse muitos dias de serviço e de aulas na faculdade para ficar horas em filas dos estabelecimentos da ré tentando solucionar o problema, sem contar com as inúmeras comunicações telefônicas e expedientes eletrônicos com a mesma finalidade.*

Disso também resultou rescisão do *contrato de prestação de serviço, por*

1 Também julgado improcedente, consoante r. sentença de fls. 341/345: *(...) Por fim, julgo improcedente o incidente de falsidade autuado em apenso.*

Acesso ao Sumário

não dispor, em várias ocasiões, de meios para custear as passagens em dias a que foi acionado para executar os serviços, remunerado por diária de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), por, mais ou menos, 04 (quatro) vezes semanais, a repercutir na impossibilidade de pagar despesas de consumo básicas, próprias e de terceiros, todos sob curatela do autor.

Além, perdeu compromissos acadêmicos relevantes, foi constrangido a deixar coletivo público por bloqueio indevido de seu cartão, assim como não pode lograr de serviço público de transporte em ocasiões diversas, falhas reiteradas da ré, não corrigidas na esfera administrativa, mesmo após inúmeros atendimentos pessoais e eletrônicos.

Por isso, veio com esta ação, para *compelir a ré na obrigação de não fazer: consistente a deixar de obstaculizar o transporte gratuito contra a parte autora ou conceder, em dinheiro, o valor diário correspondente a 08 (oito) passagens de ônibus e 02 (duas) de metrô*, e indenização por danos moral e material.

Antecipação de tutela deferida para *determinar que a ré se abstenha de impedir o transporte gratuito do autor e, no prazo de 48 horas, promova a liberação das quotas de transporte de metrô e ônibus que o autor tem direito (...)* (fls. 80).

Recurso da ré

Como se vê, malgrado a enormidade de argumentos deduzidos pelas partes, o cerne da disputa pressupõe saber se houve, ou não, má prestação de serviço público pela ré ao autor, impediente da gratuidade do transporte público, só obtida quando a ré cumpriu a r. decisão liminar, permitindo-lhe aquela gratuidade apenas em 29.09.15: *de qualquer maneira, deve-se ressaltar que a ré somente cumpriu a r. decisão, de forma integral, na data de 29 de setembro de 2015* (fls. 254).

A partir disso e do que veio aos autos com a petição inicial, realce- se constituir causa de pedir remota a má-prestação de serviço público pela ré entre fevereiro/2015 e setembro/2015, enquanto a ré afirmou cabal e regular prestação de serviços ao autor.

Em fevereiro e março/2015, foram-lhe disponibilizadas cotas de meia passagem, pois ainda não realizada a troca do Bilhete Único para a Carteira Estudantil UNE/UMES; em abril e maio/2015, gozou de gratuidade integral; no segundo semestre de 2015, logrou de gratuidade integral a partir de 18.08.15, após a habilitação dele no sistema informatizado pela Faculdade em que estuda.

Do que de imediato interessa ao deslinde da controvérsia, vieram aos autos os seguintes documentos:

1) Pelo autor:

a Informes sobre bilhete único (fls. 28/33);

b "Print" de tela de cadastro de bilhete único do autor na SPTRANS (fls. 34/37);

c Orientações Gerais aos Alunos - UNINOVE (fls. 38/44);

d Histórico escolar (fls. 45/50);

e Comprovantes de recarga/bilhete único (ilegíveis) (fls. 51/52);

f Declaração de rescisão contratual (fls. 53);

g Comprovante de atendimento odontológico (fls. 54);

h "Emails" enviados à SPTRANS pelo autor (fls. 67/79 e 85/111);

i Notícias jornalísticas sobre falhas de serviço atribuídas à SPTRANS (fls. 262/270);

2) Pela ré:

a Consultas de Cartões – Bilhete Único (fls. 163/166);

b Ficha do Usuário (fls. 173/179);

3) Pela ré, por determinação judicial, *para juntada aos autos do relatório integral de uso do cartão integrado de n. 15 2 10150002363-129771, código de uso SP088789 e do Bilhete Único m. 110 482295070, no período compreendido entre 02 e 29 de setembro de 2015* (fls. 288), *reiterada, vez que o extrato juntado a fls. 296/297 não corresponde ao cartão do requerente* (fls. 309):

a Utilizações de cartão (fls. 291/293 e 296/297);

b Ficha do Usuário (fls. 298/304);

c Utilizações de cartão (fls. 313/333);

Consoante bem esmiuçado pelo d. magistrado sentenciante, o autor possuía três cartões, 339577417 (Bilhete Único Estudante – 2014), 448544053 (Bilhete Único Estudante – 2015) e 507335494 (Carteira Nacional de Identificação – UNE/UMES).

Em 2014, tinha direito à gratuidade à razão de 50% da tarifa; a partir de 2015, gratuidade integral, diante da vigência da lei municipal 16.097/14, cujo art. 15 alterou o art. 12 da lei municipal 8.424/76, com vigência a partir da publicação, 29 de dezembro de 2014.

Art. 15. O § 1º do art. 12 da Lei nº 8.424, de 18 de agosto de 1976, com a alteração da Lei nº 10.839, de 20 de fevereiro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 12

§ 1º Excepcionalmente, a Prefeitura poderá conceder isenção integral do pagamento da tarifa aos estudantes do Ensino Fundamental, Médio e Superior, bem como de cursos preparatórios ao vestibular de

Acesso ao Sumário

ingresso no Ensino Superior" (NR)[2]

Art. 20. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, quanto ao disposto nos arts. 1º a 11, a partir de sua regulamentação.

A matéria foi regulamentada pela Portaria nº 003/15-SMT-GAB, de 09/01/2015, cujos artigos 1º, item 3.1, e 3º dispõem:

Art. 1º. Serão concedidas cotas de passagens gratuitas para uso no sistema municipal de transporte por ônibus aos estudantes em instituições de ensino devidamente cadastradas junto à São Paulo Transporte S.A. - SPTrans, que atendam às seguintes condições:

3. Que estejam cursando o ensino superior em estabelecimentos privados desde que sejam:

1. Bolsistas do programa PROUNI – Programa Universidade para Todos

Art. 3º. Serão fornecidas cotas gratuitas de passagens aos estudantes enquadrados nas condições previstas no art. 1º desta Portaria, proporcionais ao número de dias letivos de presença exigida nas instituições de ensino, além de fração de cota destinada à realização de atividades extracurriculares.

§1º. As cotas gratuitas de passagens serão fornecidas aos estudantes no formato do Bilhete Único Diário, com limite de 8 (oito) embarques por dia, a serem realizados no período de 24 horas, contadas a partir do registro da primeira utilização da cota.

§2º. As cotas variarão, conforme a frequência exigida pela instituição, de 5 (cinco)cotas por mês, para cursos que exijam uma presença por semana, até 24 (vinte e quatro)cotas por mês, para cursos que exijam cinco presenças por semana.

§3º. As cotas gratuitas não são cumulativas, devendo ser utilizadas dentro do próprio mês de concessão. Caso a cota não seja utilizada integralmente, no mês seguinte o saldo inicial será complementado até o limite mensal previsto para o respectivo curso.

§4º. Para receber as cotas gratuitas, o estudante deverá solicitar a emissão de cartão com a capacidade de memória suficiente para receber os créditos temporais. O sítio de cadastro e atendimento da São Paulo Transporte - SPTrans deverá informar ao estudante sobre a possibilidade de aproveitamento do cartão utilizado no ano letivo de 2014.

A São Paulo Transporte S.A. - SPTrans poderá ampliar a quantidade de embarques realizados por dia para alunos que frequentem

Acesso ao Sumário

2 Fonte: (Endereço eletrônico constante do texto original).

mais do que um curso.

§6º. A critério da São Paulo Transporte - SPTrans, especialmente no caso da concessão do benefício da gratuidade no modal de transporte sobre trilhos, o tipo de cota poderá ser modificado, passando a ser concedida na forma de número de viagens por mês, dentro da política convencional do Bilhete Único. Nesse caso, as cotas padrão seriam de 10 viagens por mês para cursos que exijam uma presença por semana até 48 viagens por mês, para cursos que exijam cinco presenças por semana.

§7º. As cotas serão disponibilizadas mensalmente junto à rede de distribuição de créditos, cabendo ao estudante promover a (re)carga de seu cartão.

§8º. Uma vez utilizada a cota mensal gratuita, o estudante que necessitar utilizar o transporte pagará o valor correspondente à tarifa padrão básica de utilização[3].

Então, desde 29 de dezembro de 2014 (art. 20 da lei), o autor, acadêmico de direito de universidade privada, bolsista PROUNI (art. 1º, 3.1 do Decreto), tinha direito a *cotas gratuitas de passagens*, com *limite de 8 (oito) embarques por dia* (§1º), *conforme a frequência exigida pela instituição* (§2º), não cumulativa (§3º), mediante solicitação (§4º) e recarga (§7º), requisitos todos, em síntese, cumpridos pelo autor, conforme documentos (fls. 28/33, 67/79 e 85/111), não desconstituídos pela ré.

Em verdade, se bem examinado o teor da contestação, quanto aos meses de fevereiro e março/2015 a ré confessou não ter o autor tido gratuidade integral, mas à razão de 50%.

Em reforço dessa conclusão, colhem-se relatórios que demonstram aquisição de créditos pelo autor naquele interstício, cartão 339577417 (Bilhete Único Estudante – 2014) (fls. 177)[4], o que, por certo, seria desnecessária caso assegurado ao autor a gratuidade integral a que fazia jus, segundo os ditames legais.

Daí a palmar falha no serviço público, sem necessidade de maiores considerações a esse respeito.

Quanto aos demais meses (abril, maio, junho, julho, agosto e setembro/2015), cabe análise mais detida.

No ponto, o d. magistrado sentenciante, após minuciosa análise dos documentos, concluiu pela correção das alegações trazidas na inicial/réplica (fls. 344).

Volto a esses elementos de prova, casuisticamente elencados acima, para

Acesso ao Sumário

3 Fonte: (Endereço eletrônico constante do texto original).

4 R$5,00 e R$20,00 em 23.02.15; R$40,00 em 26.02.15; R$50,00 em 04.03.15; R$50,00 em 10.03.15; R$40,00 em 21.03.15, R$4,00 em 28.03.15 e R$5,00 em 31.03.15.

verificar a juntada aos autos de consultas de cartões (fls. 163/166), ficha do usuário (fls. 173/179 e 298/304) e relatórios de utilizações dos cartões relativos ao autor (fls. 291/293, 296/297 e 313/333).

Neles vislumbro informações sobre concessão de crédito ao autor, "passe livre estudante", cartão 448544053 (Bilhete Único Estudante – 2015), em 01.04.15 (R$110,00, duas vezes, modais ônibus e trilho) - fls. 178/179 -.

Também verificou a concessão do mesmo crédito, ao autor, "passe livre estudante", no cartão 507335494 (Carteira Nacional de Identificação – UNE/UMES), em 01.05.15 (R$110,00, duas vezes, modais ônibus e trilho), 01.06.15 (R$120,00, duas vezes, modais ônibus e trilho), 24.07.15 (R$60,00, duas vezes, modais ônibus e trilho), 01.08.15 (R$120,00, duas vezes, modais ônibus e trilho) e 01.09.15 (R$120,00, duas vezes, modais ônibus e trilho).

Todavia, veio aos autos relatório de utilização dos cartões 448544053 (fls. 319) e 507335494 (fls. 320/321) sobre os meses em questão, não se deslembre, abril, maio, junho, julho e setembro/2015. Aquele indica uso do cartão apenas e tão só em 01.04.15; este, somente a partir de 18.08.15.

Assim, embora constem dos autos relatórios com informes indicativos de liberação de cotas de passagem gratuitas ao autor, "passe livre estudante", em 01.04, 01.05, 01.06, 01.07, 01.08 e 01.09/2015, tudo leva a crer não ter sido possível ao autor delas fazer uso, por motivo não esclarecido pela ré.

Esse quadro, aliado às reclamações feitas pelo autor na esfera administrativa (fls. 67/79), permite a conclusão da veracidade do quanto alegado na petição inicial, não desconstituído pela ré.

Sobre assim ser, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e mantenho sua condenação, tal qual concluiu o i. juízo de origem, na *obrigação de não fazer, consistente em deixar de obstaculizar o transporte gratuito do autor, assim como na restituição dos valores desembolsados pelo autor para recarga de seus bilhetes no período 11 de fevereiro a 01 de abril de 2.015, e no pagamento de quantia correspondente ao número de cotas de passagens a que o autor tinha direito, nos termos da Lei Municipal 16.097/14, durante o período de 02 de abril 2015 a 18 de agosto de 2.015.*

Para evitar disputas futuras, observo ser caso de aplicação da Lei nº 11.960/09 quanto a juros e correção monetária, pois essa a atual orientação do E. Supremo Tribunal Federal (RE 747703 AgR – Relator Ministro LUIZ FUX, j. 24/2/2015, e ADIs 4.357 e 4.425, inclusive decisão do Plenário em 25-3-2015).

Peço licença para transpor a este julgamento e vir integrá-lo como razões de decidir o quanto explanou o D. Desembargador FERRAZ DE ARRUDA[5]:

Enquanto não decididos (por completo) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do §12, do artigo 100, da Constituição Federal,

Acesso ao Sumário

5 Apelação Cível nº 1007088-59.2013.8.26.0053, j. 18/05/16.

introduzido pela EC nº 62/09 (e, por arrastamento, do artigo 5º, da Lei nº 11.960/09) levada a efeito pelo STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425, devem ser aplicadas, aos **débitos fazendários oriundos de condenação judicial, na íntegra, as disposições do mencionado artigo 5º, da Lei 11.960/09, que alterou a redação do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97** e, no que couberem, as regras da Lei 12.703/2012, conforme orientação contida nos julgados do STF: RE 803592, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 16/04/2014; Recl 16.475-MC, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 20.11.2013; e RE 747703 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/02/2015, **até que solução seja dada à Repercussão Geral de nº 810, atrelada ao RE 870947** (apontado como *leading case*). Vale mencionar que por se tratar a atualização monetária do débito e os juros incidentes na hipótese de matérias de ordem pública, sua aplicação ou alteração, de ofício, não configura *reformatio in pejus* (precedentes no STJ: EDcl nos EDcl no REsp 998935/DF; AgRg no Ag 114664/RJ e REsp 1258912/MG).

Recurso do autor

Examino, agora, a busca do autor, para total procedência dos pedidos, a saber, condenação da ré no pagamento de indenização por *R$36.000,00 pela perda do contrato de prestação de serviço* (lucros cessantes) e R$50.000,00 *por danos morais e acréscimo de 30% sobre todo o montante condenatório a título de honorários contratuais* (danos emergentes).

Preservado o esforço, os pedidos de indenização por dano material e ressarcimento de honorários advocatícios contratuais encontram intransponível óbice no art. 403 do Código Civil[6], que estabelece a teoria do **dano direto e imediato**, regra, entre nós, tocante a perdas e danos.

É que essas perdas e danos, os chamados danos emergentes e lucros cessantes, hão de ser decorrentes direta ou indiretamente do evento dito lesivo, e, mais, hão de estar devidamente comprovados.

Não são indenizáveis situações como as elencadas pelo autor, pois não há liame indicativo de serem resultantes de direta culpa ré, em verdade, consoante prescreve a lei.

Quanto ao pedido de condenação da ré por dano moral, com a devida vênia, não se demonstrou ocorrência desse dano, requisito para imputar responsabilidade ao causador, e, demais disso, dissabores experimentados, conquanto inegáveis, não têm o alcance pretendido, porque não configuram, em absoluto, hipótese de ofensa moral.

De sabença que *a concessão de indenização não pode prescindir da*

Acesso ao Sumário

6 ***Art. 403 do CC: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.***

efetiva demonstração da ocorrência de um dano, na hipótese de dano moral[7]*. Por isso que o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*[8].

Vale, então, referir ensinamento trazido pelo D. Desembargador REINALDO MILUZZI por ocasião do julgamento da Apelação nº 0011610-88.2009.8.26.0053, j. em 24.09.2012, cujos fundamentos peço vênia para transcrever:

> A indenização por dano moral não pode ser banalizada e serve para compensar sofrimento de média e grande intensidade e não os pequenos incômodos e aborrecimentos que se tornam objeto de esquecimento ao longo da vida.
>
> É certo que não se pode dizer que o apelante não sentiu algum desconforto diante da ocorrência dos fatos narrados.
>
> (...)
>
> Em suma, ainda que comprovado o nexo causal, o que o apelante sofreu foi mero incômodo, ou desconforto, que o homem médio tem de suportar por viver em sociedade, sem que tal fato possa ingressar na órbita do dano moral passível de indenização, valendo reproduzir aqui, porque pertinente, a continuidade da lição acima lembrada (obra citada, pág. 113): "*O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extra-patrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si só, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral*".
>
> Dessarte, pelo meu voto, também nego provimento ao recurso do autor.
>
> Diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se

Acesso ao Sumário

7 ***REsp nº 941.129/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10.06.08.***

8 ***REsp n° 898.005/RN, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 19.06.07.***

examinou a questão controvertida, resta inalterada a r. sentença quanto ao cerne, salvante pequeno reparo aduzido acima quanto a juros e correção monetária.

Nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043364-79.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes ALISSON KAWAN SILVA DE ANDRADE, ANA REGINA DE FATIMA JOAQUIM e DEOLINDA CHIQUETO SILVA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.202)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 15 de setembro de 2017.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais.

1. Morte praticada por policial militar. Vítima indigitadamente apontada pela prática do crime de roubo. Laudo Necroscópico às fls. 35/36 demonstra que a 'causa mortis' da vítima se deu em razão de "Choque Hemorrágico devido a Hemorragia interna torácica aguda por projetil de arma de fogo (bala). O disparo foi à distância; e o trajeto do projétil no corpo da vítima de trás para a frente; da esquerda para a direita e levemente de cima para baixo." Depoimento da testemunha RAFAELA LOPES demonstra que o agente que disparou o tiro fatal estava à paisana (fls. 87).

Legítima defesa do policial. Disparo de arma de fogo. Conjunto probatório dúbio acerca da dinâmica do

Acesso ao Sumário

evento. Lugar ermo e perigoso. Prova escassa, de modo geral. Sentença de improcedência do pedido mantida.

Negado provimento ao recurso.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de **fls. 251/255** que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais aforada por **ALISSON KAWAN SILVA DE ANDRADE** menor representado por Deolinda Chiqueto Silva e **ANA REGINA DE FÁTIMA JOAQUIM** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, julgou improcedentes os pedidos e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, observada a gratuidade de justiça. **Inconformados** apelam os autores **(fls. 256/260)** e sustentam estar comprovado nos autos as várias anotações administrativas no seu exercício policial do autor do disparo que resultou na morte do pai e filho dos autores. Acrescentam não estar comprovada a tese de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal, razão pela qual em observância a responsabilidade objetiva do Estado é que pretende o integral provimento do recurso para que sejam indenizados material e moralmente. Sobrevieram as contrarrazões (fls. 269/278) e parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido de ser dado provimento ao recurso dos autores para que seja reconhecido o direito ao recebimento de danos morais **(fls. 290/293). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

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

2. Conforme se depreende da inicial os autores – filho e genitora da vítima de homicídio praticado por policial militar – **Geovane Marcelo de Andrade**, alegam que em **08.10.2009** este foi considerado provável autor de crime de roubo, ocorrido na residência do policial militar SubTen.PM Marco Antonio Baptista de Camargo, do 7º BPM/I, residente na rua José Claudino, nº 186, Wanell Ville II – Sorocaba. Por volta das 12h30m policiais militares **SD.PM JEFFERSON FRANCISCO DOS SANTOS LABIAPARI** e **SD.PM JECKSON MORATO DE OLIVEIRA** diligenciavam na região em busca do provável suspeito quando localizaram Geovane Marcelo de Andrade junto da linha férrea, próximo à Avenida Nove de Julho, no Jardim Nova Esperança e, tendo a vítima reagido, momento em que o Policial Militar Labiapari efetuou um disparo com a pistola Taurus, patrimônio da PMESMP, que atingiu a vítima na região dorsal esquerda que socorrido ao **HOSPITAL REGIONAL DE SOROCABA/SP** entrou em óbito. Assim, ao fundamento que o agente público

Acesso ao Sumário

foi o responsável pela morte da vítima é que pretendem ser indenizados por mensal em favor de cada um deles no valor equivalente a um salário mínimo face à responsabilidade objetiva do Estado.

O MM. Juiz houve por bem julgar o pedido improcedente e, como tal, deverá ser mantido.

3. Com efeito, como se sabe, a Constituição de 1988 prevê a responsabilidade objetiva do Estado nos termos de seu artigo 37, § 6º. Compete ao autor da ação indenizatória o ônus de demonstrar que sofreu dano, em razão de ação ou omissão levada a efeito por determinado ente da Administração para que haja a obrigação de indenizar do Estado. Como ensina Marçal Justen Filho ('Curso de Direito Administrativo', p. 1.077, Saraiva): '... O ponto fundamental reside, então, na disciplina jurídica da atividade estatal, para efeito de verificação de juridicidade e de antijuridicidade. A objetivação da culpa. É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. 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 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.'

3.1. Ressalte-se que o dever de indenizar do Estado é bastante mais complexo do que pode indicar uma leitura apressada do art. 37, e parágrafos, da Constituição. Com efeito, pode ser a responsabilidade civil objetiva ou não, mas sempre decorre da presença dos seguintes elementos (mínimos): **dano, conduta lesiva e nexo de causalidade entre eles.**

4. Importante salientar que o conjunto probatório não demonstra a prática de ato ilícito por parte do policial. O policial militar estava a serviço, em diligência com objetivo a capturar indivíduo que havia praticado roubo na residência do SubTen.PM Camargo, que trabalha na Administração do 7º BPM/I e mantido sua filha refém por mais ou menos uma hora e que, entre outros pertences (jóias e dinheiro), foi roubado um revólver calibre 38, seis tiros, particular, conforme se observa pelos Autos de Exibição e Apreensão de **fls. 61/62**, há de ser analisado o meio utilizado pelo agente público no exercício de seu poder de polícia.

5. O relatório elaborado pela **POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO** e juntado às fls. 87/89 assim descrevera os fatos:

" ...

8. Chegando ao local, Av. Nove De Julho, próximo ao nº 1850, onde existe uma entrada para linha férrea, o Sd PM Labiapari desceu da viatura e iniciou uma vistoria, quando avistou um indivíduo com características

semelhantes às transmitidas pelo COPOM. Ao se aproximar do suspeito e se identificar como policial para iniciar a abordagem, viu que o indivíduo estava com a mão direita sob a camiseta, aparentando estar empunhando uma arma de fogo. Quando o suspeito se virou o policial viu que ele apontava um revolver em sua direção, então de imediato, efetuou um disparo e correu para se abrigar. Estando melhor posicionado, viu que o suspeito havia sido atingido e aproximou-se cautelosamente.

9. Após afastar o revolver do alcance do meliante, o Sd. Labiapari solicitou reforço através do rádio para resgate do ferido. Sendo que logo em seguida compareceu a viatura de Força Tática I-07019, comandada pelo 1º SGT PM 840687-A ELCIO BRICULI, a qual conduziu o ferido até o Pronto Atendimento do Hospital Regional.

10. Após receber cuidados médicos, Geovane não resistiu aos ferimentos causados por apenas um disparo de arma de fogo em seu ombro, na parte superior esquerda, de trás para frente e entrou em óbito."

6. O Laudo Necroscópico às **fls. 35/36** demonstra que a causa mortis da vítima se dera em razão de "Choque Hemorrágico devido a Hemorragia interna torácica aguda por projetil de arma de fogo (bala). O disparo foi à distância; e o trajeto do projétil no corpo da vítima de trás para a frente; da esquerda para a direita e levemente de cima para baixo." O depoimento colhido da testemunha **RAFAELA LOPES** demonstra que o agente que disparou o tiro fatal estava à paisana **(fls. 87).** Nos autos do Inquérito Policial Militar nº CPI/7-011/14/09 concluiu-se **(fls. 166/174):**

"...

6. **CONCLUSÃO**

6.1. o Laudo de Exame Necroscópico às fls. 119 e 120 registra o seguinte texto: que a causa mortis foi devido a Choque Hemorrágico devido a Hemorragia Interna torácica aguda por projétil de arma de fogo (bala). O disparo foi a distância; e o trajeto no corpo da vítima de traz para frente; da esquerda para a direita e levemente de cima para baixo" (sic). Fato que se ajusta às declarações do indiciado Sd PM 975252-8 Jefferson Francisco dos Santos Lapiapari, no Auto de Qualificação e Interrogatório às fls. 62 e 63. Onde relata que 'viu uma pessoa vindo em sua direção, notou um volume na cintura, sacou sua arma e se identificou como policial militar, dando ordem para que parasse, o indivíduo que estava de frente virou o corpo sacou uma arma, tentou se posicionar para efetuar disparo, que nesse movimento estava quase caindo no solo, oportunidade que efetuou um disparo de pistola, acertou o indivíduo e o mesmo caiu.'

6.2. A **testemunha Rafaela Lopes**, que reside próximo ao local do crime, às fls. 87 e 88, declarou que quando ouviu um disparo de arma de fogo, **foi em direção ao ponto onde o fato teria ocorrido, viu um indivíduo caído trajando roupa escura e de tênis e outro que estava em pé trajando camiseta vermelha e calça jeans, cabelo grisalho, altura**

Acesso ao Sumário

mediana e forte, que pode ver quando o que estava em pé agachou-se e pegou uma arma que estava próxima ao indivíduo caído.

6.3. **A arma encontrada com a vítima Geovane Marcelo de Andrade, revolver calibre 38 taurus com capacidade 06 (seis) tiros, nº 1917797, Certificado de Registro de Arma de Fogo, às fls. 82, havia sido roubada na residência do Sub Tem PM 862442-9 Marco Antonio Baptista de Camargo, onde estava sua filha a menor Amanda Domingues de Campos Camargo, que posterior reconheceu através de fotografia sem sombras de dúvidas a vítima, Geovane Marcelo de Andrade, como sendo o meliante que adentrou em sua residência com uma faca na mão, ficou aproximadamente cinquenta minutos e subtraiu entre outros objetos um revolver de seu genitor, fls. 97 e 98.**

...

6.8 Diante do que restou apurado, SMJ, **não vislumbro cometimento de Transgressão Disciplinar a ser imputada ao Sd PM 975252-8 Jefferson Francisco dos Santos Labiapari, pertencente ao efetivo do 7º BPM/I, a despeito de não haver observado cabalmente o procedimento adequado para abordagem de indivíduo a pé (POP 1.01.05), o policial agiu adequadamente frente à situação que a ele se apresentou, posto que estava em diligência buscando coleta de dados e informações que pudessem levar à prisão de Geovane Marcelo, quando foi surpreendido pela presença de um indivíduo armado que o obrigou a agir prontamente como forma de preservar sua vida, justificando, smj, a inobservância do procedimento operacional padrão**." (g.n.)

7. Pela leitura acima se constata que de fato o agente policial, embora tenha ocasionado a morte da vítima, agiu nos estritos limites de seu dever legal. E, ademais, a prova coligida nos autos permite concluir que a versão do policial é verossímil na medida em que houve a confirmação de que a vítima havia roubado a residência de outro policial, portava uma arma e, ao perceber que fora abordado efetuou uma movimentação hábil a exigir do policial uma reação rápida para evitar uma iminente e injusta agressão da vítima. Advirta-se, ainda, que se o disparo tivesse sido efetuado por trás da vítima, inteiramente, o trajeto do projétil não seria de cima para baixo, como constatado no exame necroscópico, mas sim haveria penetrado em linha reta. Deste modo, diante da ausência de elementos que permitam concluir que o agente policial tenha agido com excesso de poderes praticando um ato ilícito, ausente a consequente obrigação de indenizar.

8. Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso dos autores.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001360-67.2015.8.26.0414, da Comarca de Palmeira D Oeste, em que é apelante TIAGO LUIS DONATO, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Danos morais – Indenização – Autor ficou preso injustamente – É farta a prova sobre a vida, o mau comportamento do apelante – Um dos componentes do grupo tinha o nome igual ao seu – O incidente dos autos revela que houve equívoco na prisão – Foi justificável e não se pode dizer que a prisão tenha afetado o conceito moral do autor – Recurso improvido.

VOTO

Tiago Luís Donato ajuizou ante a Fazenda do Estado de São Paulo ação de indenização por danos morais por ter ficado preso durante trinta dias injustamente.

Após apuração, constatou-se ocorrência de engano, tendo, assim, sofrido prisão durante 30 dias indevidamente. Propôs ação reparatória de danos morais, postulando a quantia de R$ 500.000,00, mais R$ 2.000,00 por danos materiais.

A ação teve curso regular, sobrevindo sentença, com juízo de improcedência às fls. 459.

Apelação às fls. 467/476.

Contrarrazões de recurso às fls. 480/491.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação por dano moral, ajuizada por Tiago Luís Donato, que ficou preso, por trinta dias, por equívoco.

Acesso ao Sumário

Com o mesmo nome do autor e envolvido no grupo de meliantes que atuava no mesmo local, foi decretada a prisão de Tiago Luís Donato (fls. 15). Era, todavia, outra pessoa, não o autor deste processo que veio a ter a ação que propôs julgada improcedente (fls. 462).

Houve equívoco na prisão. E a ação reparatória por dano moral foi julgada improcedente.

É farta a prova sobre a vida, o mau comportamento do apelante. Um dos componentes do grupo tinha o nome igual ao seu.

O incidente dos autos revela que houve equívoco na prisão. Foi justificável e não se pode dizer que a prisão tenha afetado o conceito moral do autor. Cumpriu restrição de liberdade, não pelo fato apurado, sim pela acumulada vida de erros. Não foi a justiça que o levou a prisão, foi o equívoco pela vida que levava.

Assim, com acerto se lançou a r. sentença de fls. 462, não premiando a vida de um malfeitor, não reconhecendo moral danificada em quem não a tem e, ainda quer vantagem.

Dessarte nega-se provimento ao recurso, pois as provas não enxergam, no autor, moral a ser reparada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024473-57.2001.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PEDRO ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.875)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação Cível – Possessória.

Processual Civil – Reexame necessário – Condenação de valor ilíquido – Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição – Inteligência do art. 496, § 3º, CPC –

Acesso ao Sumário

Recurso oficial considerado interposto.

Reintegração de posse – Esbulho – Área remanescente de conjunto habitacional, reservada a instalação de sistema de lazer e área verde *non aedificandi* pertencente à área maior pertencente a CDHU, sociedade de economia mista prestadora de serviço público – Bem afetado à finalidade de prestação de serviço público de entidade estatal – Natureza de bem público, insuscetível de usucapião e perda por abandono – Legítima a posse da requerente sobre a área objeto da pretensão – Esbulho caracterizado – Mera detenção com natureza de posse precária, não gerando qualquer direito, inclusive à indenização por benfeitorias ou acessões introduzidas na área esbulhada – Concessão de uso especial para fins de moradia – Inadmissibilidade – Descumprimento dos requisitos exigidos no art. 1º da MP nº 2.220/01 – Sentença reformada – Recurso e remessa oficial providos para julgar procedente o pedido.

Dá-se provimento ao recurso e à remessa oficial, considerada interposta.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU em face de Pedro Alves da Silva, Maria das Graças da Silva, Laudelino Mendes dos Santos, Gideão Rodrigues Figueiredo, José Cruz Landim, Gilvânio Corrêa da Trindade, Wagner Quirino Martins e Fabiana de Moraes, deduzindo, em síntese, ser proprietária e legítima possuidora de área de 109.434,34m² na qual edificado o Conjunto Habitacional Marechal Tito, no bairro Itaim Paulista, nesta Capital, cuja área remanescente, com 3.116,26m², destinada ao sistema de lazer por se tratar de área verde *non aedificandi*, foi invadida pelos requeridos, que ali erigiram construções e se instalaram, recusando-se a sair, estando assim configurado o esbulho possessório. Postula a procedência do pedido a fim de determinar a reintegração de posse e o desfazimento das construções, com a condenação dos requeridos na obrigação de ressarcir as despesas daí decorrentes e a imposição de pena para o caso de novo esbulho. Pedido julgado parcialmente procedente para reintegrar a requerente na posse do imóvel após o ressarcimento pelas benfeitorias erigidas no local (fl. 463/466), acolhidos os embargos de

Acesso ao Sumário

declaração interpostos pelos requeridos para, mantida a procedência parcial do pedido, condicionar a reintegração de posse ao fornecimento de outro imóvel em localidade diversa (fl. 500/501).

Inconformada, apela a requerente, insurgindo-se, em suma, contra o condicionamento da reintegração de posse à indenização das benfeitorias e ao fornecimento de outro imóvel aos requeridos (fl. 472/491 e 505/513).

Processado regularmente com contrarrazões (fl. 517/520), subiram os autos a esta Instância.

É o relatório.

2. *Ex ante*, tem-se por interposta a remessa oficial nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, e do artigo 496, inciso I, do novo Código de Processo Civil, pois, em se cuidando de condenação de valor ilíquido, inaplicável à espécie a exceção à sujeição ao duplo grau de jurisdição prevista no parágrafo 2º do artigo 475 do estatuto processual vigente quando proferida a sentença apelada e do parágrafo 3º do artigo 496 do atual regramento.

A Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU ajuizou ação de reintegração de posse em face de Pedro Alves da Silva, Maria das Graças da Silva, Laudelino Mendes dos Santos, Gideão Rodrigues Figueiredo, José Cruz Landim, Gilvânio Corrêa da Trindade, Wagner Quirino Martins e Fabiana de Moraes, deduzindo, em síntese, ser proprietária e legítima possuidora de área de 109.434,34m² na qual edificado o Conjunto Habitacional Marechal Tito, no bairro Itaim Paulista, nesta Capital, cuja área remanescente, com 3.116,26m², destinada ao sistema de lazer por se tratar de área verde *non aedificandi*, foi invadida pelos requeridos, que ali erigiram construções e se instalaram, recusando-se a sair.

Sustentando estar configurado o esbulho possessório, postula a requerente a procedência do pedido a fim de determinar a reintegração de posse e o desfazimento das construções, com a condenação dos requeridos na obrigação de ressarcir as despesas daí decorrentes e a imposição de pena para o caso de novo esbulho.

A sentença de fl. 353/355, que julgou procedente o pedido para determinar a reintegração de posse da área com o prévio pagamento do valor atualizado das benfeitorias edificadas, restou anulada por decisão unânime desta Colenda Câmara, tendo restado expressamente consignado no V. Acórdão de fl. 434/437, relatado pelo eminente Desembargador Almeida Sampaio:

> "**Solucionado o tema preliminar, é possível analisar a questão de fundo. A prova pericial neste sentido é bastante segura indicando duas situações de fato. A primeira é que o imóvel pertence à autora e que os requeridos construíram suas residências naquele local. A segunda conduz ao reconhecimento de que estas construções e a utilização do**

bem por parte dos requeridos data de longo tempo, mais de dez anos.

Em face desta constatação, ao meu juízo, não seria possível, com a devida permissão, estabelecer, como o foi a r. sentença, que em outra ação a ser ajuizada seria decidido o tema.

Data vênia, tal circunstância não poderia ser relegada à outra ação. Era imprescindível sua análise neste palco.

Reconhecida a validade desta afirmação, o que se conclui é que a ação não estava pronta para o julgamento antecipado, uma vez que a prova testemunhal esclareceria diversas questões indispensáveis para o julgamento.

Conclui-se, dessa maneira, que existe vício a anular a sentença, devendo, portanto, a ação voltar à Vara de Origem para que se colha a prova testemunhal e que, na sentença a ser proferida, se decida expressamente sobre a concessão de uso afirmada pelos réus em sua contestação."

Ante a determinação do MM. Juízo *a quo* para que as partes indicassem as testemunhas que pretendiam ouvir, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão (fl. 442), a Defensoria Pública requereu a suspensão do processo, pois "recebeu a informação que o corréu Pedro Alves da Silva é falecido, mas ainda não dispõe de certidão do registro", bem como dilação do prazo para indicação de testemunhas (fl. 449/449v.), o que restou deferido pelo prazo de 10 (dez) dias (fl. 454). Nada obstante, os requeridos quedaram-se inertes.

O pedido foi julgado parcialmente procedente para reintegrar a requerente na posse do imóvel após o ressarcimento pelas benfeitorias erigidas no local (fl. 463/466), acolhidos os embargos de declaração interpostos pelos requeridos para, mantida a procedência parcial do pedido, condicionar a reintegração de posse ao fornecimento de outro imóvel em localidade diversa (fl. 500/501).

O inconformismo da requerida se assenta na obrigação de indenizar as benfeitorias introduzidas pelos requeridos (fl. 472/491) e de fornecer outro imóvel aos requeridos, em localidade diversa (fl. 505/513).

Acesso ao Sumário

E razão lhe assiste.

Na espécie, restou constatado pelo perito judicial que a área reivindicada, de aproximadamente 3.100m², corresponde à área *non aedificandi* destinada ao sistema de lazer do Conjunto Habitacional Marechal Tito, no qual está inserida, empreendimento este que encerra área total de 109.434,34m², adjudicada a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU por sentenças proferidas em ações desapropriatórias, conforme consta das Matrículas nºs 111.004 (fl. 24/25v.), 120.289 (fl. 26/26v.) e 120.297 (fl. 27/27v.) do 12º Cartório de Registro de Imóveis da Capital.

Consta ainda do laudo pericial, elaborado com base em vistoria realizada

em 13 de novembro de 2003, fotografias aéreas e entrevistas com moradores do local, que a área reivindicada vem sendo ocupada pelos requeridos há mais de dez anos (fl. 128/181).

Nesse passo, sendo fatos incontroversos a propriedade e posse da CDHU em relação à área objeto do pedido, bem como o esbulho possessório praticado pelos requeridos, tem-se como adequada a ação reivindicatória, que tem como fito restituir o possuidor na posse no caso de esbulho, ou seja, no caso de total privação da posse sofrida em decorrência de ato clandestino.

Cumpre ressaltar que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU é uma sociedade de economia mista dotada de personalidade jurídica de direito privado, nos termos do artigo 4º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, cujas ações com direito a voto pertencem majoritariamente ao Estado de São Paulo, integrando, pois, a administração indireta estatal.

Dispõe o artigo 98 do Código Civil que "**são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem"**. Nada obstante, as empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja natureza jurídica é de direito privado, podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Na hipótese de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviço público os bens afetados a essa finalidade são considerados bens públicos, ou seja, também são considerados bens públicos aqueles bens que, embora não pertençam às pessoas jurídicas de direito público, se destinem à prestação de um serviço público.

Na espécie, a CDHU tem por finalidade precípua elaborar ou contratar a elaboração de projetos e suas implantações e promover medidas de apoio à realização de planos e Programas Estaduais ou Municipais de habitação prioritários para o atendimento à população de baixa renda, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela Secretaria da Habitação do Estado de São Paulo, conforme disposto no artigo 2º, inciso I, de seu Estatuto Social. Inequívoco, pois, se tratar de entidade estatal prestadora de serviço público, donde se conclui que os bens afetados a essa finalidade são considerados bens públicos, e como tal, insuscetíveis de usucapião, conforme disposição dos artigos 183, parágrafo 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, e artigo 201 do Código Civil, bem como Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal[1] (Cf. também Caio Mário da Silva Pereira, *in* Instituições de Direito Civil, vol. IV, p. 133).

Ressalte-se ainda que os bens públicos não podem ser objeto de posse pelo particular, pena de se malferir a destinação da cousa pública, que não

1 Súmula 340, do Supremo Tribunal Federal: "**Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião**".

é desafetada pela vontade privada, tanto que "às terras fora do comércio ou quaisquer outros bens extracomércio não cabe proteção possessória, se a posse, que se alega, é posse própria; salvo se o autor da ação é o Estado" (*in* Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. X, parágrafo 1112, nº 2), e tampouco se sujeitam à perda por abandono, não gerando qualquer direito aos eventuais ocupantes ante a inexistência de consentimento expresso da Administração Pública para a ocupação.

Na hipótese, em se tratando a área em questão de bem público, bem como de área *non aedificandi*, conforme constatado pelo perito, é o quanto basta para afastar suposto direito de posse do particular, pois, é de se enfatizar, não há posse de bem público, mas mera detenção decorrente de tolerância do Poder Público, detenção esta que possui natureza precária da posse por expressa proibição legal, o que significa não estar protegida juridicamente. Se a pessoa não pode ser proprietária porque aquele bem é público, não existe posse (REsp 863.939/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 04.11.2008); e, mais, ainda que eventual acordo ou contrato disponha sobre eventual direito de permanência, tal ato caracteriza *res inter alios*, o que não torna legais, em absoluto, as edificações existentes, pois a área continua sendo bem público, sem se olvidar que neste caso sequer cabe indenização pelas benfeitorias realizadas (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.470.182-RN, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 04.11.2014).

Nesse norte, a ocupação do bem público pelos requeridos, sem expresso consentimento da requerente, não pode ser tida como berço de direito, móvel pelo qual é indiferente a perquirição acerca da existência ou não de boa-fé ou de se tratar de posse nova ou antiga, não havendo razão para qualquer espécie de indenização em razão de benfeitorias ou acessões introduzidas no bem público.

Cumpre anotar que mesmo na revogação de autorizações ou permissões de uso de bens públicos de fato outorgadas não se admite o direito de retenção e o direito de indenização por benfeitorias e acessões, salvo se tal direito estiver literalmente posto no ato que o concedeu, consoante já anotado pelo eminente Juiz Ferreira Leite, do extinto Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil, sendo princípio geral albergado pelo Direito Administrativo que a revogação do uso pelo poder público, se faz, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser (*in* RT 680/123).

Acesso ao Sumário

Impende consignar que esta Egrégia Corte tem julgados recentes acerca da mesma questão, valendo à transcrição das ementas:

> **"REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Cerceamento de defesa inexistente – Esbulho caracterizado – Bem público que não induz posse a favor do particular, que sobre ele exerce mera detenção – Direito fundamental à moradia não autoriza a invasão de bem público – Mera detenção**

do bem, de forma precária, não admite a retenção ou indenização das benfeitorias realizadas pelo particular em imóvel sabidamente que não lhe pertencia – Afasta-se a condicionante imposta na r. sentença, quanto a desocupação do imóvel ocorrer somente após o cadastro das famílias habitantes do terreno no rol de beneficiários do programa habitacional. Determinação que inviabiliza o direito de propriedade da autora e sua atuação de incentivo à habitação popular – Precedentes desta Corte – Sentença de parcial procedência reformada – Recurso voluntário da CDHU provido e recurso dos réus improvido" (Apelação Cível nº 0029590-51.2002.8.26.0002, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 17.05.2017).

"Reintegração de Posse. Imóvel da CDHU. Sentença de procedência. Recurso dos réus buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. A ocupação por particular de bem público, ou a ele equiparado, como na espécie, configura mera detenção, insusceptível de gerar direito possessório. Recurso improvido" (Apelação Cível nº 0001015-16.2011.8.26.0229, Rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 07.06.2016).

"REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Falta de interesse de agir – Inexistência – Ocupação de imóvel de propriedade da CDHU – Violação ao princípio da ampla defesa – Não ocorrência – Comprovado o domínio do bem pela CDHU, desnecessária a produção de outras provas – Hipótese que comportava julgamento antecipado – Preliminares rejeitadas – Bem público – A destinação das coisas públicas é servir ao público – O particular que ocupa área pública o faz por mera tolerância do Poder Público – A vontade privada não pode modificar a destinação do bem público e reduzi-lo a fim privado – Ocupação que não gera qualquer direito – Sentença de procedência – Recurso não provido" (Apelação Cível nº 0018116-18.2009.8.26.009, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, 6ª Câmara de Direito Público, j. 25.11.2013).

Também no que atine ao reconhecimento do direito à concessão de uso especial para fins de moradia não pode a respeitável sentença apelada subsistir.

A Medida Provisória nº 2.220, 04 de setembro 2001, veio à luz a fim de disciplinar o conteúdo do parágrafo 1º do artigo 183 da Constituição Federal, dispondo sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, sendo certo que tal assento constitucional do instituto confere à Medida Provisória caráter de norma geral de direito urbanístico, matéria cuja competência para legislar é concorrente nos termos do *caput*, do inciso I e do parágrafo 1º do artigo 24 da Constituição Federal.

É certo ainda que, conquanto o artigo 183 se afigure autoaplicável, a

Acesso ao Sumário

regulamentação do instituto pela Medida Provisória nº 2.220/01 para os entes federativos, de forma homogênea, visa garantir a efetividade do direito subjetivo à concessão de uso especial a todos aqueles que vierem a preencher os requisitos definidos constitucionalmente.

Por fim, o artigo 3º da norma em comento torna estreme de dúvida sua aplicabilidade a todos os entes federativos ao dispor:

> **"Art. 3º Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinqüenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento"** (grifo nosso).

Nesse passo, de rigor a observância das disposições contidas na Medida Provisória nº 2.220/01, cujo artigo 1º, na esteira da disposição contida no *caput* e parágrafo 1º do artigo 183 da Constituição Federal, assim estabelece:

> **"Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.**
>
> **§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.**
>
> **§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.**
>
> **§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão."**

Acesso ao Sumário

Bem se vê, pois, que embora o bem público não possa ser objeto de usucapião, pode ser passível de concessão de uso especial para fins de moradia, desde que o interessado demonstre o preenchimento dos requisitos exigidos constitucionalmente, quais sejam: possuir como sua área urbana de até 250m², ter a posse pelo período mínimo de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizar a área para sua moradia ou de sua família, e não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Na espécie, *data venia*, inadmissível o reconhecimento do direito à concessão de uso especial pretendida pelos requeridos Pedro Alves da Silva e Maria das Graças da Silva, vez que não comprovada a satisfação de todos os

requisitos legais ao reconhecimento do direito à concessão de uso especial da área reivindicada.

Com efeito, em relação a Pedro Alves da Silva, pese embora a notícia, não comprovada, de seu falecimento quando da vistoria realizada pelo perito judicial em 13 de novembro de 2003, restou comprovada a posse ininterrupta e sem oposição da área reivindicada por mais de cinco anos, vez que citado para a ação de reintegração de posse em 20 de março de 2002 (fl. 44) no mesmo endereço indicado em conta de energia elétrica emitida em seu nome em abril de 1992 (fl. 199), bem como constatado pelo perito que a área por ele ocupada é de 94,58m², não ultrapassando, portanto, o limite de 250m². Nada obstante, não demonstrou o requerido não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural e, principalmente, restou sobejamente comprovado não utilizar a área exclusivamente para sua moradia, tendo ali erigido duas construções destinadas ao uso comercial, nas quais funcionam um bar, explorado por Maria das Graças da Silva e Laudelino Mendes dos Santos, e uma imobiliária, explorada por Gilvânio Corrêa da Trindade, conforme apurado pelo perito judicial (fl. 128/181) e demonstrado por conta de energia elétrica em nome de Gilvânio (fl. 201) e fotografias carreadas aos autos (fl. 31/34, 141/142 e 154/160). Ausente, pois, o requisito essencial à concessão do direito de uso especial em relação ao requerido Pedro Alves da Silva.

A requerida Maria das Graças da Silva, por seu turno, não logrou comprovar o preenchimento de qualquer dos requisitos necessários à concessão do direito pleiteado. Citada para a ação reivindicatória na área esbulhada em 20 de março de 2002 (fl. 44), aduziu em contestação ocupar o imóvel juntamente com suas três filhas para auxiliar o requerido Pedro, pessoa bastante idosa e de saúde frágil (fl. 49). Quando da vistoria realizada em novembro de 2003, entretanto, apurou o perito que Maria das Graças ocupa o local com Laudelino Mendes dos Santos e seus sete filhos, informando a requerida ocupar a residência de três cômodos há aproximadamente oito anos e receber o aluguel do salão conjugado à residência, locado a Gilvânio, utilizando-se ainda do salão onde funciona o bar explorado por ela e sua família (fl. 152/153). Portanto, além de não comprovar a ter a posse da área reivindicada pelo período mínimo de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, e não ser proprietária ou concessionária, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural, restou demonstrado não utilizar a área apenas para sua moradia ou de sua família. Forçoso é reconhecer, pois, que a requerida Maria das Graças da Silva não faz jus à concessão do direito de uso para fins de moradia da área reivindicada.

Destarte, dá-se provimento ao recurso da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU e à remessa oficial, considerada interposta, para julgar procedente o pedido de reintegração de posse e determinar a demolição das construções erigidas na área no prazo de 30

Acesso ao Sumário

(trinta) dias. Escoado o prazo fixado, fica a requerente autorizada a promover a demolição às suas expensas e condenados os requeridos ao pagamento das despesas devidamente comprovadas expendidas pela requerente a esse título.

Ante a sucumbência total experimentada pelos requeridos, ficam eles condenados, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa atualizado monetariamente, observado o disposto no artigo 98, parágrafos 2º e 3º do atual Código de Processo Civil.

Por epítome, dá-se provimento ao recurso interposto pelo CDHU e à remessa oficial, considerada interposta.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005342-40.2015.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS RODOVIÁRIOS PAREDRO LTDA. - ME, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE REGISTRO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram preliminar de não conhecimento e negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.743)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO PÚBLICO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO DE IMÓVEL PELO MUNICÍPIO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DA EMPRESA DONATÁRIA.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO EM CONTRARRAZÕES – DESERÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – Devidamente comprovado o recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno no ato da interposição.

ADIN Nº 927 DO E. S.T.F. – Afetação restrita ao artigo 17, inciso I, alínea "b", da Lei Federal nº 8.666/93 – Hipótese dos autos relativa à norma geral insculpida no inciso I de referido dispositivo legal, não se subsumindo à referida repercussão geral.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – Reivindicação de imóvel público – Direito real – Prazo decenal – Precedente do E. S.T.J. – Hipótese em que prazo prescricional ou decadencial não decorreu.

AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO – Doação efetivada com inobservância do artigo 17, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 – Nulidade absoluta, sendo de rigor sua decretação – Lei Municipal omissa a qual, ainda que dispensasse expressamente a licitação, não poderia prevalecer face à norma geral insculpida em Lei Federal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Caso em que deveria ter sido adotado o valor da causa como base de cálculo da honorária – Critério intangível por esta – Corte Bandeirante sob pena de inadmissível *reformatio in pejus* – Fixação de 20% sobre o valor venal do imóvel mantida, pois correspondendo a pouco mais de 10% sobre o valor atribuído à causa, resulta adequada à justa remuneração.

Preliminar afastada – Apelação desprovida.

VOTO

Vistos.

1. RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em ação declaratória de nulidade contra a r. sentença de fls.197/199 vº, cujo relatório é adotado, que julgou procedente a ação para declarar nula a doação do imóvel de matrícula nº 17.466, feito à requerida pelo Município de Registro, reintegrando-o na sua posse.

Condenou a ré ao pagamento das custas e despesa processuais, bem como de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor venal do imóvel em questão.

Embargos declaratórios da requerida (fls.206/208) rejeitados (fls.209).

Inconformada, a ré apelou (fls.211/230), aduzindo que:

a) a vedação da alínea "b" do artigo 17 da Lei nº 8.666/93 estaria suspensa

Acesso ao Sumário

por força da ADIN nº 927 do S.T.F.;

b) a criação do Distrito Industrial pautar-se-ia pelo interesse público;

c) a doação em questão estaria autorizada pelo Poder Legislativo, por intermédio da Lei Municipal nº 57/93 e regulamentada pelos Decretos nº 1.472/11 e 1.473/11;

d) a avaliação teria sido realizada, conforme constante da cláusula terceira do Instrumento de Doação;

e) a licitação seria inexigível por não ter havido mais de um interessado no imóvel;

f) a declaração de nulidade da doação implicaria em por fim a todas as doações realizadas, com o desalojamento de outras 24 indústrias do local;

g) o procedimento administrativo que lastreou a demanda seria nulo, pois não teria obedecido ao regramento do Decreto Municipal nº 1.472/2011, o qual determinaria a criação da Comissão de Assuntos do Distrito Industrial Polo 1, que teria a incumbência de fiscalizar e instaurar procedimentos administrativos sobre temas afetos ao Distrito Industrial;

h) a doação não implicaria em prejuízo ao erário, pois ao recebê-la teria assumido com todas as despesas;

i) não teria havido venda da área para terceiros, mas somente alteração dos sócios da empresa;

j) a empresa estaria em funcionamento e devidamente implantada;

l) teria decorrido o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a retomada do imóvel pela municipalidade;

m) o projeto de obras teria sido apresentado e aprovado em02/12/2009;

n) a vistoria administrativa teria ocorrido em um único dia e em horário no qual os funcionários estariam deslocados fora da sede;

o) o relógio de água teria sido retirado devido a um vazamento e o de luz devido a furto de cabos de cobre;

p) os documentos acostados aos autos comprovariam que a empresa estaria em plena atividade;

q) a declaração de nulidade da doação seria prejudicial a 13 funcionários da empresa;

r) em caso de prevalência da r. sentença, os honorários advocatícios mereceriam redução, pois, à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor venal do imóvel, seriam extremamente elevados e desproporcionais e, além disso, o procurador do Município não teria formulado pedido de condenação em honorários, nem comprovado autorização para recebê-los.

Contrarrazões apresentadas, com preliminar de não conhecimento da apelação por falta de recolhimento do preparo (fls.233/234).

Acesso ao Sumário

Recepcionado o apelo com efeito suspensivo pela C. 7ª Câmara de Direito Privado (fls.238), esta por v. acórdão datado de 26/04/2017 declinou da competência, determinando a redistribuição para uma das C. Câmaras (1ª a 13ª) da Subseção de Direito Público (fls.261/262).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

2.1. Preliminar de não conhecimento em contrarrazões

Afasta-se a preliminar de não conhecimento, pois o recolhimento das custas de preparo e do porte de remessa e retorno foi comprovado no ato da interposição do recurso (fls. 229/230).

2.2. ADIn nº 927 do E. S.T.F.

Decisão proferida pelo E. S.T.F. em 03/11/1993 na Adin nº 927 refere- se à norma insculpida no artigo 17, inciso I, "b", da Lei nº 8.666/93, restringindo-se seu alcance à exclusividade da alienação de bens imóveis a outro órgão ou entidade da Administração Pública pelos Estados e Municípios, *verbis:*

> *"O TRIBUNAL DEFERIU, EM PARTE, A MEDIDA CAUTELAR,* ***PARA SUSPENDER, ATÉ A DECISÃO FINAL DA AÇÃO, QUANTO AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS, A EFICÁCIA DA EXPRESÃO 'PERMITIDA EXCLUSIVAMENTE PARA OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE QUALQUER ESFERA DE GOVERNO', CONTIDA NA LETRA B DO INCISO I DO ART. 17, DA LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 21.6.93****, VENCIDO O MIN. PAULO BROSSARD, QUE A INDEFERIA; PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LETRA C DO MESMO INCISO,. ATÉ A DECISÃO FINAL DA AÇÃO, O TRIBUNAL, POR MAIORIA DE VOTOS, DEFERIU A MEDIDA CAUTELAR, VENCIDOS OS MINS. RELATOR, ILMAR GALVÃO, SEPÚLVEDA PERTENCE E NÉRI DA SILVEIRA, QUE A INDEFERIAM; NO TOCANTE À LETRA A DO INCISO II DO MESMO ARTIGO, O TRIBUNAL, POR MAIORIA DE VOTOS, INDEFERIU A MEDIDA CAUTELAR, VENCIDOS OS MINS. MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO, DYNEY SANCHES E MOREIRA ALVES, QUE A DEFERIAM; COM RELAÇÃO À LETRA B DO MESMO INCISO, O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, DEFERIU A MEDIDA CAUTELAR, PARA SUSPENDER, ATÉ A DECISÃO ..."* [1](destaquei em negrito).

Referida deliberação do Pleno, portanto, não afeta a questão discutida nestes autos, que é a norma geral de exigência de avaliação e licitação, previstas no artigo 17 caput e inciso I da Lei nº 8.666/93.

2.3. Prescrição e decadência

1 (Endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

Consigne-se que não há falar em prescrição ou decadência da pretensão anulatória, visto que o ato de doação realizou-se em 01/12/2008 (fls.42), não tendo, portanto, se expirado o prazo de 10 (dez) anos.

De início, afasta-se o prazo de 02 (dois) anos constante na cláusula 5ª do contrato de doação (fls.41), eis que se refere à possibilidade de revogação por ausência de implantação da empresa no local, não sendo este o objeto da presente ação.

Por se tratar de ação que, em sua essência, tem por objetivo a reivindicação de imóvel público, aplica-se o prazo decenal para a apuração da prescrição.

Em situação análoga, no mesmo sentido, já se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO E CIVIL. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32. INAPLICABILIDADE. PROPRIEDADE. DIREITO MATERIAL EM DISCUSSÃO DE NATUREZA REAL. PRESCRIÇÃO DO ANTIGO CÓDIGO CIVIL.*
>
> *I - Não obstante a autora ter intitulado a ação de anulatória de ato administrativo, fica clarividente dos autos que a demanda é reivindicatória, sendo certo que o direito material em conflito é de natureza real, pois, apesar de ter sido incluído dentre os pleitos formulados na exordial a anulação das portarias que arrecadaram as terras, não resta dúvida de que a pretensão final buscada pela ora recorrida é a restituição dos imóveis.*
>
> *II - Sem embargo do disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que expressamente prevê que a prescrição qüinqüenal tem aplicação em qualquer tipo de direito ou ação em face da Fazenda Pública, é assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em se tratando de ações que envolvam direitos reais, o prazo prescricional é o comum, ou seja, o do Código Civil. Precedente: REsp. nº 623.511/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 06/06/05.*
>
> *III - Recurso especial improvido."* (REsp 770.014/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 266)

No mesmo sentido, a doutrina preleciona ser decenal o prazo prescricional quando se tratar de direito real:

> *"Como entre nós as ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos e as reais em dez, nesses prazos é que podem ser invalidados os respectivos atos administrativos, por via judicial."* (MEIRELLES, Hely Lopes; Direito administrativo brasileiro; 42 ed.; Malheiros: 2016; p. 234).
>
> *"Embora ambos os dispositivos falem em 'todo e qualquer direito*

Acesso ao Sumário

ou ação', não se aplica a prescrição quinquenal quando se trata de ação real, porque, caso contrário, poderia a Administração vir a adquirir imóvel alheio no curto prazo de cinco anos; seria uma usucapião especial em hipótese não prevista no ordenamento jurídico. Assim, em se tratando de ação real contra a Fazenda Pública, aplica- se a regra do artigo 205 do CC, ou seja, a prescrição corre em dez anos." (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, Direito Administrativo, 22ª edição, 2008, Editora Atlas, p. 750/751).

2.4. Nulidade da doação

Ressalte-se que o objeto da ação é a anulação da doação efetivada pelo Município de Registro à apelante por ilegalidade – e não a revogação desse ato, mesmo porque esta última categoria de invalidação jamais poderia ser declarada pelo Judiciário, tendo em vista tratar-se de pronunciamento privativo da Administração Pública – com a consequente reintegração na posse do imóvel.

Deste modo, de todo irrelevante a análise do processo administrativo encartado às fls. 06/145, o qual objetivou a revogação do ato administrativo de doação na seara da conveniência e oportunidade.

Note-se que a revogação – repita-se, pronunciamento privativo da Administração Pública – já fora declarada naquele procedimento por decisão transitada em julgado (fls.123/126 e fls.140), não cabendo, pois, ao Judiciário rediscutir a matéria.

Assim, ocioso seria alongar o debate de possíveis irregularidades naquele procedimento e os elementos de fato nele discutidos – atinentes à efetiva instalação da empresa no imóvel ou alteração de seu objeto social – os quais, relativos exclusivamente à revogação já operada administrativamente, nenhum interesse apresentam para o desate desta lide.

No que toca, portanto, à anulação da doação e consequente reintegração do Município na posse do imóvel, objetos da pretensão deduzida na proemial, a r. sentença não merece quaisquer reparos.

Com efeito, a Lei Federal nº 8.666, de 21.06.93, em seu artigo 17, inciso I[2], é inequívoca quanto à necessidade de licitação para a alienação de imóvel de domínio público, o que, no caso, não foi feito, sendo certo que a presente hipótese não encontra subsunção às exceções insculpidas nos incisos "a" a "i" do referido dispositivo legal.

Deste modo, inquina-se o ato de nulidade absoluta, cuja declaração pelo d. juízo *a quo* era de rigor.

2 *"Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, ***dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência*** *(...)."* (destaquei em negrito).

E não se diga que dispensa de licitação justificava-se pela ausência de menção a respeito pela Lei Municipal nº 34/94 que instituiu o Distrito Industrial (fls.177/178), pois mesmo que o tivesse feito expressamente – o que efetivamente não fez – tal norma, expedida na esfera municipal, de modo algum poderia prevalecer face à diretriz de caráter geral imposta por Lei Federal.

Também não prospera argumento de que a licitação era inexigível à míngua de interessados, pois cediço que tal constatação não poderia ter sido feita informalmente ao alvedrio da Administração, mas somente no momento próprio no procedimento licitatório, com observância dos princípios da universalidade e ampla publicidade, procedimento este que, repita-se, não se realizou.

Despiciendo demorar-se na discussão quanto ter sido suprida ou não a avaliação pela menção de valor venal do imóvel no contrato de doação, uma vez que a ausência de licitação, por si só, já bastaria para o decreto de nulidade do ato.

Todavia não deve escapar à análise que a lei de regência determina avaliação **prévia** (artigo 17, inciso I) e não no ato de formalização da doação, de mais a mais sendo discutível se o valor venal do imóvel corresponderia ao seu efetivo valor de mercado o qual, na alienação, é aquele que, de fato, está sendo excluído da esfera patrimonial pública e transferido para o particular.

Registre-se, também, que questões fáticas, em tese reflexos da decretação de nulidade – como as alegadas pelo apelante, ou seja, possível prejuízo aos empregados e a outras empresas – , são completamente alheias ao âmbito de cognição deste processo e que, de qualquer modo, não teriam qualquer relevância jurídica para obstar a declaração de invalidade do ato administrativo em questão, claramente viciado pela inobservância de norma cogente vinculante.

Por fim, tendo sido anulada a doação com efeitos *ex tunc*, deve a situação jurídica ser reposta ao *status quo ante*, assim impondo-se a reintegração do Município na posse do imóvel em comento.

2.5. Honorários advocatícios

Descabido perquirir-se a legitimação do procurador para receber honorários advocatícios, visto que representou a municipalidade na lide e laborou pelo desate favorável; e se existe ou não autorização administrativa para percebê-los diretamente, trata-se de questão organizacional interna do ente municipal, em nada interferindo na condenação neste processo, a qual, por cediço, se fundamenta nos princípios da causalidade e da sucumbência.

No caso, os honorários deveriam ter sido fixados com base no valor atualizado da causa (R$ 50.000,00 - fls.04) que razoavelmente corresponde ao proveito econômico; todavia, tendo sido adotada como base de cálculo o valor venal do imóvel (R$ 28.258,48 - fls. 41), à míngua de recurso do Município, tal critério resta intangível por esta Corte Bandeirante, sob pena de inadmissível

reformatio in pejus.

Assim, observando-se que o autor enfrentou relativa resistência, tendo o seu procurador acompanhando o feito até esta fase recursal, com grau médio de zelo e complexidade e, considerando-se que os 20% (vinte por cento) fixados sobre o valor venal do imóvel corresponderia a pouco mais de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa – o qual, repita-se, deveria ter sido adotado como base de cálculo –, não se vislumbra justificativa razoável para a redução da honorária, a qual, na prática, afigura-se adequada à justa remuneração ao trabalho executado pelo profissional.

2.6. Conclusão

Isto posto, afastada preliminar de não conhecimento deduzida em contrarrazões (item "2.1") e verificada inexistência de subsunção à ADIn nº 927 do E. S.T.F. (item "2.2"), confirma-se a nulidade da doação por falta de avaliação e licitação prévias, a teor do artigo 17, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (item "2.3").

Por fim, mantêm-se os honorários advocatícios no percentual fixado (item "2.4"), assim negando-se provimento à apelação interposta pela ré.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, afasto preliminar de não conhecimento e nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024282-04.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HELENA DE ARAÚJO ESTRELA, são apelados MARIA JOSÉ PEREIRA e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.805)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: CONCUBINATO IMPURO – Pretensão da companheira a quinhão na pensão previdenciária

deixada pela morte ex-servidor – Alegada união estável ao longo de 30 anos – Continuidade do casamento anterior do segurado, que se dividia publicamente entre as duas famílias – Não reconhecimento do direito previdenciário à concubina – O Direito Brasileiro não admite a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento, ou de duas uniões estáveis paralelas – A Carta Federal menciona a constituição de família e não de famílias, isto significando que a bigamia não é admitida ou incentivada, o que aconteceria em caso de reconhecimento de união estável com simples concubina – Se o marido mantém família originada do matrimônio, legalmente constituída, com ela convivendo socialmente, jamais poderá ser reconhecida, nos termos da Constituição, uma união estável desse cidadão com outra mulher, ainda que com ela mantenha relacionamento amoroso duradouro – Precedentes jurisprudenciais – Ação improcedente – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Helena de Araújo Estrela contra r. sentença do digno Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 291/294), que julgou improcedente ação ajuizada em face de Maria José Pereira e da SPPREV - São Paulo Previdência, pela qual a autora cobrava das requeridas seu quinhão na pensão deixada pela morte do ex-PM Milton Pereira, com quem alga união estável há mais de trinta anos.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) comprovada da união estável; b) inexiste a necessidade de dependência econômica para a concessão do benefício (fls 315/325).

Apelo respondido (fls 328/330 e 332/335).

É o relatório.

Helena de Araújo Estrela acionou a SPPREV - São Paulo Previdência e Maria José Pereira reclamando para si quinhão da pensão deixada pela morte do ex-Oficial da Polícia Militar Milton Pereira, ocorrido no dia 10/07/2013 (fls 22), com quem alega união marital ao longo de 30 anos ininterruptos.

No momento do ajuizamento essa pensão era dividida entre a viúva Maria José Pereira e a jovem Dayane Araújo Estrela Pereira, havida da relação

Acesso ao Sumário

extraconjugal entre o servidor e a autora (fls 21).

Ação julgada improcedente.

A prova dos autos é incontroversa no sentido de que Milton Pereira e Maria José Pereira jamais desfizeram o seu casamento. Tampouco se questiona o relacionamento extraconjugal dele com Helena de Araújo Estrela. Há elementos documentais, fotográficos e testemunhais sobre essa conclusão primordial: o ex-servidor equilibrava- se como podia na vida dupla, inclusive ao ponto de tentar proteger a concubina com plano de saúde (fls 20 e 116/117), e instalação de microempresa da qual ela pudesse extrair o sustento (fls 107/113). Ambas as relações eram de conhecimento público (fls 51 - a crer-se nas palavras da esposa, menos dela, até a morte do marido). Os filhos do casamento, Renata e Milton Junior, conheciam a irmã Dayane, da outra casa.

Pode-se presumir a dependência econômica, se não total, ao menos relativa, da autora em relação ao companheiro.

Restringe-se, pois, o debate, à análise das consequências jurídicas da união entre Milton Pereira e Helena de Araújo Estrela, frente aos direitos advindos do casamento dele com Maria José Pereira.

A hipótese é claramente de concubinato impuro. Situação em que não se admite, como premissa, nenhum reconhecimento jurídico dessa sociedade à concubina.

A contestação de Maria José Pereira veio respaldada em boa jurisprudência. E dela empresto estes precedentes:

UNIÃO ESTÁVEL – PRESSUPOSTOS – AFFECTIO MARITALIS – COABITAÇÃO – PUBLICIDADE DA RELAÇÃO – PROVA – PRINCÍPIO DA MONOGAMIA 1- Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2- A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pelo Affectio maritalis. 3- ***Não é permitido, ao nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento, ou de duas uniões estáveis paralelas...*** (fls 53/54 - TJRS, Apelação Cível nº 70050282094).

ADMINISTRATIVO – PENSÃO DE EX-SERVIDOR CIVIL – RATEIO ENTRE VIÚVA E SUPOSTA COMPANHEIRA – UNIÃO ESTÁVEL – ART. 226, § 3º, DA CF/88 – CONCUBINATO IMPURO AGRAVO RETIDO RECURSO AUTÔNOMO E RECURSO ADESIVO DA UNIÃO FEDERAL. I - ***A Lei Maior fala de constituição de família e não de famílias, isto significando que a bigamia não é admitida ou incentivada, o que aconteceria em caso de reconhecimento de união estável com simples concubina. Se o marido mantém família originada do matrimônio, legalmente constituída, com ela convivendo***

Acesso ao Sumário

socialmente, jamais poderá ser reconhecida, nos termos da Constituição, uma união estável desse cidadão com outra mulher, ainda que com ela mantenha relacionamento amoroso duradouro... (fls 54 - TRF-2ª Região, Apelação nº 200751030033358).

Transcorridos os ditos 30 anos de convívio adulterino entre o casal Milton Pereira e Helena de Araújo Estrela, lê-se o comodismo dele (extensivo à mulher); nenhuma intenção clara de, mesmo com o advento ocasional de uma filha, efetivamente constituírem um núcleo familiar.

Tomadas essas premissas, releva-se o grau de submissão econômica da autora em relação ao concubino. Relacionamento viciado na origem não gera direitos previdenciários.

Correta a r. sentença apelada.

Pelo meu voto, nego provimento à apelação da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008007-31.2011.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante DERSA – DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ITATIBA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), FRANCISCO OLAVO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

BURZA NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à Execução Fiscal – ISSQN – Alegação de imunidade recíproca – Sentença de improcedência – Pretensão à reforma – Impossibilidade – Pedágio – ISS previsto no item 22.01 da lista anexa à LC 116/03 – Natureza jurídica de preço público – Retribuição facultativa paga apenas mediante o uso voluntário do serviço (ADI 800) – DERSA. Sociedade de economia mista que

não comprovou prestar serviços sem fins lucrativos, tampouco que possui peculiaridades que permitam a sua equiparação à EBCT – Inteligência do que foi decidido com repercussão geral no RE 601.392 – Sentença mantida – Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 88/90 de relatório adotado que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, determinando a retomada do curso da execução em seus ulteriores termos, consoante artigo 520, V, do CPC. Arcará a embargante ao pagamento de custas, despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 3.000,00.

Inconformado, apela a vencida requerendo o provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença, julgando procedente os embargos, de modo a afastar a cobrança de ISSQN.

Recurso recebido, sem as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

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

Primeiramente, cabe registrar que a sentença foi proferida em 07.08.2012, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do CPC/1973.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de embargos à execução fiscais opostos pela ***Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A*** em face da execução fiscal ajuizada pela ***Prefeitura Municipal de Itatiba*** que tem por objeto a cobrança de ISSQN consistente no serviço de administração de rodovia, mediante a cobrança de pedágio, com supedâneo na Lei Complementar n° 116/2003.

Contudo, a r. sentença julgou improcedentes os embargos.

Malgrado o zelo e a combatividade do Douto Procurador da apelante, o recurso não reúne condições de ser provido.

Senão, vejamos.

A questão controvertida cinge-se à exigibilidade do ISS incidente sobre serviços prestados pela apelante, consistente na exploração econômica de

Acesso ao Sumário

rodovias mediante a cobrança de pedágio (tarifa).

Na hipótese, a lista anexa à Lei Complementar n. 116/03 prevê em seu item 22.01 que:

> ***22.01 Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoramento, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."***

A posição adotada atualmente pelo STF, no julgamento da ADI 800, é de que o pedágio tem natureza jurídica de preço público por não ser cobrado compulsoriamente de quem não utilizar a rodovia; ou seja, é uma retribuição facultativa paga apenas mediante o uso voluntário do serviço:

> **Tributário e Constitucional. Pedágio. Natureza jurídica de preço público. Decreto 34.417/92, do Estado do Rio Grande do Sul. Constitucionalidade.**
>
> **1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita.**
>
> **2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (ADI 800, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, Acórdão eletrônico DJe-125 Divulg 27-06-2014 Public 01-07-2014)**

No caso concreto há que se analisar a questão sob a luz do artigo 150, inciso VI, "a", da Constituição Federal, que dispõe sobre a imunidade tributária dos entes públicos nos seguintes termos:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...]"

Observa-se que pelo princípio da imunidade dos entes públicos ou de natureza pública (art. 150, VI, "a"), também denominada intergovernamental, é vedado à União, aos Estados- Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, bem como sobre as autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público (são as chamadas pessoas jurídicas de direito público, e a extensão quanto às autarquias e fundações, naquilo que está vinculado às suas atividades essenciais, está

Acesso ao Sumário

prevista no § 2º do art. 150 da CF).

Aliás, a questão já foi enfrentada por está E. 18° Câmara de Direito Público no Voto da Lavra do Eminente Desembargador Dr. ***Ricardo Chimenti***, nos autos da ap° 0001995-58.2011.8.26.0650, que adoto como razões de decidir:

Ao vedar que as sociedades de economia mista gozem de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, a Constituição Federal teve como objetivo impedir a concorrência desleal entre elas. Logo, o comando constitucional é dirigido justamente àquelas que exploram atividade econômica e, por conseguinte, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, que tem como princípios, dentre outros, a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, IV, CF).

A respeito da diferenciação antes exposta, são elucidativos os ensinamentos de Roque Antonio Carraza, nestes termos: ***Excepcionalmente admite-se que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa, o que ele faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Quando isto acontece, deve submeter-se ao regime jurídico tributário aplicável às empresas privadas, conforme estatui o já estudado art. 173 da Carta Magna. Quando, porém, a empresa pública ou a sociedade de economia mista são delegatárias de serviço públicos ou de poder de polícia, elas, por não concorrerem com as empresas privadas, não se sujeitam aos ditames do precitado art. 173. O que estamos querendo significar é que as sociedades mistas e as empresas públicas, enquanto delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia, são instrumentos do Estado e, neste sentido, são entidades tão públicas quanto ele. Desempenham atividades que as empresas privadas jamais assumiriam, a não ser que contratadas pelo próprio Estado, sob a forma de concessão ou de permissão. Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, tão-só quanto à forma, pessoas de direito privado. Quanto ao fundo são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora damo-nos pressa em proclamar com elas não se confundam. Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embaraçada ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, "a", da CF." (Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores Ltda., 21. ed., São Paulo, 2005, p. 701/702).***

Em suma, a DERSA Desenvolvimento Rodoviário S.A. deve se sujeitar ao regime jurídico de direito privado, não fazendo jus aos privilégios fiscais que outras pessoas jurídicas de direito privado que atuam na mesma área não possuem.

Acesso ao Sumário

Por essas razões, a bem lançada sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001759-38.2001.8.26.0204, da Comarca de General Salgado, em que são apelantes MIRIAN SEGANTINE FERREIRA (SUCESSOR(A)), SAMUEL ABRAAO SEGANTINE FERREIRA (SUCESSOR(A)), LEYSLI EGE SEGANTINE FERREIRA (SUCESSOR(A)) e MARCOS ABRAAO FERREIRA DA SILVA (SUCEDIDO(A)), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Procedência. Cumprimento de sentença. Herdeiros e sucessores de corréu condenado ao ressarcimento dos valores recebidos em licitações fraudulentas, além do pagamento de multa civil. Extinção da execução por pagamento em relação

a corré Ciafer Materiais para Construção Ltda. Corréu que atuou como preposto dessa executada. Condenação relativa à multa civil individualizada e não solidária. Débito do corréu, a esse título, que remanesce. Extinção da execução em relação à empresa que não aproveita aos apelantes. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública por atos de improbidade administrativa, que julgou parcialmente procedente a ação, impondo aos réus, solidariamente, a condenação ao ressarcimento dos valores pagos e recebidos em razão das cartas convites fraudulentas, de pagamento de multa de 30% sobre os valores que receberam nas licitações de que participaram, além de outras penalidades previstas na Lei nº 8.429/92.

A r. sentença, ante a satisfação do débito pela executada Ciafer Materiais para Construção Ltda., extinguiu a execução em relação a essa corré, nos termos do art. 794, I, c.c. art. 795, ambos do CPC.

Os sucessores do falecido corréu Marcos Abraão Ferreira apelaram alegando que a condenação foi solidária em relação ao ressarcimento dos valores recebidos em virtude das duas licitações tidas por fraudulentas e vencidas pela corré Ciafer, da qual era Marcos preposto. Aduzem que a extinção da execução deve se estender a eles, pois quitado o valor pela Ciafer, não remanesce qualquer pretensão executória contra o requerido Marcos. Argumentam com a inexigibilidade da multa civil de 30% calculada sobre o valor recebido, pois Marcos nada recebeu, mas tão somente a Ciafer. Requereram provimento ao recurso.

O Ministério Público apresentou contrarrazões rebatendo os argumentos e defendendo a manutenção da r. sentença.

O r. parecer da Procuradoria Geral da Justiça é no sentido do não provimento ao recurso (fls. 3547/3553).

É o Relatório.

Cuida-se de ação civil pública em que os réus foram condenados ao ressarcimento dos valores pagos e recebidos em razão das cartas convites fraudulentas, de pagamento de multa de 30% sobre os valores que receberam nas licitações de que participaram, além de outras penalidades previstas na Lei nº 8.429/92.

A questão trazida pelo recurso dos herdeiros e sucessores do corréu Marcos Abraão Ferreira diz respeito à satisfação ou não da condenação imposta ao referido corréu, diante da extinção da execução contra a corré Ciafer Materiais

Acesso ao Sumário

para Construção Ltda., da qual agiu o requerido como preposto da empresa em duas licitações em que se sagrou vencedora, de forma fraudulenta, e diante da solidariedade da condenação imposta.

É certo que a r. sentença impôs ao corréu Marcos a condenação ao ressarcimento dos valores pagos e recebidos em razão das cartas convites referidas, sendo solidária sua responsabilidade sobre os valores das licitações de que participou como preposto da Ciafer, além da condenação em multa civil de 30% sobre os valores das licitações de que participou, com imediata indisponibilidade de seus bens decretada (dispositivo – fls. 2603/2605).

Denota-se, pois, que houve duas condenações pecuniárias principais ao corréu Marcos: uma relativa à devolução dos valores recebidos em decorrência da vitória fraudulenta nas licitações pela CIAFER, em solidariedade com a empresa, e outra referente à multa civil calculada sobre os valores recebidos pela pessoa jurídica, no percentual de 30%.

A decisão de Primeiro Grau foi confirmada pelo v. acórdão (fls. 2732/2736) que afastou o dever de ressarcimento dos valores recebidos se os produtos ou materiais foram efetivamente entregues ao Município de General Salgado, mantendo a condenação do corréu Marcos ao pagamento da multa civil, servindo os valores percebidos pela empresa da qual era preposto apenas como base de cálculo da multa imposta.

Com o trânsito em julgado (certidão – fls. 2971) e iniciada a execução, a corré CIAFER Materiais para Construção Ltda. quitou o débito relativo à multa civil que lhe competia (fls. 3385/3386 e 3390/3396), sobrevindo a r. sentença extintiva da execução em relação a essa corré (fls. 3408), cujos efeitos pretendem os apelantes sejam estendidos a eles.

No entanto, a solidariedade existente entre o falecido corréu Marcos e a corré Ciafer decorre da condenação imposta em Primeiro Grau ao ressarcimento dos valores recebidos em decorrência das duas licitações de que a empresa foi vencedora, que restou afastada, desde que comprovada a entrega dos produtos ou materiais.

Acesso ao Sumário

Remanesceu então a condenação ao pagamento de multa civil fixada em 30% sobre os valores recebidos, esses considerados apenas como base de cálculo da multa imposta tanto para a Ciafer, como para seu preposto o corréu Marcos.

Assim, a quitação da multa civil pela Ciafer não aproveita aos apelantes, herdeiros e sucessores do corréu Marcos, contra quem a execução há de prosseguir, com a observação de que responderão pelo débito do falecido até o limite das forças da herança.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais

invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantida, na íntegra, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009987-90.2014.8.26.0248, da Comarca de Capivari, em que é apelante AIDANA MORETTI MARQUES - ME, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.049)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente) e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação anulatória – Ato de infração da Fundação PROCON – Ação ajuizada em face do Estado de São Paulo – Extinção nos termos do art. 485, VI, do CPC – Fundação de direito público com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, nos termos da Lei Estadual nº 9.192/95 – Precedentes – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por AIDANA MORETTI MARQUES – ME em face do ESTADO DE SÃO PAULO, pretendendo a declaração de inexistência de débito e nulidade de multas impostas pelo PROCON/SP por violação às disposições do art. 1º da Lei nº 12.291/10 e do art. 48 da Lei nº 8.078/90.

Reconhecida a ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo, a ação foi extinta nos termos do art. 485, VI, do CPC (fls. 179/181, com declaração às fls. 187/189).

Apela a autora postulando a reforma do julgado (fls. 192/199).

Acesso ao Sumário

O recurso foi bem processado e contrariado (fls. 203/207).

Foi facultada manifestação a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 209), mas as partes deixaram decorrer o prazo *in albis* (fls. 211).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

O PROCON é fundação com personalidade jurídica própria, que, embora vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, possui autonomia administrativa e financeira. Assim dispõe a Lei Estadual nº 9.192/95:

Artigo 1.º - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon, com personalidade jurídica de direito público, vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania a qual se regerá por esta lei e por estatutos aprovados por decreto.

Artigo 3.º - Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:

(...)

V - promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores;

(...)

XI - fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções; (...)

Artigo 5.º - A Fundação gozará de autonomia administrativa e financeira, terá sede e foro na Capital do Estado e prazo de duração indeterminado.

Assim, realmente é do PROCON a legitimidade para ocupar o polo passivo em ação que pretende a declaração de nulidade de multa aplicada por aquela fundação.

Assim já decidiu este Tribunal:

Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. pedido liminar de tutela de urgência. Multa aplicada pelo Procon. Ilegitimidade da Fazenda Pública do Estado. Procon tem autonomia administrativa e financeira, devendo figurar no polo passivo isoladamente. Autora que efetuou o pagamento por guia DARE. Alegação de nulidade no pagamento visto que efetuado através de guia e para pessoa equivocadas. Autora que foi induzida em erro. Pagamento reputado válido. Recurso de apelação parcialmente provido. (Apelação nº 1039835-40.2016.8.26.0576, 7ª Câmara de Direito Público, v.u., Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. 14.08.2017).

APELAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO – AÇÃO ANULATÓRIA – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA LAVRADO PELO PROCON – SUPOSTA NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – Multa aplicada por prática abusiva de impor limite mínimo de compras ao consumidor para pagamento por meio de cartão de crédito, com imposição de multa de

R$ 2.693,33 – Ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado de São Paulo – PROCON/SP possui personalidade jurídica própria autonomia administrativa e financeira para integrar a lide – Causa de pedir impugna exclusivamente o procedimento administrativo instaurado pelo Procon após a lavratura do AIIM – Ausência de qualquer irresignação em relação à CDA, o que, eventualmente, poderia configurar a pertinência objetiva da Fazenda em relação ao objeto litigioso – Precedentes desta Corte – Extinção do processo sem resolução do mérito, ante a ausência de uma das condições da ação, nos termos do art. 485, VI, e §3º, do CPC/2015 – Recurso prejudicado. (Apelação nº 1014523-81.2016.8.26.0602, 3ª Câmara de Direito Público, v.u., Rel. Des. Maurício Fiorito, j. 15.08.2107).

Ação anulatória. Auto infracional lavrado pelo Procon. Infração consistente em não efetuar, no prazo legal, o registro eletrônico de nota fiscal eletrônica. Sentença de improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. Ilegitimidade passiva "ad causam" da Fazenda do Estado, uma vez que o PROCON possui personalidade jurídica própria, gozando de autonomia administrativa e financeira, nos termos da Lei Estadual nº 9.192/95. Multa. Programa 'Nota Fiscal Paulista'. Ausência de registro eletrônico no prazo legal. Infração ao artigo 7º, § 1º, item II, da Lei Estadual nº 12.685/07. Ausência de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Multa aplicada com base em legislação estadual. Recurso improvido. (Apelação nº 1014024-75.2016.8.26.0577, 11ª Câmara de Direito Público, v.u., Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 01.08.2017).

Mantida a sucumbência, ficam majorados em 50% os honorários fixados na r. sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007614-57.2016.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BOTUCATU, é apelada ELISA NAZIRA BURSI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra

este acórdão. **(Voto nº 11.721)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Autora que ocupava cargo de provimento em comissão junto à Prefeitura Municipal e foi exonerada quando grávida. Estado gestacional que lhe garante estabilidade provisória.

Proteção à maternidade que encontra respaldo no ordenamento constitucional, ostentando "status" de direito social (artigo 6º).

Licença-maternidade que é direito de toda trabalhadora (artigo 7º, inciso XVIII), estendido às servidoras públicas, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão.

Prefeitura requerida que inovou suas teses em sede recursal, aduzindo que houve o pagamento das indenizações – Prejuízo ao direito de defesa da autora evidenciado. Verificação que fica relegada à etapa de liquidação.

R. sentença de procedência – Mantida.

VERBA HONORÁRIA – MAJORAÇÃO, nos termos do art. 85, do CPC/2015.

RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE BOTUCATU em face da r. sentença de fls. 127/133 que lhe condenou a pagar as verbas rescisórias e reflexos devidos entre a data de exoneração da autora ELISA NAZIRA BURSI e o termo final de sua estabilidade provisória de 180 dias devida em virtude de sua gravidez.

E assim constou da r. sentença, *verbis*:

"Ante o exposto JULGO EM PARTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial e condeno o Município ao pagamento das verbas rescisórias, que incluirão vencimentos e reflexos devidos entre a data de

sua exoneração e o termo final da estabilidade provisória, de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos da Lei Municipal nº 5.019/2008; Havendo resolução do mérito na fase de conhecimento, na forma do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Por haver decaído de parte mínima do pedido, responderá o Município pelo pagamento integral de despesas processuais atualizadas desde o ajuizamento desta ação e honorários de advogado que arbitro em 10% sobre o valor da causa, conforme artigo 85, § 3º, inciso I e § 4º, inciso III do Código de Processo Civil.

Publique-se; Registre-se; Intimem-se."

Em sua apelação, a Municipalidade requerida aduz, em síntese, que: a) ficou comprovado nos autos que à apelada foram concedidos 120 dias de licença-gestante a partir de 08/12/2014 (pag. 75/76). Tal benefício foi prorrogado por mais 60 dias no período de 07/04/2015 a 05/06/2015 (pag. 78). Por sua vez, a exoneração do cargo em comissão da servidora ocorreu em 06/05/2015 (pag. 71); b) é certo que a exoneração se deu um mês antes de completar todo o período de prorrogação da estabilidade, mas conforme documentação nos autos (pag. 73) a servidora recebeu integralmente todas as indenizações cabíveis de acordo com relação ao período que restava da licença-gestante até o momento em que foi exonerada do cargo em comissão de assessor administrativo; c) como o caso é de exoneração de servidora pública municipal ocupante de cargo de provimento em comissão e como o ato administrativo que determinou o seu desligamento do serviço público não se revestiu de ilegalidade alguma, não há porque se analisar a validade da ordem emanada pelo Poder Público Municipal, já que se trata apenas da discricionariedade constitucional conferida à Administração Pública, sem que se possa perquirir sobre os motivos que levaram o administrador a determinar a exoneração; d) Em se tratando de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CF.: art. 37, inciso II, da Constituição Federal), o preceito constitucional não assegura, em nenhum momento, qualquer espécie de estabilidade ao titular; e) não obstante a exoneração de cargo em comissão ser ato administrativo discricionário, a servidora pública, ainda que ocupante de cargo em comissão, pode ser dispensada sem justa causa durante a gravidez, assegurada indenização durante o prazo da licença-gestante, cujo valor corresponde aos vencimentos que receberia nos 120 dias. Conforme documentação juntada, mesmo faltando um mês para completar todo o período de licença-gestante e sua prorrogação, a servidora foi exonerada do cargo e, consequentemente, foi devidamente indenizada em razão do período restante da licença-gestante concedida; f) levando-se em conta que o período restante da licença com o tempo da exoneração da apelada, decorreu apenas um mês, sendo, portanto, devidamente indenizado o valor correspondente (pag. 73). Requer a reversão do julgado.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, desnecessário o preparo, e processado com contrarrazões (fls. 152/163).

É o relatório.

No caso concreto, como a r. sentença foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2.015, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Preliminarmente, **não há que se proceder ao reexame necessário do presente**, eis que o débito discutido engloba tão somente verbas e reflexos decorrentes da exoneração da servidora comissionada durante o período de estabilidade decorrente de sua gestação, de modo que, ainda que computada a correção monetária, o importe total resultante é certamente inferior ao limite de 100 salários mínimos previsto no art. 496, parágrafo 3º., III, do CPC/2015.

Respeitado o esforço argumentativo da Municipalidade de Botucatu, seu recurso não prospera.

ELISA NAZIRA BURSI, inicialmente distribuiu a presente "reclamação trabalhista" contra o MUNICÍPIO DE BOTUCATU, visando à obtenção de provimento jurisdicional que condene o Município ao pagamento das verbas inerentes ao período de estabilidade provisória da servidora gestante exonerada de cargo em comissão antes de exaurido o prazo da licença-maternidade.

Narrou a autora que iniciou vínculo de trabalho com o Município de Botucatu em 01 de abril de 2013, para exercer o cargo em comissão de Assessora Administrativa e, no inicio de 2014, começou a sentir os efeitos da gravidez, sem interrupção de suas atividades no cargo.

Sucede que no dia 08 de dezembro de 2014, por orientação médica, obteve licença-maternidade de 180 dias. Na ocasião, a autora estava no 9º mês de gestação, e seu filho nasceu em 17 de dezembro de 2014.

Aduz que a sua licença maternidade findaria em 06 de junho de 2015, mas o Município, optou por exonerar a autora em 07 de maio de 2015, quando ainda estava a autora em gozo de licença-maternidade.

Diante disso pretende a autora, com a presente ação, o pagamento de verbas rescisórias e reflexos devidos pelo período de estabilidade provisória não cumprido pela servidora gestante pelo advento de sua exoneração. Requer, ainda, a concessão de indenização por danos morais, com arbitramento de multa cominatória, sem prejuízo das verbas de sucumbência.

E com razão a r. sentença julgou a demanda parcialmente procedente, como será analisado abaixo.

Sabe-se que a proteção à maternidade encontra respaldo no ordenamento constitucional, ostentando "status" de direito social (artigo 6º), além da evidente natureza previdenciária (artigo 201, inciso II). Se não bastasse, a licença-gestante

é direito de toda trabalhadora (artigo 7º, inciso XVIII), estendido às funcionárias públicas, ainda que detentoras de cargo em comissão, pelo artigo 39, § 3º, da Constituição Federal.

O C. Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido, inclusive, *verbis*:

> *"Agravo regimental no recurso extraordinário.* ***Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Indenização. Possibilidade. As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória****, nos termos do artigo 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. Agravo regimental não provido." (Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 420.839, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 20.03.2012).*

Em assim sendo, ocorrida a exoneração, faz jus a autora à indenização correspondente aos vencimentos do período de gestação (arts. 7º, XVIII, c.c. o art. 39, § 3º, ambos da CF) e de estabilidade (art. 10, II, "b", do ADCT).

E esta C. Câmara de Direito Público em casos análogos já decidiu que **qualquer trabalhadora** possui direito a ter sua licença maternidade respeitada, *verbis*:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO – EXONERAÇÃO DURANTE PERÍODO GESTACIONAL – ATO ILÍCITO – Estabilidade de natureza excepcional e provisória, independentemente da forma de provimento do cargo e do regime jurídico, em razão da prevalência do direito social-constitucional de proteção à maternidade e à infância – Presença dos requisitos necessários à concessão da medida liminar (art. 7º, III, Lei nº 12.016/2009). Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2123387-28.2017.8.26.0000; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de São Roque - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2017; Data de Registro: 20/07/2017).*

> *"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA-GESTANTE. SERVIDORA PÚBLICA. Autora afastada pela Administração Pública da função de professora coordenadora, em razão de licença-maternidade. Inadmissibilidade. Direito à licença-gestante constitucionalmente garantido (art. 7º, inc. XVIII, e 39, § 3º, da CR). Afastamento da função que acarreta redução salarial e implica violação à Constituição Federal. Impossibilidade do art. 8º da Resolução SE nº 88/2007, norma de hierarquia inferior, violar a Carta Maior. Direito também previsto no art. 78, VII, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo. Concessão da ordem em primeiro grau, para que a impetrante seja reintegrada à função. Sentença mantida. Recurso*

Acesso ao Sumário

não provido." (TJSP; Apelação 1004806-18.2014.8.26.0278; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Itaquaquecetuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2017; Data de Registro: 27/04/2017)

"Apelação e Reexame Necessário – cobrança de verbas rescisórias e licença maternidade – agente de serviços escolares – Contrato encerrado antes do termo final previsto, malgrado o estado gravídico da requerente – Pedido de pagamento de verba remuneratória decorrente do indevido desligamento e de seus reflexos – Sentença de procedência – Inconformismo – Servidora pública que faz jus à estabilidade durante a gestação e por 180 (cento e oitenta) dias após o parto, independentemente de ser temporária ou não – Inteligência do art. 10, II, alínea "b", da ADCT e do art. 198 da Lei Estadual nº 10.261/68 alterado pela Lei Estadual nº 1.196/2013 – Entendimento pacífico do E. STF – Devidos vencimentos correspondentes ao período da estabilidade – Sentença reformada apenas para alteração de critérios de juros e correção monetária – Recurso e reexame necessário parcialmente providos." (TJSP; Apelação 1027143-32.2015.8.26.0224; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/02/2017; Data de Registro: 02/02/2017).

Observo, por outro lado, que quando da apresentação de sua contestação (fls. 42/70) a Municipalidade de Botucatu limitou-se à tese de que a autora em sua condição de comissionada não faria jus a qualquer estabilidade.

Em assim sendo, a requerida **inovou indevidamente suas teses em sede de recurso de apelação ao alegar que as indenizações eventualmente devidas já estariam pagas**.

Com efeito, da análise dos documentos de fls. 70 e seguintes não é possível verificar sem sombra de dúvidas se a autora recebeu ou não todas as verbas que lhe eram devidas em virtude da licença gestante, e a alegação de que houve o respectivo pagamento somente quando do **recurso de apelação inequivocamente** ocasionou em prejuízo ao direito de defesa da recorrida.

Em assim sendo, outra solução não há senão relegar à etapa de liquidação a análise para verificar se os pagamentos noticiados a fls. 70 e seguintes foram ou não suficientes para quitar as verbas devidas à autora nos termos da r. sentença, aplicando-se, ainda, os consectários legais respectivos, os quais ficam mantidos nos termos da r. sentença tendo em vista a inexistência de recurso neste particular.

Em assim sendo, de rigor a manutenção integral da r. sentença, acrescida da observação posta no parágrafo antecedente.

Por outro lado, tendo em vista o insucesso da Fazenda Municipal em seu recurso voluntário e a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos,

além dos aqui acrescidos, de rigor a majoração dos honorários advocatícios fixados em favor da requerente, em 1% acima do arbitrado em 1º. Grau, nos termos do art. 85, §§ 1º. e 11, do CPC/2015, em atenção ao trabalho adicional realizado em grau recursal pelo causídico da parte apelada.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, com observação de que os honorários de sucumbência devem ser majorados em 1% acima do arbitrado em 1º. Grau, em atenção ao trabalho adicional realizado em sede recursal pelo causídico da parte apelada, nos termos do art. 85, parágrafos 1º. e 11, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017915-60.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JULIANA DA SILVA CANO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória de débito fiscal. ISS e taxa de funcionamento. A autora da ação insurge-se contra a cobrança de ISS e taxa de funcionamento no que tange ao período em que trabalhou com carteira assinada junto à sociedade de advogados. Juridicidade do pleito. Sentença

Acesso ao Sumário

de improcedência reformada. Os autos desvelam que a exação, embora justificável em razão da extemporaneidade da baixa da inscrição da autora junto ao município réu, não se atrelou à efetiva prática dos fatos imponíveis da exação. O município requerido se arvora no fato de a autora não haver tomado as providências necessárias à materialização da baixa de seu cadastro junto aos órgãos municipais competentes. Entretanto, vale assinalar que a baixa da inscrição apresenta índole acessória, o que não justifica o reconhecimento de que no período em que a autora laborou com carteira assinada foram prestados serviços à margem do contrato de trabalho capazes de caracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo e da taxa questionados. O pleito anulatório deduzido pela autora tem substrato fático e legal suficiente a respaldá-lo e merece ser chancelado. Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 52/54 proferida nos autos de ação anulatória de débito fiscal c/c pedido de antecipação de tutela contra a municipalidade de Ribeirão Preto, por meio da qual visou a anulação de débitos relativos ao ISS, sob o fundamento de haver sido contratada como advogada pelo regime celetista, de modo que não estaria sujeita ao tributo em referência, nos termos da Lei Complementar nº 116/03, pelo que visou à desconstituição dos referidos débitos.

Referida sentença, julgou procedente o pedido e extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

Em razão da sucumbência a autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, os quais foram fixados em 20% do valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, III, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), ressalvada a condição da autora de beneficiária da gratuidade judiciária.

Assentou o juízo na oportunidade, desfalecer razão à demandante, vez que a inscrição no cadastro municipal gera a presunção de que a autora se reveste dos atributos inerentes aos contribuintes do ISS, ou seja, enquanto não informado o contrário à municipalidade, é justo que o fisco municipal continue a exercer seu respectivo direito de crédito, tributando a autora.

Insatisfeita com o resultado do julgado a demandante apela e pugna por sua integral reforma.

Suas razões recursais estão acostadas a fls. 58/64. Nestas defende a juridicidade de seus pleitos e reitera os termos lançados na petição inicial.

Destaca a necessidade de serem anulados os débitos de ISSQN e de Taxa de Funcionamento cobrados pelo município apelado, em razão de haver sido contratada pelo regime da CLT em 07/07/2011, não sendo portanto, sujeito passivo dos tributos municipais, por não mais ostentar a condição de prestadora de serviços advocatícios.

Destaca que a hipótese não se refere ao tema "isenção tributária" como defendido pelo juízo, mas "não incidência tributária", o que enseja o cancelamento dos débitos após a data de 07/07/2001, o mesmo ocorrendo no que tange às taxas, pois o fato de estar, a partir da referida data, em relação de emprego não autorizaria a incidência tributária em testilha, mesmo que só tenha solicitado a baixa de sua inscrição municipal em agosto de 2015.

A esse propósito, anota que se não havia prestação de serviço, inexistia subsídio apto a validar a ocorrência de qualquer ato de fiscalização ou regularização, nesse sentido, a título de poder de polícia por parte do município.

O apelo recebeu resposta, contrarrazões recursais a fls. 68/72. Nas quais a recorrida defende a ratificação do julgado e a regularidade e legalidade de seu atuar fiscal na espécie, seja quanto à forma seja quanto a sua essência.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos legais previstos no novo diploma processual civil, o recurso deve ser recebido e, no mérito, comporta provimento.

Os autos revelam que a advogada autora da ação se inscreveu junto ao órgão competente do município réu como prestadora de serviços advocatícios.

No entanto, a prova colacionada juntamente com a inicial dá conta que a autora laborou a partir de 07/07/2001 junto a escritórios de advogados na condição de profissional celetista. Igualmente, não há qualquer elemento que demonstre que durante este período tenha a demandante prestado serviços advocatícios autonomamente.

Diante desse contexto fático, a exação se mostra destituída de substrato legal a respaldá-la, constituindo-se, dessarte, cobrança indevida.

Nesta senda, não se desconsidera que as dívidas regularmente inscritas gozam de presunção de certeza e liquidez. Contudo esta presunção é relativa.

O município requerido se arvora no fato de a autora não haver tomado providências voltadas à materialização da baixa de seu cadastro junto à municipalidade. Entretanto, em que pese o pedido de cancelamento da inscrição tenha ocorrido de forma extemporânea, vale assinalar que a baixa apresenta

Acesso ao Sumário

índole acessória, o que não justifica o reconhecimento de que no período em que a autora trabalhou como causídica em escritórios de advogados, com carteira de trabalho assinada, foram prestados serviços à margem do contrato de trabalho, capazes de caracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo e da taxa questionados.

A esse propósito, vide o que estabelece o artigo 113 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

> "Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
>
> § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
>
> § 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
>
> § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária".

Sob essa perspectiva, os autos desvelam que a exação, embora justificável em razão da extemporaneidade da baixa, não se atrelou à efetiva prática dos fatos imponíveis da exação, o mesmo pode ser dito quanto à taxa de funcionamento.

Desta feita, as provas apresentadas pela autora são suficientes, o bastante, para o afastamento da presunção de que os fatos geradores das cobranças questionadas ocorreram no período em que a autora laborou com carteira assinada junto a sociedades advocatícias.

O caso, portanto, pede sejam chancelados os pedidos dispostos na peça vestibular e reformada a sentença de improcedência.

Com a modificação do resultado do julgado, a municipalidade passa a condição de sucumbente. Nesse diapasão, deverá caberá arcar com os ônus que da sucumbência decorrem, incluso o pagamento de verba honorária advocatícia ao patrono da autora no importe de R$1.000 (mil reais), corrigidos a partir desta data.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (*EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006*).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005657-64.2015.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante BENEDITO ADALBERTO FRANCISCO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara Extraordinária 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 29.648)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ACIDENTE DO TRABALHO – BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO – PROCESSO CIVIL: impossibilidade jurídica do pedido, em razão do reconhecimento administrativo do pedido, com benefício que já vem sendo pago pela autarquia previdenciária – Falta de interesse de agir configurada – Indenização infortunística indevida – Ação improcedente – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo autor a fls. 45/49, contra a r. sentença proferida a fls. 39, proferida nos autos da ação em que se postula a concessão/revisão de benefício acidentário, promovida por BENEDITO ADALBERTO FRANCISCO.

2. Na inicial, sustenta o autor que se aposentou em 2006, e que teria direito ao recálculo de benefício, conforme entendimento jurisprudencial do E. STF, e que, após a Emenda Constituição de 1998, a qual implementou uma nova média para base de cálculo, conforme explanado a fls. 03, argumentando que o INSS não utilizou da regra legal para calcular os benefícios concedidos entre 2001 a 2009, o que motivaria a revisão ora almejada. Postula a condenação do INSS à implantação do benefício no mesmo percentual concedido aos beneficiários da Previdência Social que obtiveram o benefício com renda mensal inicial acima do teto máximo de contribuição, bem como ao pagamento das verbas atrasadas, além do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, além da

Acesso ao Sumário

concessão dos benefícios da justiça gratuita.

3. A r. sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Thomaz Corrêa Farqui extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, incisos IV e VI do CPC, em razão de falta de interesse de agir, uma vez que o direito em tese postulado já foi reconhecido administrativamente pelo INSS, estando, inclusive, agendado o pagamento respectivo, não sendo permitido ao autor receber antes dos demais beneficiários. Ademais, o autor não narra a contento a causa de pedir, "sendo o pedido de generalidade absoluta, pois não aponta o requerente o equívoco cometido, muito menos o valor que reputa correto e a diferença a ser paga.". Por fim, condenou o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais fixados, por equidade, em R$ 800,00, observado o disposto no §3º do art. 98 do CPC.

4. Inconformado, o autor interpôs o recurso de apelação a fls. 45/49, reafirmando, em suma, os mesmos argumentos já trazidos na inicial, aos quais acrescentou que "não há motivo plausível para que a sentença seja julgada sem julgamento do mérito", uma vez que "o requerente aposentou-se em 2006", e os segurados que obtiveram a concessão de auxílio-doença, auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez concedidos no ano de 2006, têm direito ao recálculo dos benefícios.

5. Recurso tempestivo, sem apresentação de contrarrazões, após o decurso do prazo para tanto, conforme certificado a fls. 56.

É o relatório.

6. Encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade recursal previstos no art. 1.010 do Novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual se passa à análise do recurso.

7. Conforme relatado, cuida-se de ação acidentária movida por trabalhador contra o INSS, visando recálculo de benefício, conforme relatado acima.

O recurso não comporta provimento, conforme fundamentos seguintes.

Com efeito, reconhecido administrativamente o pedido pelo INSS, consoante verificado pelo r. juízo *a quo*, a falta de interesse de agir é patente, de modo que o autor é carecedor do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do artigo 485, inciso VI, do atual Código de Processo Civil. Em caso semelhante este E. TJSP já se manifestou:

> "Acidentária – Motorista – Acidente de trajeto – Sequelas com lesões nos joelhos, pés, punhos e mãos – Pretensão de percepção de aposentadoria por invalidez acidentária ou, subsidiariamente, auxílio-doença – Segurado que percebe benefício ativo (auxílio- doença), implantado antes mesmo da propositura da ação e pelo mesmo mal – Incapacidade parcial e permanente constatada no laudo, afastada a incapacidade total – Sentença de improcedência mantida – Recurso do autor desprovido." (TJSP; Apelação 1004537-42.2014.8.26.0451; Relator (a): João Antunes

Acesso ao Sumário

dos Santos Neto; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2016; Data de Registro: 25/08/2016).

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença de improcedência da ação por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025588-44.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante CÉLIA DA SILVA RUIZ FERNANDES, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA.

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 16.616)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO.

CONTROLE JURISDICIONAL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Não confirmação na carreira. Ato administrativo que exonerou a funcionária durante o período de estágio probatório. Não atendimento dos requisitos legais para nomeação efetiva e aquisição de estabilidade. Motivação empregada revela discricionariedade do ato administrativo. Apuração do descumprimento do dever de comprometimento com o exercício da função administrativa. A realização da avaliação especial de desempenho é obrigação da administração. A parte não reúne prova para identificar vícios no procedimento. Não existe prova suficiente de que as faltas injustificadas ao trabalho e as saídas antecipadas, sem consentimento e prévia

Acesso ao Sumário

ciência da chefia, decorreram de modo direto e inexorável das condições de saúde da autora. No curso do procedimento de confirmação na carreira a autora encaminhou para a Administração um relatório no qual alega ter enfrentado sucessivos problemas de saúde, impedindo que uma cirurgia na coluna deixasse de ser realizada, por fato alheio e estranho à Administração, muito embora a apelante tenha chegado a ajuizar ação para obrigar a FUNSERV a expedir a guia de autorização para o procedimento. Assim, a alegação de que a não realização da cirurgia decorreu de falha na comunicação por parte do corpo jurídico do Sindicato que patrocinou seus interesses na ação em questão não se coaduna com a prova dos autos porque a alegação extraprocessual, no procedimento administrativo, foi a de que os problemas de saúde se encadearam uns aos outros. As dificuldades da autora para comparecimento assíduo ao posto de trabalho, com diversas anotações de falta ou saída antecipada sem respaldo em documento médico, permitiam que a Administração formasse o mau juízo acerca de seu comprometimento em relação às obrigações profissionais e, por isso, optasse pela exoneração sem caráter sancionatório. Sentença de improcedência mantida.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

CÉLIA DA SILVA RUIZ FERNANDES, inconformada com a r. sentença de fls. 575/579, que pronunciou a ilegitimidade passiva *ad causam* da FUNSERV e julgou improcedente o pedido mediato em relação ao Município de Sorocaba, interpôs recurso de apelação aduzindo, em síntese: (i) a não realização do procedimento cirúrgico necessário para correção do problema de coluna de que padece em razão da falha na comunicação por parte dos advogados que ajuizaram a ação para obrigar a FUNSERV a expedir a guia de autorização; (ii) a existência de justificativas médicas para as ausências ao trabalho, de modo que tais razões médicas inclusive determinaram a imposição judicial para que a FUNSERV autorizasse a realização da cirurgia em questão; (iii) a nulidade do ato de exoneração porque inexistentes os motivos declarados para a decisão tomada pela Administração.

Acesso ao Sumário

Com contrarrazões (fls. 596/602), o recurso foi processado regularmente.

É o relatório.

A apelante foi exonerada de cargo de Auxiliar de Administração, por ter seu aproveitamento avaliado como insatisfatório em avaliação de desempenho na fase de estágio probatório, instaurada com fundamento na Lei Complementar nº 3800/1991 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba) e no Decreto nº 19.833/2012, que regulamenta especificamente o Estágio Probatório.

A causa de pedir anuncia a nulidade do ato exoneratório.

Busca-se a obtenção de procedimento jurisdicional que declare a nulidade do ato administrativo e, consequentemente, a reintegração da servidora no cargo e o pagamento das verbas que deixou de receber.

A respeitável sentença julgou improcedente o pedido mediato, entendendo não ter havido qualquer irregularidade no processo administrativo.

O substrato da matéria envolve o controle jurisdicional sobre os atos da administração, porquanto a impugnação do autor associa-se à promessa constitucional de inafastabilidade de controle jurisdicional.

A extensão do controle jurisdicional sobre os atos administrativos está circunscrita à análise de sua legitimidade, limitando-se a dizer o direito no caso concreto, sem, contudo, invadir a seara administrativa.

Especificamente sobre o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a atuação do Judiciário nessa seara revela expediente reservado para circunstâncias excepcionais, de forma a não conflagrar interferência entre poderes.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. SUFICIÊNCIA E VALIDADE DAS PROVAS. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

(...)

2. Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo" **(STJ, RMS 12.971/TO, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.05.2004).**

Sobre o tema, Paulo Modesto ensina que "*a avalição no estágio probatório é avaliação global do período de prova, embora não seja concentrada necessariamente em um único momento, podendo ser desdobrada em etapas, de modo a captar a evolução do agente ao longo do tempo e suas dificuldades de adaptação*" (**MODESTO, Paulo. Estágio Probatório: Questões Controvérsias, *in* Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 10**).

Acesso ao Sumário

Ademais, a realização da avaliação especial de desempenho é obrigação da administração, inexistindo qualquer excepcionalidade na medida adotada.

Nesse sentido:

"SERVIDOR PÚBLICO. EXONERAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. Parecer desfavorável emitido por Comissão Processante responsável pela Avaliação de Desempenho Especial. Inexistência de vícios na instauração ou no decorrer do processo administrativo. Observância das formalidades e dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Inaptidão para o cargo constatada a justificar a exoneração do servidor. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido." **(TJSP, Apelação n. 0041895-59.2012.8.26.0053, Relator: Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 18/02/2016.)**

No caso dos autos, percebe-se que a motivação empregada para a decisão de exoneração está também relacionada à dificuldade, objetivamente apurada, para que a apelante observasse o dever de assiduidade para o trabalho. Daí porque ela sustenta que as faltas foram, ao contrário do que foi concluído pela Administração, justificadas.

Mas o relatório da pontuação atribuída à autora decorre de outras ponderações, porque, como se vê exemplificativamente a fls. 88, há uma série de itens de avaliação assinalados com o conceito "B – Atinge parcialmente o esperado" e ainda um marcado com o conceito "A – Abaixo do esperado", com anotação de faltas injustificadas e saída da unidade sem aviso prévio (fls. 89). A fls. 93 colhe-se a anotação de que a servidora mostrou dificuldade de relacionamento com os colegas de equipe, e vinha se empenhando em mudar de unidade de trabalho. E a fls. 95 há o documento em que a superiora hierárquica da autora solicita avaliação da servidora, que vinha sempre apresentando atestados para faltas não avisadas com antecedência, além de apresentar comportamento alterado com os colegas e com munícipes.

Depreende-se que estas circunstâncias impulsionaram a avaliação de estágio probatório da autora, que recebeu pontuação insuficiente – não apenas, mas também em razão das faltas, como se vê – e por isso foi exonerada sem caráter sancionatório.

Nos autos, a discussão está centrada nas faltas injustificadas porque a recomendação da comissão de avaliação de servidores (CAESP – fls. 104) aponta para as ausências como causa determinante para possível exoneração.

O juízo "*a quo*" determinou a produção de prova por meio pericial (fls. 548/549), mas sem que as questões controvertidas tenham sido fixadas, a perícia investigou a existência de nexo de causalidade entre o trabalho e as alterações na coluna vertebral.

Acesso ao Sumário

Nesse quadro, a prova pericial tinha pouca utilidade para o julgamento. Mas o laudo (fls. 561/565) assinalou que inexiste nexo de causalidade entre as alterações na coluna vertebral e a atividade laborativa da autora, apontando para o fato de que não foi observada, naquele momento, incapacidade para as atividades autonômicas, bem assim, necessidade de tratamento cirúrgico.

De todo esse contexto, depreende-se que a autora não ofereceu prova suficiente de que as faltas injustificadas ao trabalho e as saídas antecipadas, sem consentimento e prévia ciência da chefia, decorram de modo direto e inexorável das suas condições de saúde.

Anota-se que a autora encaminhou para a Administração um relatório (fls. 74 e seguintes) no qual alega ter enfrentado sucessivos problemas de saúde. Informa que um problema posterior sempre impedia o correto tratamento do anterior, de modo que uma cirurgia na coluna deixou de ser realizada, por fato alheio e estranho à Administração, muito embora a autora tenha chegado a ajuizar ação para obrigar a FUNSERV a expedir a guia de autorização para o procedimento.

Ao que consta, a cirurgia nunca foi feita, e a FUNSERV se viu na situação de exigir que ou bem a autora realizava a cirurgia, ou retornava para o trabalho (fls. 76).

Assim, a alegação de que a não realização da cirurgia, necessária para correção de problema na coluna, decorreu de falha na comunicação por parte do corpo jurídico do Sindicato que patrocinou seus interesses na ação em questão não se coaduna com a prova dos autos porque a alegação extraprocessual foi a de que os problemas de saúde se encadearam uns aos outros.

Seja como for, as incontroversas dificuldades da autora para comparecimento assíduo ao ponto de trabalho, com diversas anotações de falta ou saída antecipada sem respaldo em documento médico, permitiam que a Administração formasse mau juízo acerca de seu comprometimento em relação às obrigações profissionais e, por isso, optasse pela exoneração sem caráter sancionatório.

Daí porque não se identifica qualquer vício no ato administrativo, do que decorre a improcedência do pedido mediato.

Ressalvada a concessão dos benefícios da gratuidade processual, majoro, nos termos do art. 85, §11, do CPC, os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0025495-04.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GILBERTO KASSAB, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados ASSOCIAÇÃO PRESERVA SÃO PAULO, FABIO RAMOS DE CARVALHO e AURÉLIO FERNANDEZ MIGUEL.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do Agravo Retido, negando provimento aos recursos voluntários, ao tempo em que deram provimento ao reexame necessário, por unanimidade. Determinaram, na oportunidade, a expedição de ofício ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com remessa da cópia do v. acórdão, para as providências que entender cabíveis, à vista de indícios de prática de ato de improbidade por parte do agente político e dos procuradores do Município.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 14 de agosto de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO POPULAR – Prefeito de São Paulo que encaminha à Câmara Municipal Projeto de Lei elaborado com vista à desafetação e venda de área pública, mesmo ciente, formalmente, de que se tratava de bem objeto de processo de tombamento, área na qual havia escolas públicas, creche, biblioteca, teatro, APAE e CAPS, além de árvores de preservação permanente, devidamente identificadas, tudo em desconsideração à regra do art. 11, *caput*, do DL nº 25/37, agindo o Prefeito a pretexto de que dependia da venda para a construção de creches em outros pontos da Cidade – Ato político (iniciativa de lei e sanção) que, no dizer da doutrina, reveste-se da natureza de ato administrativo – Ilicitude e lesividade

Acesso ao Sumário

configuradas – Prova abundante da ocorrência de desvio de finalidade, o que implica a desconsideração dos efeitos concretos da lei sancionada, a qual, diante do mau uso da competência do Chefe do Executivo, não pode investir contra a situação jurídica subjetiva dos administrados, titulares de interesses coletivos que não se submetem ao ato viciado – Condenação do réu ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes do ato administrativo (iniciativa e sanção), bem como ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios – Agravo Retido não conhecido, recursos voluntários improvidos e reexame necessário provido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de Ação Popular, ajuizada por Aurélio Fernandez Miguel, então vereador em São Paulo, em face de Gilberto Kassab, ex-prefeito da Capital, na qual pede o autor a sustação liminar dos efeitos da Lei nº 15.397/11 – de iniciativa do então Chefe do Executivo, ora réu – que desafetou área situada entre a Av. Horácio Lafer e as Ruas Salvador Cardoso, Cojuba e Lopes Neto, no bairro do Itaim Bibi, conhecida como "Quarteirão Cultural do Itaim Bibi", argumentando o requerente no sentido de que a tramitação do respectivo Projeto de Lei deu-se de maneira irregular, porquanto, abrigando o local três escolas públicas (EMEI Tide Setubal, Centro Educacional Infantil Santa Tereza de Jesus e EE Prof. Ceciliano José Ennes), além de uma APAE, sem contar biblioteca e teatro, haveria a Câmara Municipal de observar o que dispõe a regra dos artigos 7º, parágrafo único, e 41, XI, ambos da Lei Orgânica do Município, que exige a convocação de duas audiências públicas durante a tramitação de projetos de lei que versem sobre "atenção relativa à Criança e ao Adolescente". Aduz ainda que tramita processo administrativo de tombamento relativo à área em questão, pelo que impossível desafetá-la, revelando-se contrário ao interesse público, ademais, o objetivo de transferi-la à iniciativa privada, não só porque nela há escolas, creche, biblioteca municipal, teatro, Unidade Básica de Saúde, além de uma unidade da APAE e um Centro de Atenção Psicossocial, mas também porque, para construir creches na periferia – propósito que o legislador municipal diz perseguir –, a Municipalidade tem dinheiro em caixa, razão por qual a venda do "Quarteirão Cultural do Itaim Bibi" não atende ao interesse público, mas sim à especulação imobiliária. Em remate, argumenta dizendo que parte do imóvel é de propriedade do Estado de São Paulo, que realizou permuta com a Municipalidade, em 1994, objeto de protocolo de intenções. Pede, por fim, que se reconheça a ilegalidade na tramitação do referido Projeto de Lei, com a

Acesso ao Sumário

condenação dos "agentes públicos" (*sic*) à restituição das despesas decorrentes da tramitação ilícita do Projeto, desde o "preparativo", quantia a ser apurada em liquidação de sentença.

O magistrado determinou a inclusão da Municipalidade de São Paulo no polo passivo, na condição de litisconsorte necessária (fls. 81), admitindo, ainda, o ingresso de Fábio Ramos de Carvalho no polo ativo da ação, como litisconsorte facultativo (fls. 455). Ademais disto, admitiu a "Associação Preserva São Paulo", na condição de *amicus curiae*, à vista da repercussão social da questão discutida nos autos (fls. 1129).

Há agravo retido, interposto pelo Ministério Público, no qual pede a inversão do ônus da prova a fim de que seja atribuído aos réus o ônus de comprovar a existência de interesse público, necessidade e pertinência da desafetação, tanto quanto a falta de recursos orçamentários para a construção de creches em outras regiões da Cidade, a justificar o emprego do dinheiro correspondente à venda dos imóveis localizados no "Quarteirão Cultural" (fls. 1370).

Afastadas as preliminares, foi a ação julgada parcialmente procedente, por entender o magistrado que a tramitação da Lei nº 15.397/11 deu-se de maneira irregular, porquanto realizada em afronta ao que dispõem a Lei Orgânica do Município, no artigo 41, e o Estatuto da Cidade, no artigo 43, os quais preveem a realização de consulta à população – por meio de debates e audiências – no caso de projeto de lei que verse sobre atenção relativa à criança e ao adolescente.

Consignou o magistrado, na oportunidade, que a existência de uma creche e duas escolas, além de uma biblioteca e uma UBS, no "Quarteirão Cultural", interfere diretamente com o interesse de crianças e adolescentes, e também com o direito à saúde e à educação, garantido pela Constituição Federal, prerrogativas que seriam violadas com a desafetação e consequente transferência do imóvel à iniciativa privada. Afastou, entretanto, o pedido de reparação ao erário, por entender não demonstrada a má-fé na tramitação e aprovação da Lei, ao tempo em que condenou os requeridos no pagamento das custas e despesas processuais, fixando os honorários advocatícios no valor de R$ 1.500,00, em relação a cada réu.

Acesso ao Sumário

Em sede de apelação, Gilberto Kassab suscita, preliminarmente, a inadequação da via eleita, tanto quanto a ilegitimidade passiva. Argumenta, ainda, com falta de condição da ação, porquanto inexistente lesão ao erário. No mérito, aduz que a realização de audiência pública não é imperativa, no caso em exame, pois o Projeto de Lei nº 271/11, que resultou na edição da Lei Municipal nº 15.397/11, visava à desafetação de área pública, não dispondo diretamente sobre qualquer assunto relativo à criança ou ao adolescente, ressaltando ainda que, necessária, por hipótese, a realização de audiências, caberia à Câmara Municipal convocá-las, e não ao Prefeito, conforme dispõe o artigo 41 da lei

Orgânica do Município. Alega também que a Municipalidade tem o domínio exclusivo do bem, a despeito da existência de um protocolo de intenções firmado com o Governo do Estado de São Paulo, ao qual não se deu seguimento. Acrescenta que a existência do tombamento, por ora provisório, não afasta a possibilidade de alienação do bem público dominical, previamente desafetado do uso especial, impedindo apenas que o particular adquirente o descaracterize. Por fim, afirma a existência de interesse público na venda do "Quarteirão Cultural", política urbanística inserida no programa de Desmobilização de Ativos da Prefeitura, cujo objetivo é a redução do déficit de vagas na área da educação pré-escolar.

Apela também a Municipalidade, sustentando a legalidade da tramitação do Projeto de Lei, haja vista que a realização de audiência pública é facultativa, pois o regime democrático brasileiro é representativo. Argumenta também com a possibilidade de alienação de bem público tombado ou em processo de tombamento, não se podendo confundir a impossibilidade de descaracterização do bem tombado com a impossibilidade de venda de um bem que, passando à categoria dominical, revela-se inalienável. Por fim, aduz que não cabe ao Judiciário avaliar a existência ou não de interesse público, o que afrontaria o princípio da separação dos poderes.

A *Associação Preserva São Paulo* apresentou contrarrazões, nas quais busca a confirmação da r. sentença.

Há reexame necessário.

O parecer da Douta Procuradoria de Justiça, favorável à manutenção da r. sentença, encontra-se a fls. 1619 a 1621.

É o relatório.

Aplica-se ao presente recurso o regime do Código de Processo Civil de 1973, considerando a data em que foi proferida a r. sentença, consignando-se que, como não houve apelação do Ministério Público, o qual, nestas circunstâncias, deixou de postular a apreciação do Agravo Retido, dele não se conhecerá.

Ausente apelação do autor popular, do litisconsorte necessário e do Ministério Público, que atuava como *custos legis*. De qualquer forma, há reexame necessário, mesmo na hipótese de parcial procedência (STJ, REsp. nº 189.328-sp, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 1.7.2002, p. 219).

Diga-se que a prova da condição de cidadão, necessária à propositura da ação popular, acha-se consubstanciada no documento produzido pela Câmara Municipal, cuja cópia está a fls. 43 a 47, o qual o autor popular assina na condição de vereador da Câmara Municipal de São Paulo. E o pressuposto da elegibilidade é, precisamente, o alistamento eleitoral (artigo 14, § 4º, da Constituição Federal).

Passa-se agora ao exame das questões preliminares.

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 15.397/11, ao transformar bem público de uso especial em dominical, autorizando a venda, diante da desafetação, não se revela norma geral e abstrata, mas sim lei de efeitos individual e concreto, havendo de se considerar, para responder positivamente à indagação acerca da possibilidade de desconstituição de ato legislativo por via de ação judicial, a existência de consequências imediatas da sua atuação, hipótese na qual se estaria diante de "lei" somente no sentido formal, visto que equiparada, do ponto de vista material, a um ato administrativo (Hely Lopes Meirelles, *Ação popular*, atualização feita por Arnoldo Wald, *in* Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 35ª ed, SP, Malheiros, 2.010, p. 186).

E essa é a doutrina majoritária, como se retira da competente resenha feita por Milton Flaks. De fato, isolada se mostra a posição defendida por Alfredo Buzaid, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Bueno Vidigal e Sergio Fadel, segundo a qual somente depois de um ato executório da autoridade, com base na lei questionada, é que se há de falar em controle jurisdicional. Numa posição mais liberal encontram-se Pontes Miranda, Sergio de Andrea Ferreira, Cândido de Oliveira Neto e Reginaldo Nunes, para os quais basta, simplesmente, que a tese da lei venha a representar ameaça ao direito do jurisdicionado para justificar a atuação jurisdicional, o que, para os dois últimos, aplica-se até mesmo ao momento da tramitação legislativa. Numa posição intermediaria estão Castro Neves, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald, Celso Agrícola Barbi, Cretella Júnior, Othon Sidou e Arruda Alvim, segundo os quais só a lei de efeito concreto autoriza a atuação jurisdicional (Milton Flaks, *Mandado de Segurança: pressupostos da impetração*, RJ, Forense, 1980, p. 153 e 154).

É certo que as considerações de Milton Flaks, tanto quanto a dos autores por ele citados, põem-se na esfera do mandado de segurança. Mas elas também valem, por tudo e em tudo, para a ação popular constitucional, pois o sistema de controle dos atos da Administração Pública, que interfere com a tutela dos interesses homogêneos, tem vasos comunicantes (a propósito, ver José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação Civil Pública*, 5ª ed., SP, Atlas, p. 23 e 24).

Acesso ao Sumário

E a questão toca, precisamente, na primeira preliminar suscitada pelo réu, ora apelante, vale dizer, o aspecto relativo à adequação da via eleita, cabendo esclarecer, a propósito, que, enquanto o mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo, diante de lesão ou ameaça de lesão, configurada na prática de ato ilegal ou abuso de autoridade pública de agente que lhe faça as vezes, a ação popular constitucional tem espectro mais amplo, voltado à defesa dos interesses difusos ligados à moralidade, eficiência e probidade administrativa, além da tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da CF).

E a Constituição Federal, traçando o novo perfil da ação popular, não

exige mais que o ato seja ilegal e lesivo, substituindo a aditiva pela alternativa, ilegal, ou lesivo (a propósito, v. Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., SP, Malheiros, 2004, p.419). Com isto, vê-se afastada a segunda preliminar.

O que se busca, na presente ação, outra coisa não é senão o reconhecimento da *lesividade* do Projeto de Lei, a final aprovado e sancionado, que investe contra o patrimônio histórico, cultural e ambiental da Cidade, a par do reconhecimento da *ilegalidade*, diante do desvio de finalidade do ato. E a anulação desses atos lesivos, mesmo na doutrina anterior à formulação da tutela dos interesses difusos e coletivos, faz-se tanto por meio de mandado de segurança como de ação popular (Celso A. Barbi, *Do mandado de segurança*, 4ª ed., RJ, Forense, p. 92).

A propósito da lesividade, há entendimento, na Suprema Corte, no sentido de que o prejuízo autorizador do ajuizamento de ação popular "não está restrito ao prejuízo material aos cofres públicos", podendo advir, por exemplo, "da aprovação de projeto de lei municipal permitindo a edificação de motéis em área residencial, no interesse de um restrito grupo de pessoas" (Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Mendes, ob. cit., p. 178). *Mutatis mutandis*, o que se verifica no presente caso é a aprovação de lei que sacrifica bens públicos cujo valor cultural não pode ser desprezado.

Tanto a posição liberal quanto a intermediária alinham-se no sentido de que a atividade jurisdicional, mesmo nos casos de controle difuso de constitucionalidade, não implica a anulação da lei, buscando apenas subtrair o autor da demanda dos efeitos da lei questionada (Celso A. Barbi, ob. cit., p. 150 e 151), cabendo transcrever, a propósito, a lição de Rui Barbosa, citada por Celso Agrícola Barbi:

> "(...) Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo, ou Executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não como alvo do "libelo." (...) "que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão".

E partindo das considerações de Rui Barbosa, Celso Agrícola Barbi assim esclarece:

> "Sob a influência da lição do grande constitucionalista, haurida do direito norte-americano, fixou-se entre nós o princípio de que a finalidade da demanda nunca poderia ser a anulação da lei inconstitucional, mas sim a proteção de um direito subjetivo. Se o ato lesivo ofendia diretamente a Constituição ou se, mesmo baseado em lei ordinária, esta era constitucional, negava-se, no caso concreto, aplicação à lei ou ao ato. A lei, porém, continuava a vigorar. À luz desses conceitos, surgiu a afirmação, corrente nos livros e nas decisões judiciais, de que não

Acesso ao Sumário

> pode haver ação contra *lei em tese*. Consagrou-se, assim, o sistema de declaração de inconstitucionalidade em exceção, oposto ao dos países em que o objeto da ação é anular a lei e que se denomina sistema de declaração da inconstitucionalidade por via de ação" (Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal do Brasil*, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, *opud* Celso A. Barbi, ob. citada, p. 144).

No mesmo sentido, também citando a lição de Rui Barbosa é a orientação de Castro Nunes, para quem a lei, em boa técnica, não é declarada nula. Anula-se o ato de execução da lei. Anular uma lei é função legislativa. Sentenças não podem anular leis. "O que se dá é o abandono da lei contraventora e a sujeição do caso *sub judice* ao direito legal (Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 8ª ed., RJ, Forense, 1980, p. 286 e 287).

No caso presente, não se trata de reconhecer vício de procedimento, porquanto isto interfere com a declaração da inconstitucionalidade da lei, mas de admitir que a iniciativa do projeto de lei, a despeito de participar do processo legislativo, é ato administrativo, praticado no exercício de competência do Chefe do Executivo, do qual resultaram efeitos concretos capazes de lesar direitos dos jurisdicionados. Enfim, como não se está cogitando de controle jurisdicional de lei em tese, vencida se encontra a posição, que se encontra na doutrina e jurisprudência antigas (Ulderico Pires dos Santos, *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*, 3ª ed., RJ, Forense, 1985, p. 93), no sentido de que tampouco caberia o controle do ato que a sanciona.

Entre os autores mais recentes, cabe citar a lição do saudoso – e grande publicista brasileiro – Celso Ribeiro Bastos, segundo a qual há atos normativos que, a despeito da forma legal, veiculam, na realidade, atos administrativos, vale dizer, uma medida produtora de efeitos concretos, como é o caso da lei que decreta a utilidade pública de um imóvel, revelando-se apto, portanto, a lesar ou ameaçar direitos subjetivos (Celso Bastos, *Do mandado de segurança*, 2ª ed., SP, Saraiva, 1982, p. 41 a 44).

Igualmente, Regis Fernandes de Oliveira, tratando dos atos políticos, leciona dizendo que nada justifica, no Estado de Direito, a distinção entre *atos de governo* em oposição aos *atos administrativos*, de forma que inconcebível se mostra uma atuação extrajurídica ou suprajurídica do Estado, não se havendo de invocar, à guisa de diferenciá-los, a existência de motivos políticos, subjacentes aos atos de governo, pois o mais simples ato administrativo, igualmente, tem conteúdo político. Por tal motivo, segundo Zanobini, citado pelo administrativista, o ato político é, antes de tudo, ato administrativo, sujeito ao controle de legalidade, naquilo que o ato administrativo a este também se submete (Regis Fernandes de Oliveira, *Ato Administrativo*, 5ª ed., SP, RT, 2007, p. 36 a 41).

Acesso ao Sumário

Feitas tais considerações, é forçoso reconhecer, afastando a terceira

preliminar, que o ex-Prefeito da Capital, que encaminhou o Projeto de Lei nº 271/11 à Câmara Municipal, sancionando-o, ao final, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação popular constitucional; e isto sob duplo fundamento, pois teria agido com manifesto desvio de finalidade e, por fim, porque aprovou, vale dizer, confirmou, por meio de sanção, a lei votada, a toque de caixa, pelo Legislativo, diploma normativo que se revelou não só lesivo ao patrimônio histórico, cultural e ambiental da Cidade, como também contrário às disposições dos artigos 7º, parágrafo único, e 41, XI, da Lei Orgânica do Município. É o que se passará a expor.

A Municipalidade de São Paulo, que tem domínio exclusivo sobre o bem em questão pois – o protocolo de intenções, firmado com o Governo do Estado de São Paulo, em 1990 (fls. 153 a 157), não foi levado a termo, como se vê do documento a fls. 150 a 152, produzido em 1996, do qual se retira que a propriedade continua sendo integralmente do Município, que cedeu ao Estado apenas o uso, a título precário –, por vontade do então Prefeito, deliberou desafetar a área correspondente ao chamado "Quarteirão Cultural do Itam-Bibi", passando-a da condição de bem de uso especial para a categoria de bem dominical.

É certo que os bens públicos de uso especial (na hipótese concreta, há equipamentos públicos instalados em parte do imóvel que constitui o chamado "Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi", desenvolvendo-se, na parte restante, atividades comunitárias) são inalienáveis apenas enquanto conservarem essa qualificação (art. 100 do Código Civil), de forma que, desafetados à destinação pública, a lei poderá também autorizar a venda.

Mas razoável se mostra interpretação – que, de resto, já fizemos ao apreciar o primeiro agravo interposto pela Municipalidade – no sentido de que, a despeito da possibilidade de desafetação da destinação originária, os bens de uso especial, diante da sua natureza, são, pelo menos a princípio, inalienáveis. Em outras palavras, é da *essência* do conceito a inalienabilidade, não importando aqui, quando se trata do aspecto ontológico ("natureza das coisas", para repetir os termos do artigo 11 do Decreto-lei nº 25/37), aquilo que é contingente, singular (possibilidade de desafetação).

Cumpre dizer que nem sempre foi assim. A classificação que já se encontrava na regra do artigo 66 do Código Civil de 1916, remonta ao Direito Romano, no qual os bens públicos dividiam-se em *res communes* e *res publico usui destinatae*, o equivalente, na classificação do Código Civil Brasileiro, desde 1916, a bens de uso comum do povo; *res universitatum*, o equivalente, no nosso Direito, aos bens de uso especial; *res in pecúnia populi*, que seriam, atualmente, os bens dominicais, vale dizer, os que, por compor o patrimônio público, podem ser alienados. Para a maior parte da doutrina, a regra é a inalienabilidade dos bens públicos, que pode ser revogada, por lei especial, desde que tenham perdido a

Acesso ao Sumário

utilidade ou necessidade pública (desafetação). Há quem pense de outra forma. JM de Carvalho Santos sustenta que "verdadeira inalienabilidade não existe senão quando esta é inerente à própria coisa, vale dizer, a inalienabilidade do domínio público se liga ao fato de ser a coisa destinada ao uso público". Para ele, contudo, "a dominialidade não depende da natureza da coisa, e sim da atribuição da lei; não é uma destinação necessária, mas uma atitude artificial (Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, 7ª ed., RJ, Freitas Bastos, 1958, p. 143).

Todavia, a legislação especial dá um tratamento particular à questão. De fato, o Decreto-Lei nº 25, de 30/11/37 – que tem força de lei, expressão da vertente nacionalista do Governo Vargas –, diz que qualquer coisa tombada, quer pertença à União, aos Estados ou ao Município, é, "por natureza", inalienável, só podendo ser transferida entre as pessoas jurídicas de direito público interno (art. 11, *caput*).

Veja-se que, embora, para Carvalho Santos, não se possa cogitar de uma inalienabilidade *in rem ipsa*, como característica que não se destaca da coisa, por ser inerente a ela própria, fato é que ele mesmo admite que, dispondo a lei no sentido de que o bem não pode ser alienado, assim será por vontade do legislador, que trata de "atitude artificial".

No caso presente, sobreleva observar que não só o legislador dispôs no sentido de que as coisas tombadas, independentemente de sua categoria (bens de uso comum do povo; bens de uso especial; bens dominicais) são inalienáveis, como também frisou que assim o são "por natureza", donde resulta o caráter essencial da inalienabilidade, tal qual se acentuou no julgamento do AI nº 0214757-35.2011.8.26.000, pouco importando o que é contingente, vale dizer, a possibilidade de desafetação, de destinação de uma classe a outra de bens públicos.

E foi precisamente desse prisma que o julgamento de primeira instância interpretou a regra do artigo 11 do Decreto-Lei Federal nº 25, de 30/11/37, havendo de se acrescentar que o tombamento provisório, de fato, tem efeitos que se equiparam àqueles decorrentes do tombamento definitivo, como se retira da conjugação da regra dos artigos 10 e 17, havendo de se compreender que, quando o Decreto-Lei diz que "as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas", sem estabelecer distinção entre tombamento provisório ou definitivo, está se referindo a ambos, mesmo porque, quando o diploma legal quis ser específico, ele o fez, tal como se vê na regra do artigo 13.

E não se revela remota a possibilidade de que, para contornar a limitação administrativa advinda do tombamento, a alguém pudesse interessar a alienação do bem público, invocando, precisamente, a norma do artigo 100 e 101, ambos do Código Civil (que, por ser lei geral, objetamos nós, não se sobrepõe, contudo,

Acesso ao Sumário

à regulação do DL 25/37, lei especial, valendo citar, a propósito, o princípio da velha jurisprudência romana segundo o qual *lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Com isto, facultar-se-ia ao administrado a fruição de um direito de que, em outras circunstâncias, tratando-se de imóvel pertencente a particular, ele não desfrutaria, pois ao tempo, vigia a restrição imposta pelo artigo 22 do Decreto-Lei nº 25/37, consistente no direito de preferência das pessoas de direito público na aquisição de bens particulares tombados, regra esta que somente foi revogada pela Lei Federal nº 13.105/15.

Tudo isso já se apontou ao tempo do julgamento do AI nº 0214757-35.2011.8.26.0000, a sugerir a existência de desvio de finalidade do ato administrativo (iniciativa do Projeto de Lei), mormente quando se observa que, já realizado o tombamento provisório, com notificação das autoridades competentes (art. 10 do DF nº 25/37), mais particularmente, do então Prefeito, ora réu, o que se deu em 23/5/11 (fls. 38), tratou o Chefe do Executivo de encaminhar à Câmara Municipal de São Paulo a iniciativa do Projeto de Lei (que recebeu o nº 271/11), o qual dispunha sobre a desafetação de toda a área municipal conhecida como "Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi" e, ao mesmo tempo, autorizava a alienação do bem mediante concorrência (fls. 22). E o fez mesmo sabedor de que o tombamento provisório, por si só, já implicava a impossibilidade de alteração do bem (arts. 14, 134, § 1º, e 142, par. único, todos do D.E. nº 13.426 e art. 17 do DF nº 25/37).

Não satisfeito, inteirando-se da repercussão do ato administrativo na imprensa, nas mídias e na própria comunidade, que se mobilizou em torno da preservação do patrimônio público (fls. 704; 709 a 713; 718; 965 a 984; 985 a 993; 998 a 1017; 1087 a 1127), cuja expressão histórica, cultural e ambiental foi objeto de alentados estudos (fls. 594 a 603; 776 a 962), o ex-Prefeito, ora réu, solicitou à Câmara Municipal que a tramitação do Projeto de Lei nº 271/11 se desse em regime de urgência, "considerada a importância da matéria nele contida", incumbindo a *JHSF Incorporações S/A* de elaborar o projeto básico de que trata o artigo 6º, IX, da Lei Federal nº 8.666/93, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/95 e o artigo 1º do Decreto Municipal nº 51.397/10, tudo a toque de caixa. Diga-se que nem mesmo a instauração de inquérito civil, que se deu em janeiro de 2011 (fls. 1049 a 1050), demoveu o ex-Prefeito, ora réu, do propósito de alienar o "Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi", avaliado em 230 milhões, na época dos fatos (fls. 345) .

E a prova indiciária de que havia muitos interesses particulares envolvidos na proposta de lei e na sua rápida tramitação é exuberante, havendo de se frisar – o que é muitas vezes alvo de polêmicas estéreis, sobretudo na exploração midiática que se faz de matérias relacionadas ao Direito, alvo do comentário de neófitos – que indícios são prova (art. 239 do CPP), não impressionando o fato de se invocar aqui regra contida na lei adjetiva penal, porque a norma tem como

Acesso ao Sumário

fonte a teoria geral da prova, como se retira de autores clássicos como Carlos Martinez Silva (*Tratado de las pruebas judiciales*), Leo Rosemberg (*La carga de la prueba*), Micheli (*La carga de la prueba*), Eduardo Bonnier (*Tratado de las pruebas em Derecho Civil*) e, por último, Francesco Carnelutti (*La prueba civil*).

A falar em favor da existência de farta prova indiciária está o inegável interesse da *JHFS Incorporações* na área conhecida como "Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi", contratada que fora para elaborar o projeto básico (fls. 697 a 700), Construtora que já ergueu um imponente prédio, denominado *Vitra*, precisamente ao lado (fls. 569 a 573), circulando pela imprensa a notícia de que o próprio Secretário de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, diretamente envolvido no projeto urbanístico objeto da iniciativa do Prefeito (de que resultou a LM nº 15.397/11) comprara imóveis da supramencionada Incorporadora e Construtora, empresa em que trabalha a filha (fls. 359).

Há também rumores envolvendo espúrias relações entre os vereadores da Câmara Municipal, que trataram de discutir e votar o Projeto de Lei nº 271/11 em regime de urgência, com o segmento do mercado imobiliário (fls. 1418 a 1427 e 1433 a 1441).

E não impressionou a nenhum deles, Prefeito, Secretário, Vereadores, o fato de existir, no local, dezenas de espécies arbóreas, devidamente identificadas e catalogadas pelo Instituto de Biociências da USP (fls. 594 a 603 e 644 a 647), a praticamente inviabilizar o projeto imobiliário resultante da alienação do "Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi", pois o remanejamento das árvores, praticamente centenárias, como indicam as máximas da experiência, é impossível, revelando-se ilícito o corte. Aliás, nem projeto de impacto de remanejamento havia, preocupando-se o então Prefeito, é claro, com a quantia que resultaria da venda do bem público.

A participação do Secretário e dos Vereadores na negociação que se pretendia levar a termo, por si só, não é indicativo de litisconsórcio necessário. Tudo sinaliza no sentido de que também poderiam responder pelos fatos descritos na inicial – diante, sobretudo, da sobeja prova que foi se acumulando nos autos –, mas a falta da integração do polo passivo não implica dizer que vedada seria a condenação do ex-Prefeito. Afinal, o réu sancionou, vale dizer, confirmou o mal feito.

Postas as coisas nestes termos, impõe-se a análise de questões que interferem com o argumento da Municipalidade, a deixar muito claro o desvio de finalidade na iniciativa do Projeto de Lei. Segundo notícia da imprensa, não infirmada pelo réu, a Prefeitura tinha em caixa, no mês de julho de 2011, 10,07 bilhões, que representavam 28,28% do orçamento a ser executado em 2011 (993, 990 e 991). Mais que isto, não se revelaria remota a possibilidade de o

Acesso ao Sumário

comprador do imóvel pagar o respectivo preço mediante precatório (adquirido, através de cessão de direitos, por valor muito inferior ao de rosto, como é usual). Enfim, o adquirente do imóvel ganharia duas vezes: primeiramente, diante da oportunidade de comprar uma área, extremamente valorizada, que, se pertencente a particular, teria de ser oferecida, em igualdade de condições, ao poder público e, em segundo lugar, por pagar o preço com poucos recursos (em termos relativos).

Não bastasse, vale mencionar o alerta do Desembargador Venicio Salles, então Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios, no sentido de que, à vista do passivo da Municipalidade, decorrente de precatórios, e ausente a comprovação de efetivas condições de liquidá-lo no prazo da moratória concedia pela Emenda Constitucional nº 62, de 11/11/09, temerária revelar-se-ia a alienação do Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi, haja vista que os credores judiciais teriam preferência constitucional na aquisição conforme a regra do artigo 97, § 1º, I, do ADCT (fls. 702 e 703).

Enfim, não se trata de imiscuir-se na análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo. Admitindo-se que a contrapartida envolvida na licitação fosse mesmo vantajosa do ponto de vista social e financeiro (como tenta fazer crer a Secretaria de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, a fls. 1055 a 1058), mesmo assim, nada justificaria a desconsideração do impacto de remanejamento de dezenas de árvores centenárias, a desativação de uma tradicional biblioteca, de uma escola de educação infantil, de uma escola de ensino fundamental, creche, UBS, APAE, de um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e, ainda, a ameaça de violação da norma do art. 97, § 1º, I, do ADCT, à consideração de que a alienação da área, com o seu consequente desmonte, seria imprescindível à construção de creches em regiões mesmo privilegiadas da Cidade, com baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), como se argumenta a fls. 1055 a 1056, pois todas as premissas enunciadas são absolutamente falsas.

Primeiramente, dependesse, realmente, a construção de creches nos arrabaldes da desativação daqueles serviços, desenvolvidos na área de propriedade do Município, ainda se poderia considerar a argumentação do Chefe do Executivo. Fato é que uma coisa nada tem a ver com a outra. A Municipalidade tinha recursos de sobra para investir inclusive em outros projetos (fls. 358, 989, 990, 1142, 1431 e 1432), de sorte que não dependia da alienação de valioso quarteirão, situado numa das regiões mais nobres do País (alvo de intensa especulação imobiliária, como bem sabia o réu, formado em Engenharia Civil e em Economia, ex-corretor de imóveis em São Paulo) para atender a demandas por creches que poderia ser suprida até mesmo por meio de convênio (fls. 344).

O que se vê, na ação política do então Chefe do Executivo, é o exercício da retórica no pior sentido, que parte de argumentos especiosos, na base de

Acesso ao Sumário

dicotomias maniqueístas (pobres *versus* ricos; periferia *versus* centro; miséria *versus* opulência; carestia *versus* abundância), para justificar um projeto de poder que não guarda a mais remota relação com o interesse público, maniqueísmo próprio da semântica empobrecida de alguns dos atuais partidos que se rotulam "de esquerda", da qual se apropriam as agremiações de centro e de direita, quando lhes convém.

Isto denuncia uma estratégia de esvaziamento das proposições éticas em nome da própria ética, expediente retórico do qual já nos falava Max Horkheimer, em *Eclipse da razão*. A crítica volta-se contra um "heroico individualismo metafísico" com que os agentes do poder buscam neutralizar os estragos produzidos pela razão instrumental, falando sempre em nome de interesses superiores, da solidariedade, do bem comum, e outras arengas mais, quando o que importa é o dinheiro, a realização de projetos próprios e de objetivos muitas vezes inconfessáveis.

Aliás, não é a primeira vez que o patrimônio público paulistano desperta a cobiça do mercado imobiliário. No final da gestão da então Prefeita Marta Suplicy, Estado e Município compuseram-se para a permuta de uma área de 10 mil metros quadrados (onde se encontra instalada a EE Martin Francisco, em região nobre da Cidade de São Paulo) com um terreno quarenta vezes maior, situado na periferia, de propriedade de certa incorporadora, a pretexto de que lá, nos arrabaldes, seria desenvolvido um projeto habitacional para a população de baixa renda. O fato, objeto de processo que tramita na 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ocorreu no apagar das luzes de 2004, nos últimos dias do mês de dezembro, quando se findava a administração da Prefeita. A escritura pública, como consta dos respectivos autos, mais precisamente do depoimento de uma Procuradora do Município, foi lavrada na casa da então Chefe do Executivo, no dia 29 de dezembro, durante a noite. Na gestão seguinte, coube ao Secretário dos Negócios Jurídicos, Luiz Antonio Marrey, revogar o ato administrativo, prosseguindo o feito, entretanto, diante da imputação relativa à prática de improbidade administrativa.

Acesso ao Sumário

Enfim, quando o assunto é dinheiro, todos passam a falar a mesma linguagem, direita e esquerda, conservadores e liberais, progressistas e reacionários. O que os une nem sempre é o propalado interesse público, mas um certo pragmatismo, como se vê agora, em tempos de "Lava-Jato". E, caracterizado o desvio de finalidade do ato administrativo – na base de exuberante prova indiciária, existente nos presentes autos –, não há como fechar os olhos para a evidência, tampouco deixar de reconhecer a ausência do pressuposto de validade teleológico do ato administrativo, vale dizer, do objetivo inerente à categoria do ato, na autorizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., SP, Malheiros, 2007, p. 381, 393 e 394).

A ser assim, se a causa enunciada na edição do ato (motivação) – no

caso em exame, a imprescindibilidade da venda para a realização de recursos necessários ao oferecimento de creches à população carente – não corresponde ao que se passa no mundo fenomênico (motivo), o ato administrativo vê-se irremediavelmente tisnado por vício de origem, pois o agente, fazendo mau uso da sua competência, invoca razão de fato inexistente para a prática do ato, motivo determinante que, em verdade, inexiste.

A situação jurídica acima mencionada equivale a desvio de poder, que implica a nulidade do ato administrativo, pois, ao invocar causa inexistente, dando ao ato uma roupagem que o legitimaria, atua o agente com manifesto desvio de finalidade, finalidade esta que é pressuposto teleológico ao ato, vinculado, sempre e sempre, ao interesse público.

Enfim, os efeitos da sanção ao Projeto de Lei nº 271/11 não podem atuar de molde a investir contra a situação jurídica em que estão investidos os paulistanos, titulares de interesses coletivos flagrantemente violados pelo desvio de finalidade do ato político, que outra coisa não é – na dicção da doutrina – senão um ato administrativo, viciado desde a origem, no caso.

Desse ponto de vista, desnecessário argumentar com o vício na tramitação do Projeto de Lei (ausência da participação popular prevista na regra do artigo 180, II, da Constituição Estadual, que obriga o Município, por força da norma dos artigos 29, *caput*, e XII, da Constituição Federal; desconsideração da regra dos arts. 2º, II, XIII, 4º, III, f, e § 3º, 27, § 2º, 33, VII, 4º, § 4º, 42, III, 43 a 45, 52, VI, todos da Lei Federal nº 10.257/01, disposições estas que atendem à norma do artigo 1º da Constituição Federal; violação da disposição dos artigos 7º, parágrafo único e 41, XI, ambos da Lei Orgânica do Município e da norma do artigo 2º, VIII, 3º, I, ambos da Lei Federal nº 9.784/99, dentre outras previsões normativas pertinentes, invocadas pelo autor, pelo *amicus curae*, pelo litisconsorte e pela Douta Procuradoria de Justiça).

De fato, a gênese da invalidação do ato reside no motivo de sua edição, no mau uso da competência do Prefeito, na contaminação do ato por interesses manifestamente alheios à finalidade pública, tudo como demonstrado até aqui.

Está comprovado nos autos que a edição do ato administrativo implicou despesa ao erário. Há notícia de que os gastos com a realização do projeto básico serão suportados, a final, pelo vencedor da futura licitação. Diz a JHSF, a sua vez, que nada despendeu a Municipalidade (fls. 697 a 700).

Todavia, as coisas não se passam exatamente assim, cabendo salientar que, nos termos no artigo 21 da LF 8987/95, caberá àquele que for contratado, por força da licitação, o *ressarcimento* dos gastos decorrentes do projeto básico, expressão que pressupõe pagamento prévio por parte do contratante do serviço. É certo que, segundo o Decreto Federal nº 5.977/06, poderá o interessado na realização do projeto apresentá-lo por liberalidade, sem qualquer custo para

Acesso ao Sumário

o poder público. Isto depende, contudo, de autorização, fato que não está devidamente comprovado nos autos. Enfim, tratar-se-á, oportunamente, de fazer liquidação na forma do procedimento comum (art. 509, II, do CPC), antiga "liquidação por artigos".

Ademais, a Procuradoria Geral do Município assumiu a defesa do réu, que outorgou procuração a Procuradores do Município, a fls. 137, o que foi alvo de acendradas críticas do Ministério Público (fls. 566). De fato, não se confundem *advocacia pública* e *advocacia exercida em favor do agente público*. Findo o mandato, o ex-Prefeito tratou de outorgar procuração a um escritório de advocacia, renunciando à outorga os Procuradores do Município que atuavam na defesa do réu (fls. 1135). O fato haverá de ser levado na devida conta, haja vista que se insere no espectro "das despesas decorrentes de tramitação ilícita do projeto", circunscrevendo-se, portanto, nos limites do pedido. Sob outro ângulo, há de se observar a norma do artigo 462 do *CPC de 73* (ao qual corresponde o atual art. 493), sendo desnecessário invocar, no caso, a regra do artigo 322, § 2º, do Código de Processo Civil, fruto da orientação, que já se formara no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que certos pleitos, ainda que não expressos na inicial, hão de ser considerados no momento da decisão, porque decorrem ou são pressuposto do pedido. Trata-se, neste particular, de proceder à liquidação por arbitramento, na forma do artigo 509, I, do Código de Processo Civil, levando em conta a natureza e a complexidade da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para a consecução.

Ademais disto, os estudos desenvolvidos na elaboração do Projeto de Lei, que envolveram a Secretaria de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, a Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, a Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos e, particularmente, no âmbito dela, a Procuradoria Geral do Município, implicaram gastos (inclusive no concernente aos honorários advocatícios, que haveriam de ser pagos se o réu tivesse de contratar um advogado para sua defesa em juízo).

Trata-se de levar em conta o valor dos vencimentos de cada servidor (dos diversos segmentos da Administração Pública Municipal) envolvido nos trabalhos de elaboração e materialização do Projeto de Lei nº 271/11, dividindo-o pelo número de horas de efetivo trabalho do servidor no mês, resultado este que haverá de ser multiplicado pelo número de horas empregadas no trabalho de elaboração e/ou materialização do Projeto de Lei. A liquidação far-se-á na forma do artigo 509, II, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Enfim, é certo que a r. sentença se limitou a reconhecer vício formal na edição da Lei Municipal nº 15.397/11, ao que declarou a nulidade dela. Todavia, por força do reexame necessário, cuida-se de acolher também o pedido de "restituição aos cofres públicos municipais das despesas decorrentes da tramitação ilícita do projeto", que haverá de ser feita por Gilberto Kassab, na

forma acima exposta, condenando-se o réu à devolução dos valores despendidos na realização dos trabalhos desenvolvidos com vista à elaboração do Projeto de Lei nº 271/11, e em decorrência dele, a serem apurados em liquidação (art. 509, I e II, do CPC), incidentes correção monetária desde o fato, na base da Tabela Prática, e juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC) desde a citação (art. 405 do CC), não incidindo, nestes termos, a vedação prevista na Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.

Arcará o réu com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, cujo percentual será oportunamente fixado, à vista da regra do artigo 85, § 3º, II do Código de Processo Civil.

Isto posto, deixo de conhecer do agravo retido, negando provimento aos recursos voluntários e dando provimento ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1016225-60.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados PLINIO DINIZ BERNARDINI, MARIANA DINIZ BERNARDINI e BRUNO DINIZ BERNARDINI.

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 15.655)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 8 de agosto de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: MANDA DO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ITCMD. BENS DO EXTERIOR A SEREM TRANSMITIDOS VIA HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Acesso ao Sumário

1. Inconstitucionalidade do artigo 4º, inciso II, alínea "b", da Lei Estadual nº 10705/00, declarada por este Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000.

2. Questão pendente de apreciação perante o Supremo Tribunal Federal que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria que é objeto do Recurso Extraordinário de nº 851.108/SP interposto pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

3. Enquanto não pacificada a matéria acerca da exigibilidade do ITCMD com base em lei estadual nas hipóteses previstas no artigo 155, §1º, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Constituição Federal, e na ausência de Lei Complementar Federal que regulamenta a matéria, não há falar em exigibilidade do tributo com base na Lei Estadual nº 10.705/2000.

Recurso voluntário e reexame necessário não providos.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Plinio Diniz Bernardini, Maria na Diniz Bernardini Sartori e Bruno Diniz Bernardini contra ato de Coordenador De Administração Tributária Em São Paulo e Chefe Do Posto Fiscal Da Capital Em Sp - Sé/Tatuapé PFC 11. Alegam, em síntese, a ilegalidade da notificação fiscal nº 2108/16, ante a desnecessidade de ser apresentada declaração de inventário retificadora derivada da ausência de lei complementar que regulamente a implementação de ITCMD sobre bens objeto de sucessão que se encontram no exterior, nos termos do art.155, §1º, III c.c. 21 da CF, de modo que inconstitucional a Lei Estadual nº 10.705/00 no que tange à tributação de tais bens, por invadir competência da União.

A r. sentença de fls. 480/482, concedeu a segurança, para reconhecer a não incidência de ITCMD sobre os bens os bens objeto de sucessão que se encontram no exterior indicados na Notificação Fiscal nº 2108/16. Sem verba honorária, por força de lei.

Apelou a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a inversão do resultado (fls. 488/498). O recurso foi recebido e respondido (fls. 504/538). Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

Fundamento e voto.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

Nos termos do artigo 155, §1.º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, exige-se edição de lei complementar para regular a competência dos Estados na tributação do ITCMD incidente sobre doação proveniente de pessoa residente no exterior:

"Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou diretos;

(...)

§1º O imposto previsto no inciso I:

(...)

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) Se o doador tiver domicílio ou residência no exterior".

Por sua vez, a Lei Estadual nº 10.705 de 28 de dezembro de 2000, que "Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quais quer Bens ou Direitos ITCMD", estabelece que:

"Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;

II - por doação.

(...)

Artigo 4º - O imposto é devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o "de cujus" possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:

I - sendo corpóreo o bem transmitido:

a) quando se encontrar no território do Estado;

b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II - sendo incorpóreo o bem transmitido:

a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;

b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado."

O Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24. 2011.8.26.0000, declarou a inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no exterior, bem como de doador ou de *de cujus* domiciliados ou residentes fora do país ou no caso de inventário processado no exterior, com base na Lei Ordinária Estadual

Acesso ao Sumário

nº 10/705/2000:

"O Constituinte atribuiu ao Congresso Nacional a instituição, mediante Lei Complementar nacional, do imposto sobre transmissão causa mortis de bens localizados no exterior. Desse modo, inexistindo no ordenamento jurídico norma nacional a regular a matéria, não pode a legislação paulista, sem as balizas de Lei Complementar, exigir mencionado tributo. Os Estados não dispõem de competência tributária para suprir ausência de Lei Complementar exigida pela Magna Carta.

A alínea b do inciso III do § 1º do art. 155 da Constituição Federal é exceção às hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo parágrafo. A exceção clarifica a regra. Prescinde de Lei Complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis - e respectivos direitos -, móveis, títulos e créditos de empresas situadas em Estado da Federação. Já as alíneas a e b do inciso III especificam a necessidade de regulação por Lei Complementar para as hipóteses de transmissão de bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos localizados no exterior, bem como de doador ou de de cujus domiciliados ou residentes fora do país ou no caso de inventário processado no exterior.

Com efeito, o que a torna excepcional é a extraterritorialidade do bem, da residência/domicílio do doador/de cujos ou do lugar aonde se processou o inventário."

Esta Colenda Câmara, em casos análogos, assim tem se pronunciado:

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HERANÇA PROCESSADA FORA DO PAÍS. Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea b, da Lei Estadual nº 10.705/00 declarada por este Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000. Hipótese em que a Constituição Federal condicionou a instituição da exação a lei complementar que ainda não foi editada - Inteligência do art. 155, § 1º, III, b, da Constituição Federal. Sentença mantida. Recurso não provido."

(Apelação nº 1012370-92.2014.8.26.0037 – Rel. Des. Ronaldo Andrade)

"Apelação cível - Mandado de segurança preventivo - ITCMD - Alegação de invalidade da Lei Estadual 10.705/00 que instituiu o imposto - Cabimento - Hipótese em que a Constituição Federal condicionou a instituição da exação a lei complementar que ainda não foi editada - Inteligência do art. 155, § 1º, III, "b", da Constituição Federal - Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea "b", da Lei Estadual 10.705/00 declarada por este Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000 - Inadmissibilidade de cobrança - Sentença reformada - Recurso provido."

(Apelação nº: 0054784-45.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Marrey Uint)

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ITCMD – Transmissão sucessória de bens localizados no exterior – Inexistência de hipótese de incidência do ITCMD – Exação que depende da edição

Acesso ao Sumário

de lei complementar federal, ainda não editada, conforme decidido pelo Órgão Especial em incidente de inconstitucionalidade – Aplicação do art. 155, § 1º, inc. III, alínea "b", da CF – Sentença concessiva da ordem mantida – Reexame necessário e apelo improvidos.

(Apelação: 1008537-81.2015.8.26.0053 – Rel. Des. Maurício Fiorito)

Por fim, ressalte-se que a questão está pendente de apreciação perante o Supremo Tribunal Federal que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria que é objeto do Recurso Extraordinário de nº 851.108/SP interposto pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ITCMD. BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR. ARTIGO 155, § 1°, III, LETRAS A E B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR. NORMAS GERAIS. COMPETÊNCIA PARA INSTITUIÇÃO.

É de se definir, nas hipóteses previstas no art. 155, § 1°, III, letras a e b, da Constituição, se, ante a omissão do legislador nacional em estabelecer as normais gerais pertinentes à competência para instituir imposto sobre transmissão causa mortis ou doação de quais bens ou direitos (ITCMD), os Estados-membros podem fazer uso de sua competência legislativa plena com fulcro no art. 24, § 3°, da Constituição e no art. 34, § 3°, do ADCT. (...)"

Portanto, enquanto não pacificada a matéria acerca da exigibilidade do ITCMD com base em lei estadual nas hipóteses previstas no artigo 155, § 1º, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Constituição Federal, e na ausência de Lei Complementar Federal que regulamente a matéria, não há falar em exigibilidade do tributo com base na Lei Estadual nº 10.705/2000.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1031767-21.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados WALTER VIEIRA DE CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA), ALTAMIRA GOMES DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), ANA LUCIA MENDES DIAS SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), ANTONIO VALDINAR DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), DIRCE FERREIRA DO CARMO (JUSTIÇA GRATUITA), EDNA MONTEIRO DE LIMA CÉSAR (JUSTIÇA GRATUITA), EFIGENIA QUIRINO DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA), ELISABETH REBOUÇAS FERREIRA, ENOCH PEREIRA DE

MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), FELIPPE AVILA ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), JORGE PEREIRA MACHADO, JOSÉ ANTONIO ADEMILIO GURGEL DO AMARAL, LEONILDA MOTA CARRINHO (JUSTIÇA GRATUITA), LOURDES DAMACENO LOPES DAS CANDEIAS (JUSTIÇA GRATUITA), MAGDA MURR (JUSTIÇA GRATUITA), MAIZA HELENA NEVES DA SILVA, MARCIA MARINA DE MELLO, MARILEIDE ROCHA DOS SANTOS SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), MARLENE SANDRA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), MESSIAS NASCIMENTO CRAVEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), NOEME DE AZEVEDO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), PAULO EDUARDO FERRAZ, PEDRO EISENHUT (JUSTIÇA GRATUITA), RITA DE CÁSSIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), ROSANA AZULAI DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), ROSANGELA MARTINS POVOLERI, SANDRA CRISTINA CAETANO DE CAMARGO (JUSTIÇA GRATUITA), SANDRA HELENA ALVES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), VANUSA DO NASCIMENTO LEMOS (JUSTIÇA GRATUITA) e VERA LUCIA SANTOS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.360)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 3 de setembro de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AGENTES DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO POR PLANTÃO. INCORPORAÇÃO NO 13º SALÁRIO E FÉRIAS. POSSIBILIDADE. Autores que não pretendem a incorporação da vantagem percebida a título de plantão, e sim o recálculo dos valores recebidos a título de 13º Salário e férias acrescidas de 1/3 (um terço), constitucionalmente previstos, a fim de que sobre eles incida referida gratificação. Vantagens constitucionalmente previstas. Critério da hierarquia das normas. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Sentença mantida neste ponto. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - LEI n.º 11.960/09 – A inconstitucionalidade por arrastamento do artigo

Acesso ao Sumário

1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava vinculado no art. 100, § 12 da CF, incluído pela EC 62/09 Na parte que se refere a juros e correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório não houve pronunciamento expresso da Suprema Corte quanto à sua constitucionalidade Lei nº 11.960/09 que continua em vigor, nesta parte. Sentença reformada neste ponto. Fixação dos honorários recursais.

RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença[1] que julgou procedente a demanda e determinou a inclusão dos valores recebidos a título de plantão na base de cálculo do 13º salário, férias acrescidas de 1/3 constitucional e condenou a ré ao pagamento das verbas devidas com a incidência de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP para débitos judiciais e juros moratórios, contados da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9494/97, respeitado o prazo prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação e apostilando-se para todos os efeitos. Condenou a ré ainda ao pagamento das custas e honorários de advogado no valor mínimo dos incisos do § 3º do art. 85 do CPC.

Apela a parte ré[2], pugnando pela reforma do julgado, alegando, em síntese, que a lei complementar nº 1157/2001, de 02 de dezembro, instituiu plano de cargos, vencimentos e salários e regulamentou os plantões de enfermeiro, agente técnico de assistência à saúde, técnico de enfermagem e de auxiliar de enfermagem, revogando a Lei 987/2006. Aduz que o art. 46 deixa claro que o plantão é um plus, um serviço prestado além da jornada de trabalho, de forma voluntária, sendo que o servidor pode realizar no máximo 10 plantões por mês e que são pagos de acordo com o número de plantões cumpridos além dos vencimentos. Alega que o plantão possui caráter extraordinário e que lei, no art. 51, instituiu que o valor pago pelo plantão não será incorporado aos vencimentos ou salários para quaisquer efeitos legais. Em suma, aduz que os pedidos são improcedentes já que as leis complementares 1.157/2011 e 1.176/2012 expressamente determinaram a não inclusão do plantão no cálculo do 13º, férias, aposentadoria e quaisquer outras vantagens. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei 11.960/09.

Acesso ao Sumário

1 Fls. 1273/1279, da lavra do Juiz Fausto José Martins Seabra, cujo relatório se adota.

2 Fls. 1281/1291.

As contrarrazões[3] foram entregues.

É o relatório.

Os autores, servidores públicos estaduais do quadro da Secretaria da Saúde, ajuizaram ação para que o cálculo da Gratificação a título de Plantão incida no cálculo do 13º salário e férias acrescidas de 1/3 constitucional.

A vantagem denominada "gratificação a título de plantão" foi instituída pelas Leis Complementares Estaduais nº 839/1997 (médicos e dentistas) e 987/2006 (enfermeiro, fisioterapeuta, farmacêutico e auxiliar de enfermagem), que previram a impossibilidade de sua incorporação aos vencimentos ou salários e a incidência de vantagens de qualquer natureza sobre elas (arts. 9º e 7º, respectivamente):

> Artigo 9º. - As importâncias pagas a título de Plantão e de Plantão à Distância não se incorporarão aos vencimentos ou salários para nenhum efeito, não incidindo sobre elas vantagens de qualquer natureza.
>
> Artigo 7º - A importância paga a título de Plantão não se incorporará aos vencimentos ou salários para nenhum efeito, não incidindo sobre vantagens de qualquer natureza.

As Leis Complementares nº 1.157/2011 e 1.176/2012 introduziram alterações no regime de plantão, mantendo a vedação à incorporação da vantagem pecuniária para todos os fins (arts. 51 e 9º, respectivamente):

> Artigo 51 - A importância paga a título de Plantão não será incorporada aos vencimentos ou salários para quaisquer efeitos legais, não incidindo sobre ela vantagens de qualquer natureza.
>
> Artigo 9º - As importâncias pagas a título de Plantão e de Plantão em Estado de Disponibilidade não se incorporarão aos vencimentos ou salários para nenhum efeito, não incidindo sobre elas vantagens de qualquer natureza.

Ora, no caso em tela, os autores não pretendem a incorporação da vantagem percebida a título de plantão, e sim o recálculo dos valores recebidos a título de 13º Salário e férias acrescidas de 1/3 (um terço), constitucionalmente previsto, a fim de que sobre eles incida referida gratificação.

Ademais, com base no critério da hierarquia das normas, a norma estadual somente se aplica a outras vantagens, e não ao décimo terceiro salário e terço constitucional, os quais são previstos constitucionalmente.

Dessa forma, o artigo 51, da Lei Complementar nº 1.157/2011 e o artigo 9º da Lei Complementar nº 1.176/2012 só podem ser aplicados a outras hipóteses, que não sejam incompatíveis com aqueloutras já disciplinadas por outras normas especiais ou hierarquicamente superiores.

Além disso, o 13º salário tem fundamento constitucional e deve ser

Acesso ao Sumário

3 Fls. 1293/1311.

integral, de acordo com o art. 7º, VIII, da Constituição Federal, o qual assegura ao trabalhador "décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria", estendido aos servidores públicos pelo art. 39, § 3°, também da Carta Magna.

Ora, a determinação emanada da Constituição Federal é explicita, ao impedir a exclusão de verbas recebidas pelo servidor durante ano.

Já o terço constitucional "com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal" encontra- se inserido no inciso XVII, do já mencionado artigo 7º, da Constituição Federal.

Do mesmo modo que o 13°salário, o terço também foi estendido aos servidores públicos por força do artigo 39, § 3°, da Constituição Federal.

Cabe ressaltar que a expressão salário normal, adotada pelo constituinte, inclui todas as verbas de natureza salarial habitualmente pagas, compondo a remuneração do servidor público para fins de cálculo dos direitos sociais, mesmo que não se incorporem aos vencimentos.

Diante do exposto, a ação deveria mesmo ser julgada procedente, para que a Fazenda Pública seja condenada a incluir a Gratificação a título de Plantão no cálculo do 13º salário bem como nas férias acrescidas de 1/3, apostilando-se tal direito, bem como ao pagamento das diferenças vencidas e vincendas, observando- se a prescrição quinquenal.

É como voto.

Sobre as parcelas vencidas, respeitando-se a prescrição quinquenal, deve ser aplicado os juros e a correção monetária.

Nesse sentido, considerando-se o teor da medida cautelar concedida nos autos da Rcl nº 21.147/SE[4], tenho entendido pela aplicação com relação aos atrasados o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação determinada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09[5], atentando-se para o que vier a ser decidido por ocasião do julgamento do tema de Repercussão Geral nº 810 (nos termos da medida cautelar concedida nos autos da Rcl nº 21.147/SE – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – 06.07.2015) e, na fase de execução (entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento), para o tanto quanto decidido pelo Pleno do Excelso Pretório, em sede de questão de ordem, nos autos das ADI's nºs 4.357 e 4.425[6], fixando-se os termos iniciais dos juros a partir da citação e, correção monetária, desde o desembolso/vencimento de cada parcela.

4 Em 06.07.2015 – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA.

5 Art. 5º: O art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

6 Julgada em 25.03.2015.

Acesso ao Sumário

Não obstante, adoto o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC[7], tendo por inaplicável o uso da taxa referencial (TR) como fator de correção monetária, adotando então o IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, a partir dos correspondentes vencimentos, e juros de mora, a partir da citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei nº 11.960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997.

Em razão do que determina o art. 85, § 11 do CPC, fixo os honorários recursais em 2,5% sobre o valor da condenação, considerando a complexidade da causa, o valor já arbitrado em primeira instância e a parcial procedência do pedido da Fazenda.

Ante o exposto, pelo meu voto proponho que seja dado provimento parcial ao recurso fazendário e a remessa necessária, modificando-se a sentença apenas no que tange a aplicação da Lei 11.960/09 e ficando mantida no mais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005725-80.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelada EDNA FERNANDA PRUDENCIANO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade Civil – Alegação de defeituoso serviço de castração prestado pela Municipalidade, que teria levado ao óbito do animal – Ausência de prova de prestação do serviço pela Municipalidade – Serviço que teria sido

Acesso ao Sumário

7 REsp nº 1.270.439 - PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, j. 26.06.2013.

prestado pela Associação Araraquarense de Proteção aos Animais – Ilegitimidade passiva da Municipalidade reconhecida – Extinção sem resolução do mérito que se impõe – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por EDNA FERNANDA PRUDENCIANO DE SOUZA contra a MUNICIPALIDADE DE ARARAQUARA com a alegação de que sua cadela veio a falecer em razão de erro na sua cirurgia de castração, realizada em serviço da Municipalidade. Pede indenização pelos danos morais e materiais suportados.

A r. sentença de fls. 89/92, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido, para condenar a requerida a pagar à autora a quantia de R$765,55 pelos danos materiais, mais R$7.000,00 (sete mil reais) pelos danos morais, com atualização monetária desde a data da sentença e juros de mora legais, desde a citação, consignando que a atualização monetária e os juros de mora deverão ser calculadas na forma prevista no art. 5º da Lei Federal n. 11.960/09. Condenou a requerida, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

A Municipalidade apresentou recurso de apelação a fls. 95/104 alegando, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, já que o serviço de castração foi realizado pela Associação Araraquarense de Proteção aos Animais - AAPA, entidade que apenas detém Permissão de Uso de área de terra localizada no Parque do Pinheirinho. Diz que o Município não tem qualquer responsabilidade sobre os serviços prestados no local e que houve cerceamento de defesa. Aduz que não houve atuação direta da pessoa jurídica de direito público (Municipalidade) e nem de direito privado prestadora de serviços públicos, uma vez que não há contrato de prestação de serviço firmado entre as partes e há comprovação nos autos que o serviço de castração oferecido pelo Município é realizado pelo Canil Siciliano, em outro local.

Sustenta que a apelada optou por utilizar deste serviço da AAPA e não daquele oferecido pelo Ente Público, de forma que não pode, agora, pretender responsabilizá-lo. Destaca que o serviço não foi prestado por servidores públicos municipal concursados ou prestadores de serviço público contratados e que a Associação Araraquarense de Proteção aos Animais - AAPA é uma entidade autônoma, com regras próprias, não sendo uma extensão do Município ou da rede municipal, pelo que não há como o Município responder por referida entidade. Por fim, alega que a apelada não trouxe qualquer prova de que o serviço foi realizado no local alegado e que não há comprovação de nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

Recurso bem respondido (fls. 108/112).

Recurso regular e tempestivo (fl. 118).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que não há reexame necessário, como consignado na própria sentença (fl. 92) e nos termos do artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil de 2015.

No mais, a autora alega que sua cadela veio a óbito em razão do deficiente atendimento veterinário prestado pela requerida. Diz que levou o animal para castração, mas que houve indevida ligadura de ureteres, de forma que poucos dias depois ele veio a falecer. Pede indenização pelos danos morais e materiais suportados.

A autora alega que o serviço foi realizado no complexo Municipal do Parque do Pinheirinho, de forma que deve ser indenizada pela Municipalidade.

Inicialmente, anoto que a autora não trouxe qualquer documentação comprovatória do local onde foi realizada a cirurgia de castração de sua cadela.

A Municipalidade esclareceu que concedeu permissão de uso de área de terra localizada no Parque Pinheirinho à Associação Araraquarense de Proteção aos Animais - AAPA, para o desenvolvimento de projeto de esterilização de cães e gatos, conforme Decretos n°s 8.738/08 e 8.744/08 (fls. 63/66).

Não há qualquer indício de que a Municipalidade tenha contratado a Associação para a prestação de serviços veterinários à população e nem de que tenha divulgado tais serviços como serviços públicos. Houve mera permissão de uso de área pública para uma associação, o que não implica em possibilidade de responsabilização da Municipalidade. A reportagem juntada pela autora foi elaborada por veículo de informação particular e não diz expressamente que se trata de serviço público (fls. 82/83).

Ausente qualquer indício de que o serviço alegadamente defeituoso tenha sido prestado pela Municipalidade, deve ser reconhecida sua ilegitimidade para figurar do polo passivo.

Dessa forma, a r. sentença deve ser reformada, para que seja reconhecida a ilegitimidade passiva da Municipalidade, com extinção do feito sem resolução do mérito.

Ante a sucumbência da autora, fica ela condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §4º, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para reconhecer a ilegitimidade passiva da Municipalidade e extinguir o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil de

2015.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0070774-48.2012.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados PAULO SERGIO PAES, DENISE LACAVA PINHEIRO (E OUTROS(AS)), NADIA FERRARI SCANAVACCA, SONIA REGINA STEVANATO DE SOUZA, JOSE ROBERTO HATIE, ELOISA APARECIDA IARTELLI RIBEIRO, PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS e ROBERTO CHEBAT, são apelados/apelantes KARINA ELIAS BENINCASA (E OUTROS(AS)), CRISTIAN DAVID GONÇALVES, FLAVIA CARVALHO DE OLIVEIRA e PATRICIA CALMON CEZAR REIS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Claovis Beznos (OAB/SP 16.840)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.662)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 22 de agosto de 2017.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: ***Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil.***

MANDADO DE SEGURANÇA – Guarulhos – Impetração alegando direito à nomeação de candidatos aprovados em concurso público para provimento do cargo de Procurador Municipal – Alegação do direito líquido e certo à nomeação comprovada pela manutenção de ocupantes do cargo de forma inconstitucional e ilegal.

Alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade na manutenção dos contratos de trabalho dos ocupantes dos referidos cargos porquanto se trata de situação

Acesso ao Sumário

contrária ao atual regramento da matéria que assegura o provimento desses cargos públicos mediante aprovação em concurso público.

Prevenção desta Colenda 11ª Câmara de Direito Público e desta relatoria reconhecidas em razão do anterior julgamento do Mandado de Segurança nº 0076723-24.2010.8.26.0224.

Julgamento em conformidade com o Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista a prolação da r. sentença na vigência deste Estatuto Processual aplicável à hipótese, em atendimento ao disposto no Enunciado nº 02 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e, em observância à regra do "tempus regit actum".

Julgamento dos agravos retidos interpostos tendo em vista reiteração preliminar nas razões das apelações interpostas, nos termos do art. 523, §1º, do CPC/1973.

Agravos retidos que se voltam contra decisão que indefere pedido de intervenção judicial em ato do Senhor Prefeito Municipal que exonera os ora apelantes do cargo de Procurador Municipal. Improcedência do inconformismo.

Decisão do r. Juízo "a quo" confirmada. Ausência de ilegalidade ou irregularidade no ato praticado pela autoridade executiva municipal, apta a ensejar a intervenção judicial pretendida. Considera-se, ademais que, confirmada a r. sentença neste julgamento, extinguem-se em definitivo os vínculos dos apelantes com a Administração, e eventuais verbas rescisórias e/ou indenizatórias deverão ser discutidas nas vias próprias pelos interessados.

Agravos retidos improvidos.

Apelações e Reexame Necessário

Reexame Necessário interposto em observância ao disposto no art. 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Recursos voluntários interpostos em razão da r. sentença que julgou procedente e concedeu a segurança no Mandado de Segurança interposto pelos autores para assegurar seu direito à nomeação, posse e provimento dos cargos de Procurador do Município de Guarulhos em decorrência de sua aprovação em Concurso Público.

Acesso ao Sumário

Preliminares rejeitadas

Competência da Justiça Estadual – Reconhecimento – Competência firmada em razão da autoridade coatora. Impetração que se volta contra ato do Senhor Prefeito Municipal de Guarulhos, razão pela qual a competência é da Justiça Estadual. Nesse sentido, a orientação do C. STJ – RESP nº 201.909/sp (1999/0006583-2), Rel. Min. Vicente Leal, J. 20.08.2002).

Conexão com a Ação Civil Pública nº 0010371-94.2004.8.26.0224 – Ausência de conexão com a Ação Civil Pública porquanto, a despeito da semelhança entre os processos, trata-se de feitos em fases processuais distintas, nos quais se discutem interesses diversos, certo que a reunião dos processos é medida contrária ao direito subjetivo de ação dos ora impetrantes, e em afronta ao princípio da duração razoável do processo.

Da falta de interesse de agir dos impetrantes no tocante ao pedido de dispensa dos corréus – Há evidente e inequívoco interesse dos impetrantes na dispensa dos apelantes, na medida em que apontam que referidas vagas podem e devem ser ocupadas pelos aprovados no concurso público.

Da ilegitimidade passiva dos corréus – Por idêntico fundamento é reconhecida a legitimidade passiva dos impetrados, ora apelantes.

Da violação ao Princípio da Separação de Poderes – Arguição rejeitada. A discricionariedade da Administração não referenda, tampouco autoriza a manutenção de situações inconstitucionais e ilegais como a que ora se examina.

Da decadência do direito da Administração de anular atos administrativos datados de mais de 5 (cinco) anos – Arguição rejeitada porquanto, na espécie, a inconstitucionalidade e a ilegalidade se referem à manutenção dos contratos, que se protrai no tempo e, enquanto ocorrente, não há falar-se em decadência do direito.

Da impossibilidade jurídica do pedido e da violação ao Princípio da Dignidade Humana – Rejeitada. Pedido plenamente possível e em conformidade com a ordem

Acesso ao Sumário

jurídica vigente. Ausência de afronta ao Princípio da Dignidade Humana porquanto o acolhimento da pretensão veiculada no mandamus não viola a condição humana dos impetrados.

Da violação à coisa julgada – Arguição rejeitada. Entendimentos divergentes sobre temas semelhantes não vinculam o julgamento a ser proferido.

Mérito – Sentença confirmada consoante autoriza o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio TJSP.

Alegação de sentença extra petita – Afastada. Julgamento proferido dentro dos limites das questões trazidas a exame. Acerto do r. decisum que é mantido.

2. Da ausência de direito líquido e certo – Direito líquido e certo dos impetrantes, ora apelados, que é reconhecido tendo em vista o fato de o edital prever o preenchimento das vagas existentes e mais as que vagarem durante o prazo de validade do concurso.

Da suposta ilegalidade na manutenção dos contratos de trabalho dos litisconsortes.

Dos que já completaram 70 (setenta) anos – a regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, §1º, II, da Constituição Federal, com a redação alterada pelas Emendas Constitucionais nºs 20 e 41, respectivamente de 15 de dezembro de 1998 e 19 de dezembro de 2003, é aplicável à espécie.

Independentemente de terem completado 70 (setenta) anos de idade – Todos os litisconsortes admitidos sem concurso público. Precariedade das contratações que é reconhecida. Aplicabilidade do disposto no §2º, do art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Questão controvertida com entendimentos jurisprudenciais prevalecentes em conformidade com o entendimento proferido pelo r. Juízo "a quo", e que ora se confirma.

Recursos voluntários e Reexame Necessário desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vivian Ruas da Costa, Karina Elias Benincasa, Cristian David Gonçalves, Flávia Carvalho de Oliveira e Patrícia Calmon Cézar Reis, contra ato do Prefeito Municipal de Guarulhos. Narram os impetrantes que foram aprovados em concurso público realizado no ano de 2008, para a função de Procurador III da Prefeitura Municipal de Guarulhos, para o preenchimento de 33 (trinta e três) vagas existentes nesta data, além de outras que vagassem ou fossem criadas durante o prazo de validade do certame, que foi prorrogado até 02 de fevereiro de 2013.

Aprovados no certame, os impetrantes classificaram-se respectivamente do 77º ao 81º lugar, e afirmam ter direito à nomeação porquanto estão classificados na ordem de chamada; além do mais, há oito vagas cujos ocupantes foram nomeados irregularmente, em momento anterior à Constituição Federal de 1988, mantidos no cargo a título precário, certo que três dentre eles contam com mais de 70 anos de idade e já se encontram aposentados.

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 365/394).

A liminar foi inicialmente indeferida (fls. 238), e os impetrantes interpuseram o agravo de instrumento nº 0268564-33.2012.8.26.0000 contra essa decisão, ao qual foi negado provimento nos termos do v. acórdão de fls. 687/690.

Após, o MM. Juiz "a quo" houve por bem deferir a liminar, conforme decisão copiada a fls. 864/878, determinando o imediato afastamento dos servidores em situação irregular, bem como fosse dada posse imediata aos impetrantes, com efeitos retroativos ao dia anterior àquele em que expirou o prazo de validade do concurso (fls. 870).

Contra a decisão que concedeu a liminar aos impetrantes foram interpostos os agravos de instrumento:

1. Agravo de instrumento nº 2148617-77.2014.8.26.0000 interposto por Sônia Regina, José Roberto, Denise Lacava e Nádia Ferrari (fls. 903/965), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido, conforme decisões respectivamente copiadas a fls. 1.116/1.120 e 1.434/1.442;

2. Agravo de Instrumento nº 2147470-16.2014.8.26.0000 interposto por Roberto Chebat (fls.967/999), não conhecido nos termos da r. decisão copiada a fls. 1.335/1.340;

3. Agravo de Instrumento nº 2147125-50.2014.8.26.0000 interposto por Carlos Andrade (fls. 1.003/1.030), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido conforme decisões respectivamente copiadas a fls. 1.127/1.130 e 1.463/1.466;

4. Agravo de Instrumento nº 2152540-14.2014.8.26.0000 interposto por

Acesso ao Sumário

Roberto Chebat (fls. 967/999), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido conforme decisões respectivamente copiadas a fls. 1.113/1.114 e 1.353/1.355;

5. Agravo de Instrumento nº 2156695-60.2014.8.26.0000 interposto por Paulo Sérgio (fls. 1.068/1.091), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido conforme decisão copiada a fls. 1.475/1.477;

6. Agravo de Instrumento nº 2152355-73.2014.8.26.0000 interposto pelo Município de Guarulhos (fls. 1.084/1.090), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido conforme decisão copiada a fls. 1.123/1.126;

7. Agravo de Instrumento nº 2159397-76.2014.8.26.0000 interposto por Eloísa Aparecida Iartelli Ribeiro (fls. 1.092/1.111), com pedido de efeito suspensivo indeferido e, ao final, não provido conforme r. decisão e v. acórdão copiado a fls. 1.429/1.433.

Eloísa Aparecida Iartelli Ribeiro, Denise Lacava Pinheiro, Sônia Regina Stevanato de Souza, Nadia Ferrari Scanavacca e José Roberto Hatje apresentaram pedido de intervenção judicial dirigido ao MM. Juiz "a quo", contra o ato do Prefeito Municipal, que promoveu sua dispensa do serviço público e rescisão do contrato de trabalho dos peticionários (fls. 1.250 e 1.267).

O MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido de intervenção nos termos da r. decisão de fls. 1.468. Contra essa decisão foram apresentadas as reclamações nº 2087823-56.2015.8.26.0000 por Eloísa Aparecida Iartelli Ribeiro e nº 2087756-91.2015.8.26.0000 por Sônia Regina Stevanato de Souza, José Roberto Hatje e Denise Lacava Pinheiro, em face do MM. Juiz "a quo"; tendo sido indeferidos os pedidos de suspensão do ato impugnado por esta relatoria, nos termos das decisões copiadas respectivamente a fls. 1.276/1.277 e 1.279/1.280 e, ao final, não conhecidas as reclamações (fls. 1.467/1.469 e 1.471/1.473).

O r. Juízo prestou informações (fls. 1.282/1.289).

Os impetrados interpuseram agravos retidos (fls. 1.403/1.407 e 1.444/1.449), contra r. decisão copiada a fls. 1.268, que indeferiu pedido de intervenção do Magistrado no ato de dispensa dos agravantes praticado pelo Senhor Prefeito Municipal.

O Ministério Público apresentou parecer (fls. 693/721 e 1.291/1.298), pela concessão da segurança neste "***mandamus***".

Sobreveio a r. sentença (fls. 1.481/1.483), tornando definitiva a liminar, e concedendo a segurança aos impetrantes Karina Elias Benincasa, Cristian David Gonçalves, Flávia Carvalho de Oliveira e Patrícia Calmon Cézar Reis. O Magistrado extinguiu o feito por carência de ação em relação à Vivian Ruas da Costa.

Inconformado, apela Paulo Sérgio Paes (fls. 1.485/1.491) alegando preliminarmente falta de interesse de agir por parte dos impetrantes; no mérito alega, em suma: fragilidade e inconsistência na fundamentação da r. sentença proferida; singularidade do caso a exigir a reversão do quanto decidido em respeito ao princípio da segurança jurídica; direito legal e moral à permanência no cargo; repercussão dos efeitos da r. sentença em relação aos demais ocupantes de cargos públicos municipais admitidos anteriormente à Constituição Federal de 1988.

Igualmente irresignados, apelam Denise Lacava Pinheiro, Nádia Ferrari Scanavacca, Sônia Regina Stevanato de Souza, José Roberto Hatje e Eloísa Aparecida Iartelli Ribeiro (fls. 1.496/1.533). Afirmam a prevenção desta C. 11ª Câmara de Direito Público, bem como desta relatoria para exame e julgamento dos recursos. Após, reiteram pedido de exame e julgamento do agravo retido por eles interposto. Ainda, suscitam as seguintes preliminares:

1. Ilegitimidade passiva dos ora apelantes e inexistência de litisconsórcio passivo necessário;

2. Decadência do direito da Administração de destituição dos impetrados dos cargos em observância ao disposto no art. 54, da Lei nº 9.784/99;

3. Impossibilidade jurídica do pedido e violação ao princípio da dignidade da pessoa humana;

4. Julgamento em afronta à coisa julgada, tendo em vista o julgamento de ação popular processo nº 72.105-1 pela C. 4ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.

No mérito alegam, em suma:

1. Convalidação do ato administrativo ou convalidação de seus efeitos;

2. Inaplicabilidade do disposto no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – ao caso "sub examinem";

3. Afronta ao princípio da moralidade;

4. Existência de relação de emprego firmada com o Município, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

5. Prequestionamento da matéria aventada no recurso.

6. Por fim, pugnam pelo provimento do recurso para denegação da segurança aos impetrados, mantendo-se os apelantes em suas funções, com readmissão no cargo.

Por sua vez, apela Nádia Ferrari Scanavacca (fls. 1.535/1.568), preliminarmente reiterando pedido de exame e julgamento do agravo retido interposto a fls. 1.444/1.449.

No mérito alega, em síntese, que:

1. O presente "***mandamus***" carece de liquidez e certeza;

Acesso ao Sumário

2. A relação de trabalho perpetuou-se no tempo e a dispensa, tal como se deu, afronta o princípio da segurança jurídica;

3. A r. sentença olvidou os princípios constitucionais informadores da novel legislação processual civil e vai de encontro à jurisprudência dominante sobre o tema;

4. Os impetrantes não fazem jus à nomeação porquanto não se classificaram dentro do número de vagas existentes à época do certame;

5. A manutenção dos apelantes no exercício de suas funções é medida de rigor ante a natureza alimentar da verba advinda de seu labor;

6. A r. sentença é "extra petita" e não pode subsistir.

Pugna pelo provimento do recurso com inversão do julgamento.

A seguir, Nádia Scanavacca, ora apelante, opôs embargos de declaração a fls. 1.572/1.577, com finalidade de prequestionamento.

A seu turno, apela o Município de Guarulhos (fls. 1.685/1.701), arguindo preliminarmente incompetência absoluta do Juízo;

No mérito alega, em suma:

1. Inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes;

2. Legalidade das contratações impugnadas;

3. Violação ao princípio da separação dos poderes;

4. Afronta ao princípio da segurança jurídica;

5. Aplicação do disposto no art. 54, "caput", e §1º, da Lei nº 9.784/99.

Pugna pelo provimento do recurso para, acolhendo a preliminar de incompetência absoluta do r. Juízo anular a r. sentença e remeter o feito à Justiça do Trabalho ou, adentrando no mérito, reconhecer a inexistência de direito líquido e certo dos apelados, invertendo o julgamento e, ao final, denegando a segurança aos impetrantes.

Nádia Scanavacca opôs novos embargos de declaração (fls. 1.702/1.706) da r. sentença com expresso caráter infringente e para fins de prequestionamento.

Acesso ao Sumário

O MM. Juiz "a quo" conheceu dos embargos rejeitando-os no mérito (fls. 1.716/1.717).

O Magistrado determinou ainda que os apelantes ratificassem os termos dos recursos interpostos e a intimação dos impetrantes para oferecimento de contrarrazões (fls. 1.716).

Nádia Scanavacca ratificou todos os termos do apelo interposto (fls. 1.715).

Sonia Regina Stevanato de Souza e outros ratificaram igualmente todos os termos da apelação por eles interposta (fls. 1.718).

A seguir, os impetrantes, ora apelados, peticionaram requerendo

esclarecimentos e regularização do feito quanto às apelações interpostas em duplicidade por Nádia Ferrari Scanavacca – em conjunto com os demais corréus (fls. 1.496/1.533) e, após, isoladamente, em causa própria (fls. 1.535/1.568) – bem como requereram devolução de prazo para apresentação de contrarrazões (fls. 1.720/1.721).

O r. Juízo proferiu decisão determinando o desentranhamento da segunda petição da apelante Nádia Scanavacca considerando a ocorrência de preclusão consumativa, e devolveu o prazo aos impetrantes para oferecimento de contrarrazões (fls. 1.720).

Após esclarecimentos apresentados por Sônia Stevanato de Souza e outros (fls. 1.740/1.746), o Magistrado reconsiderou a r. decisão (fls. 1.740/1.740v.), e determinou a reinserção aos autos do apelo interposto por Nádia Ferrari Scanavacca, juntamente com os documentos que comprovam a revogação do mandato outorgado pela peticionária ao patrono dos demais impetrados, quando passou a advogar em causa própria (fls. 1.740/1.746).

A seguir, o Magistrado saneou o feito determinando abertura de vista ao i. Representante do Ministério Público (fls. 1.747).

Os impetrantes apresentaram contrarrazões aos recursos interpostos (fls. 1.755/1.755, 1.766/1.781, 1.782/1.801, 1.808/1.823).

A douta Procuradoria Geral de Justiça declinou de manifestação do feito (fls. 1.827).

É o relatório.

Há reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º da Lei nº 12.016/09 que dispõe: "*Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição*".

Com efeito, no mandado de segurança, sempre que houver concessão do *writ*, haverá reexame necessário da r. sentença, porquanto, uma vez impetrado o *mandamus*, presumir-se-á que a legitimidade passiva pertencerá a ente público e, por essa razão, far-se-á remessa necessária do feito à Segunda Instância como, condição de eficácia da sentença.

Por proêmio, é reconhecida a prevenção desta C. 11ª Câmara de Direito Público e desta relatoria neste feito, em razão do julgamento dos recursos de apelação e do reexame necessário interpostos no Mandado de Segurança – processo nº 0076723-24.2010.8.26.0224 – impetrado por Andreia Domingos Macedo contra ato do Senhor Prefeito Municipal de Guarulhos, no qual se discutia a irregularidade das contratações dos impetrados, ora apelantes, além de outros integrantes da carreira, bem como o direito de posse da impetrante no respectivo cargo porquanto igualmente aprovada no Concurso Público em discussão. Após a prolação de sentença favorável à sua pretensão, a impetrante requereu a extinção daquele feito sem exame do mérito, em razão de sua

Acesso ao Sumário

nomeação para o cargo, e os recursos não foram conhecidos nos termos que constam do v. acórdão proferido (fls. 139/147).

Anote-se que, a r. sentença recorrida foi publicada em 07 de janeiro de 2016, portanto, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, aplicável à espécie em observância à regra do "***tempus regit actum***". Nesse sentido, o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo nº 2 que estabelece: "**Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**".

Assinala-se desde já que, contrariamente ao alegado pelos apelantes, a r. sentença não é "extra petita" porquanto analisou os fatos e provas em conformidade com o pedido.

Ademais, o r. "***decisum***" encontra-se bem fundamentado firmando entendimento claro e em conformidade com o regramento constitucional, legal e jurisprudencial dado à matéria.

Primeiramente, conheço dos agravos retidos (fls. 1.403/1.407 e 1.444/1.449), em observância ao disposto no artigo 523, §1º, e no mérito, nego-lhes provimento.

Com efeito, os agravos retidos reiteram o inconformismo no tocante à r. decisão do MM. Juiz "a quo", que indeferiu pedido de intervenção judicial no tocante ao ato do Senhor Prefeito Municipal de Guarulhos que dispensou os agravantes do serviço público.

Consoante r. decisão de fls. 1.468 a seguir transcrita:

"***Não defiro o requerimento de fls. 1.264/1.266, uma vez que a dispensa de servidores públicos municipais é ato de competência do Senhor Prefeito Municipal, o qual não está vinculado ao afastamento determinado pela liminar por mim concedida, podendo agir da forma como de fato agiu sem que isso configure qualquer ilegalidade ou abuso de poder***".

Nesse sentido, a r. decisão mostrou-se acertada porquanto ausente qualquer ilegalidade no ato praticado pela autoridade executiva municipal.

Passa-se à análise dos apelos interpostos.

Inicialmente, indefiro o pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto por Nádia Ferrari Scanavacca (fls. 1.536). Com efeito, dispõe o art. 14, §3º da Lei nº 12.016/09: Art. 14, §3º: "***A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar***".

A exceção prevista no dispositivo é inaplicável à hipótese. Ademais,

considerando o extenso lapso temporal decorrido, não há que se falar em atribuição de efeito suspensivo à r. decisão considerando, inclusive, que o caso é de confirmação da r. sentença.

Passa-se à análise das preliminares arguidas que são integralmente rejeitadas.

1. Da incompetência absoluta da Justiça Estadual

– Inicialmente, a arguição de incompetência absoluta da Justiça Estadual deve ser rejeitada porquanto como bem asseverou o MM. Juiz "a quo" (fls. 1.482): **"... Tratando-se de mandado de segurança, a competência é fixada em razão da qualidade de quem ocupa o polo passivo da relação processual, não da natureza ou do conteúdo do ato impugnado. No caso, o impetrado é o Prefeito Municipal, razão pela qual a competência é da Justiça Comum Estadual. Essa é a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode verificar no Recurso Especial n° 201.909/SP (1999/0006583-2), Rel. Min. Vicente Leal, j. 20.08.2002, no qual são enumerados diversos precedentes nesse sentido**".

2. Da conexão com a Ação Civil Pública nº 0010371-94.2004.8.26.0224

– Não há que se falar em conexão com a ação civil pública nº 846/2004, que tramita perante a 4ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos. Em consulta ao sistema SAJ de Primeira Instância verificou-se que foi proferida sentença em relação a parcela dos réus. Anote-se que a ação civil pública em comento encontra-se em andamento há aproximadamente 13 (treze) anos, e não se pode impor aos impetrantes deste "mandamus" que aguardem o julgamento definitivo daquela demanda, tampouco se deve determinar a reunião dos feitos que se encontram em fases processuais diametralmente distintas, e que não guardam plena identidade entre si, sob pena de violação ao direito subjetivo de ação dos impetrantes, e flagrante violação à duração razoável do processo.

3. Da falta de interesse de agir dos impetrantes no tocante ao pedido de dispensa dos corréus

– A arguição é igualmente rejeitada porquanto da análise da petição inicial deste "*mandamus*" exsurge evidente o interesse dos impetrantes no afastamento dos corréus, ora apelantes, na medida em que afirmam que parte das vagas destinadas ao provimento do cargo de Procurador III do Município encontra-se ocupada de forma irregular, por servidores contratados ilegal e inconstitucionalmente, vale dizer, em desconformidade com o sistema que estabelece a imprescindibilidade de aprovação em concurso público para provimento dos referidos cargos. Anote-se que a existência de vagas desocupadas não impõe à Administração Pública o dever de contratação, contudo, o poder discricionário da Administração não autoriza a mantença da ocupação irregular e ilegal das vagas em questão que, sob a ótica constitucional vigente, devem ser ocupadas pelos aprovados no certame.

Acesso ao Sumário

Observa-se, ademais que, instados pelo r. Juízo a esclarecer sua pretensão (fls. 231), os apelados emendaram a petição inicial, e requereram a citação dos referidos ocupantes dos cargos, ora apelantes, para integrar o polo passivo da demanda na condição de "assistentes litisconsorciais" (fls. 236).

Anote-se, por oportuno, que a condição de "assistente litisconsorcial" é entendida como posição processual de relevo facultando poderes processuais amplos e, ao mesmo tempo, sujeitando o litisconsorte aos efeitos da decisão proferida.

Nesse sentido, leciona Cândido Rangel Dinamarco ***in*** (Litisconsórcio – Malheiros Editores, São Paulo, 2009 – 8ª edição revista e finalizada, págs. 58/59):

"O pressuposto de sua legitimidade a intervir consiste, segundo o art. 54 do estatuto processual básico, em ter ele uma relação jurídica com o adversário do assistido, sobre a qual haja de influir a sentença. A dicção da lei figura a posição de pessoas cuja situação jurídico- material perante o adversário do assistido é tão próxima ou semelhante à deste que, pensando bem, alguma legitimidade ele teria para também figurar como parte principal naquele mesmo processo (...).

(...)

As situações legitimantes à assistência qualificada situam-se, como se vê, entre a que autoriza apenas a simples e aquela outra, bem mais intensa, que conduz ao litisconsórcio (legitimidade principal)". (Grifei).

4. Da ilegitimidade passiva dos corréus

– Nessa linha de raciocínio rejeita-se, igualmente, a arguição de ilegitimidade passiva dos corréus, ora apelantes, na medida em que é clara e inequívoca a pretensão dos impetrantes na destituição dos apelantes dos cargos ilegalmente ocupados.

5. Da violação ao Princípio da Separação de Poderes

– Rejeita-se igualmente a arguição de violação ao Princípio da Separação de Poderes porquanto reconhecida e respeitada a discricionariedade da Administração Pública situações inconstitucionais e ilegais como a que ora se examina reclamam intervenção do Poder Judiciário sem qualquer afronta ao referido princípio.

6. Da decadência do direito da Administração de anular atos administrativos datados de mais de 5 (cinco) anos

– Tal alegação parte da falsa premissa de que os impetrantes se amparam em suposta "ilegalidade na contratação" dos litisconsortes passivos, quando na verdade a argumentação deles se baseia na "ilegalidade na manutenção do contrato" da Administração com os litisconsortes passivos. Dessa distinção

substancial decorre a inviabilidade de alegação de decadência, porquanto a manutenção dos contratos é, evidentemente, de efeito continuado, de modo que não decorreu qualquer prazo decadencial. Tampouco há falar-se em decadência do direito dos impetrantes. A uma, em razão do próprio efeito continuado do ato impugnado na manutenção dos contratos de trabalho dos impetrados, ora apelantes; a duas considerando não ter decorrido o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração, contados de suposta ciência dos impetrantes, ora apelados, quanto ao resultado do julgamento do mandado de segurança – processo nº 0076723-24.2010.8.26.0224 – acórdão proferido por esta relatoria julgado em 17 de setembro de 2012; e, a três, considerando que, ante inequívoca conduta omissiva não se opera a decadência do direito, pois "o ato omissivo tem efeitos que se protraem no tempo e, enquanto não cessada a omissão, não se inicia o prazo decadencial." (STJ, 1ª Seção, Mandado de Segurança nº 8301, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.10.2002, DJU 02.12.2002, pág. 216, v.u.)

7. Da impossibilidade jurídica do pedido e violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

– A arguição de impossibilidade jurídica do pedido deve ser igualmente rechaçada na medida em que o pedido é plenamente possível uma vez que, na ordem constitucional vigente mostra-se inequívoca a irregularidade na manutenção dos contratos de trabalho dos impetrados com a Administração e, portanto, na ocupação dos cargos, tal como apontada pelos apelados. Por outro lado, não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que o reconhecimento da referida ilegalidade não suprime os direitos fundamentais dos apelantes, tampouco viola sua condição humana.

8. Da violação à coisa julgada

– Também não há que se falar em ofensa à coisa julgada, instituto inaplicável à espécie, porquanto os apelantes limitaram-se a mencionar v. acórdão proferido pela C. 4ª Câmara de Direito Público (fls. 1.509/1.512), certo que entendimentos divergentes sobre temas semelhantes não vinculam o julgamento.

1. Da violação ao Princípio da Separação de Poderes

– Não se vislumbra qualquer ofensa ao referido princípio na hipótese porquanto, reconhecida e respeitada a discricionariedade da Administração Pública, situações inconstitucionais e ilegais como a que ora se examina reclamam intervenção do Poder Judiciário sem qualquer afronta ao referido princípio.

Passa-se à análise do mérito recursal asseverando que os recursos devem ser desprovidos mantendo-se integralmente a r. sentença proferida, a seguir parcialmente transcrita:

1. ***Da alegada inexistência de direito líquido e certo.***

O edital previra não apenas o preenchimento de 33 (trinta e três) vagas,

mas também de mais as que vagarem ou que forem criadas durante o prazo de validade do concurso" (fls. 36). Por conseguinte, não tem pertinência o argumento de que "os impetrantes não se classificaram dentro do número de vagas oferecidas no edital" (sic, fls. 313). Pois bem, se o concurso público destinava-se não só ao provimento das vagas existentes no momento de sua abertura, mas também de outras eu surgissem no seu prazo de validade, dentre estas últimas estão compreendidas, por uma questão de lógica, as que não surgiram porque ocupadas irregularmente. Daí o direito líquido e certo dos impetrantes.

2. Da suposta legalidade na manutenção dos contratos de trabalho dos litisconsortes.

2.1. Que já completaram 70 (SETENTA) anos de idade (Carlos Andrade, José Roberto Hatje e Roberto Chebat)

O art. 40, §1º, II, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, com as redações dadas pelas Emendas Constitucionais nºs 20 e 41, respectivamente de 15 de dezembro de 1998 e 19 de dezembro de 2003, estabelece a aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. O fato de esses servidores terem sido contratados pelo regime celetista não afasta a incidência do mencionado dispositivo constitucional. Conforme ensinamento de E. NETTO DE ARAÚJO, "o regime celetista sofre algumas derrogações do direito privado pelo direito público, constituídas de prerrogativas e sujeições que não se aplicam a empregados de empresas particulares, tais como exigência de concurso para admissão, proibição de acumulação de empregos com cargos, funções ou outros empregos públicos, limites de salário e outras" (Curso de direito administrativo, São Paulo, Saraiva, 2012, 5ª ed., p. 296). O mesmo autor afirma que a aposentadoria compulsória atinge todo servidor que completar setenta anos de idade (op. cit., p. 329), de modo que a condição de empregado público não subtrai os litisconsortes septuagenários à incidência da aposentadoria compulsória.

Acesso ao Sumário

E nesse ponto, mantém-se idêntico entendimento após o advento da Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015 (aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos, na forma de lei complementar).

2.2. Independentemente de terem completado 70 (setenta) anos de idade – Todos os litisconsortes foram admitidos sem concurso público e se mantém na função de Procurador do Município graças à interpretação de que teriam adquirido estabilidade na forma do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todavia, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que "a garantia constitucional da estabilidade,

inclusive a do art. 19 do ADCT, é absolutamente incompatível com o exercício de cargos em comissão e de empregos ou funções de confiança, inclusive, funções de assessoramento superior" (STF – RDA 181/86). E, conforme o parecer do ilustre Promotor de Justiça (fls. 693/721), pouco importa que os litisconsortes "foram admitidos como pessoal variável, em caráter temporário, comissionados, mas regidos pela CLT. Afastam-se, por conseguinte, a alegação de direito adquirido a tornar inatacáveis as contratações" (fls. 909). Pois bem, as Portarias de Nomeação (fls. 78, 83, 86, 91, 92,93,94 e 95), deixam evidente o caráter precário dessas contratações.

3. Da suposta ofensa aos princípios da Segurança Jurídica e da Dignidade da Pessoa Humana.

Equivoca-se o Município ao argumentar que, ainda que reconhecida a 'ilegalidade das contratações', os litisconsortes não poderiam ser 'lançados à rua', sob pena de ofensa aos Princípios da Segurança Jurídica e da Dignidade da Pessoa Humana.

Ora, não se discute aqui eventual 'ilegalidade das contratações' dos litisconsortes. O que se discute é a ilegalidade da 'manutenção de seu contrato, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, sob o pretexto de que eles teriam se tornado estáveis". Além do mais, 'lançá-los à rua' não pode ofender o Princípio da Segurança Jurídica, na medida em que não são estáveis, como demonstrei no item precedente. Não adquirido o direito à estabilidade, não há que se falar em segurança jurídica. E ainda, se o Princípio da Dignidade Humana pudesse ser considerado óbice à demissão deles, não seria possível qualquer demissão neste País, o que é absurdo (fls. 864/878).

No tocante à alegação de inaplicabilidade do disposto no art. 19 do ADCT, ao caso "sub examinem" equivocam-se igualmente os apelantes.

Dispõe o art. 19 dos ADCT: ***"Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.***

§2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor. (grifei)

(...)".

Na hipótese, excetuados os casos de José Roberto Hatje, Carlos Andrade e Roberto Chebat (esses com mais de 70 anos) por ocasião da impetração deste

Acesso ao Sumário

"mandamus", os demais apelantes não contavam com cinco anos de serviço público, por ocasião do advento da Constituição Federal de 1988, no caso: Eloisa Aparecida Iartelli Ribeiro (admitida em 01/03/1986 fls. 91); Paulo Sérgio Paes (admitido em 14/05/1986 – fls. 92); Sonia Regina Stevanato de Souza (admitida em 29/03/1988 – fls. 93); Denise Lacava (admitida em 15/04/1988 – fls. 94), e Nádia Ferrari Scanavacca (admitida em 17/11/1987).

Sob essa perspectiva, nenhum dos apelantes poderia ocupar as vagas aqui discutidas, incidente, portanto, a previsão do §2º do referido art. 19.

Ademais, não há que se confundir efetividade com estabilidade.

Nesse sentido, o escólio de Hely L. Meirelles ***in*** (Direito Administrativo Brasileiro – Malheiros Editores, São Paulo, 26ª edição, 2001. Pág. 413): ***(...) "É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. Não podem pretender a permanência no serviço público, porque essa garantia, repetimos, é exclusiva dos servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo em virtude de concurso público. Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação e esta é um atributo pessoa do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade."***

Por fim, a melhor jurisprudência acerca da questão, é no sentido de reconhecer o direito de nomeação e posse aos aprovados em concurso público.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos voluntários e ao reexame necessário.

Eventuais recursos que forem apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento da interposição dos referidos recursos.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0030454-70.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Fixada a competência da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-0032/17)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RODRIGUES DE AGUIAR, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, BORELLI THOMAZ, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, CARLOS EDUARDO PACHI, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, LUCIANA BRESCIANI, MÔNICA SERRANO e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 4 de agosto de 2017.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. Capital. Condomínio Reserva Casa Grande. Extração de água do Aquífero São Paulo. Poços semiartesianos. Deliberação CBH-AT nº 1 de 16-2-2011. Área de restrição e controle para captação e uso das águas subterrâneas na região de Jurubatuba. Apresentação de relatório sobre a área de restrição a cada dois anos. Descumprimento. Direito administrativo. Reflexo no meio ambiente que não aparece como causa de pedir ou pedido. – 1. Câmara Ambiental. Competência. Cabe às Câmaras Ambientais a aplicação da legislação ambiental e o julgamento dos processos que tenham a proteção ou restauração do meio ambiente, seja ele urbano ou rural, como pedido ou causa de pedir; não de outras ações que cuidam de matéria diversa. Aplicação das Resoluções TJSP nº 240/2005 e 623/2013. Entendimento firmado no AI nº 759.930.5/2-00, 29-5-2008, Rel. Jacobina Rabello, v.u. 2. – Deliberação CBH-AT nº 1/11, art. 8º. Apresentação de relatório. Direito administrativo. A ação visa compelir o réu a apresentar relatório sobre a área de restrição na região de Jurubatuba, conforme disposto no art. 8º da Deliberação CBH-AT nº 1/11, que pode implicar

Acesso ao Sumário

afastamento da restrição para a renovação de sua outorga para extração de água do Aquífero São Paulo. A ação visa ao cumprimento de norma administrativa de monitoração da qualidade das águas subterrâneas no local indicado, assim controlando a contaminação dos aquíferos e cuidando da proteção do meio ambiente. Ainda que a causa de pedir remota (o licenciamento de poços artesianos para consumo do condomínio) não seja propriamente ambiental, a causa de pedir próxima e o pedido (a feitura de estudos bianuais de monitoramento da contaminação das águas) é de claro interesse ambiental, como observado pela câmara suscitada e atraindo a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. – Conflito conhecido e julgado procedente, fixada a competência da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

VOTO

1. A sentença de fls. 354/357 julgou procedente a ação para condenar o Departamento de Águas e Energia Elétrica a renovar a cada dois anos o estudo a respeito das condições de poluição da Bacia do Jurubatuba, nos termos do art. 8º da Deliberação CBH-AT nº 1 de 16-2-2011, entregando o primeiro desses estudos no prazo de dois anos. Os autos vieram ao tribunal para o julgamento da apelação interposta pelo Estado (fls. 360/372). Em 17-10-2016 a 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Décio Notarangeli, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição para uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 394/398); e em 4-5-2017 a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro suscitou o conflito negativo de competência perante esta Turma Especial (fls. 414/418).

É o relatório.

2. O CONDOMÍNIO RESERVA CASA GRANDE está situado na Avenida Washington Luiz, nº 1.576, bairro de Santo Amaro, município de São Paulo, e é composto por sete torres, dentre elas os Edifícios Acácia, Ypê, Jequitibá, Jacarandá e Manacá; tais edifícios são abastecidos por poços semiartesianos utilizados para extração de água do Aquífero São Paulo, conforme autorização específica outorgada pelo DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA (DAEE) (fls. 32). Baseada em mapa elaborado pelo Governo do Estado de São Paulo no ano de 2009, foi publicada a Deliberação CBH-AT nº 1/11 de 16-2-2011 que estabeleceu área de restrição e controle para captação e uso das águas subterrâneas na região de Jurubatuba em razão da contaminação

de áreas específicas do Aquífero São Paulo (fls. 39/43, 44/156). O autor afirma que, na prática, o ato normativo impede a extração de água na área em que localizados os edifícios, de média restrição.

Em 18-8-2011, comprovando a qualidade da água retirada dos poços, o autor formulou pedido de renovação das outorgas, mas teve o pedido indeferido nos termos do Informe de Indeferimento do DAEE de 29-5-2012 (fls. 30/31, 38). Passou, então, a aguardar a apresentação do relatório sobre a área de restrição que, nos termos do art. 8º da Deliberação CBH-AT nº 1/11, deveriam ser apresentados a cada dois anos (em fevereiro de 2013 e em fevereiro de 2015); o interesse decorre do afastamento da restrição aos seus poços em caso de modificação na análise de um único poço que estaria levemente contaminado. Pretende, nestes autos, que a ré seja compelida a elaborar e publicar o relatório previsto no art. 8º da Deliberação CBH-AT nº 1/11.

3. A Câmara Ambiental foi criada considerando a relevância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, nos termos da Resolução TJ nº 240/05 de 5-10-2005; no mesmo sentido são as Resoluções TJ nº 512/10 e 623/13. À Câmara Ambiental compete, em linguagem simples, a interpretação e a aplicação da legislação ambiental, assim entendida a legislação que tem por objeto a regulação e a preservação do meio ambiente.

A competência das Câmaras Ambientais não se define só pelo objeto, mas pelo objeto e pela causa de pedir; julga as demandas em que a interpretação e aplicação da legislação ambiental têm papel preponderante no meio ambiente natural ou urbano. No caso concreto, a ação visa compelir o DAEE a elaborar e publicar o relatório sobre a área de restrição na região de Jurubatuba, conforme estabelecido no art. 8º da Deliberação CBH-AT nº 1/11; tal Deliberação decorreu de aprofundados estudos (o Projeto Jurubatuba, fls. 44/156) sobre as características, a contaminação e a exploração dos aquíferos situados no Sistema Sedimentar (SAS) e no Sistema Cristalino (SAC) da região e o estudo em questão visa ao monitoramento da contaminação e do fluxo das águas ali existentes; ainda que a causa de pedir remota (o licenciamento de poços artesianos para uso do condomínio no Aquífero São Paulo) não seja propriamente ambiental, a causa de pedir próxima e o próprio pedido (a realização bianual do monitoramento da contaminação e do estado das águas), assim como a Deliberação CBH-AT nº 1/11 em si, apresentam vínculo ambiental suficiente para atrair a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

O voto é pelo conhecimento do conflito **para estabelecer a competência da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente**, suscitada.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1051631-45.2016.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes PRESIDENTE DA SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e DIRETOR DA DIVISÃO DSE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL - DAP, é embargado MARIA LUISA COUTINHO DE OLIVEIRA GOULART (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.444)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 29 de agosto de 2017.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA.POLICIALCIVIL.Contradição, omissão ou obscuridade. Inexistência. Caráter infringente. Inadmissibilidade. Prequestionamento de matéria constitucional ou infraconstitucional. Atendimento aos requisitos do artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Necessidade.

Embargos declaratórios rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos a acórdão de turma julgadora desta 10ª Câmara de Direito Público que, por unanimidade, deu provimento ao apelo da impetrante para reformar a sentença e conceder a ordem, declarando voto o 2º Juiz em conformidade com o voto do relator (fls. 213/225 dos autos principais).

Alegam as embargantes que o acórdão incorreu em omissão por que não teria se manifestado a respeito das seguintes regras: artigo 40, §§1º, 3º, 8º e 17, da Constituição Federal. Afirmam que "após a reforma operada pela EC 41/2003, o significado da palavra "integrais" não significa uma remuneração

idêntica, a títulos de proventos, ao que se percebia como vencimento no cargo efetivo em que a aposentação teve lugar. Significa apenas o contrário de "proporcionais", vale dizer, um valor não sujeito a redução em função do tempo de contribuição do servidor aposentado quando na ativa." (fls. 03). Asseveram que a partir da reforma previdenciária, o servidor público titular de cargo efetivo deixou de possuir direito à percepção de proventos integrais e, no caso, o impetrante ora embargado tanto pleiteou a aposentadoria especial como alcançou o direito à aposentação quando já vigente a referida EC nº. 41/03 sendo aplicáveis as normas contidas na Lei nº. 10.887/2004. Argumentam que a opção pela aposentadoria especial necessariamente exclui a aplicação de quaisquer outras regras de aposentadoria, tais como as previstas nos artigos 3º, 6º e 6º-A da EC nº. 41/03 e no artigo 3º da EC 47/05. Sustentam, ainda que o recorrido não possui direito à paridade de vencimentos com os servidores em atividade, aplicando-se o artigo 40, § 3º e 17 da CF e a Lei nº. 10.887/2004 de modo que os reajustes dos proventos serão feitos na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência. Concluem que o pleito da impetrante não pode ser atendido. Requerem o acolhimento do recurso para que sejam supridas as omissões apontadas, bem como o prequestionamento da matéria (fls.1/8 dos embargos de declaração).

Recurso tempestivo

É O RELATÓRIO.

A pretensão dos embargantes não comporta acolhimento, pois não se vislumbra, no caso em tela, nenhuma das hipóteses que daria ensejo à modificação do teor da decisão embargada.

O acordão enfrentou as questões necessárias ao desate da lide, declinando as razões pelas quais considerou a aplicabilidade das regras da aposentadoria especial disposta na LC 51/85, com paridade e integralidade de proventos, ao policial civil:

> *"Se a Constituição da República autoriza, por um lado,* ***no § 4º do art. 40****, que leis complementares veiculem diferentes regras de cálculo e de reajuste para os proventos da aposentadoria especial do servidor público, e, por outro lado, nos* ***§§ 1º, 3º, 8º e 17*** *do mesmo artigo, preceitua regras específicas de cálculo e reajuste dos proventos, esse conflito de normas, no mesmo veículo normativo, só pode significar que coexistem dois sistemas de aposentadoria distintos para os servidores públicos: o regime geral, cujos requisitos constam do* ***§ 1º do art. 40****, e cujos critérios para cálculo e reajuste do benefício constam dos* ***§§ 3º, 8º e 17 do art. 40****, e o regime específico para a aposentadoria especial, cujos requisitos e critérios devem ser buscados em lei complementar.*
>
> *Admitida a coexistência desses dois sistemas, é razoável concluir que a extinção da paridade e da integralidade, promovida inicialmente pela* ***EC 41/2003*** *e complementada pela* ***EC 47/2005****, previstas para as*

demais aposentadorias do servidor público, não atinge a aposentadoria especial do servidor público, desde que haja lei complementar tratando desses critérios diferenciados.

No caso de servidores públicos da polícia civil estadual de São Paulo, há lei complementar tratando desses critérios diferenciados. Logo, não se lhes aplica o previsto nos ***§§ 1º, 3º, § 8º e 17 do art. 40 CF****.*

Tampouco se lhes aplica a ***LF 10.887/2004****, que regulamenta a* ***EC 41/2003****, porque tal lei, sendo ordinária, não poderia tratar da diferenciação dos critérios para cálculo dos proventos da aposentadoria especial do servidor, pois tal matéria é reservada à lei complementar, nos termos do* ***art. 40, § 4º, da CF.***

Com relação ao servidor da polícia civil paulista, os critérios diferenciados de cálculo da aposentadoria especial estão previstos no ***art. 1º, inciso II, da LCF 51/1985****.*

*Com isso não se está dizendo que a regra constante em lei federal (****art. 1º, II, da LCF 51/1985,*** *na redação dada pela* ***LCF 144/2014****, regra de que os proventos da aposentadoria são integrais) prevalece sobre regra constante na Constituição da República o que, evidentemente, não é válido no sistema jurídico brasileiro.*

O que se afirma é que o dispositivo legal, ao preceituar que a aposentadoria especial será com "proventos integrais", é compatível com a Constituição da República, na medida em que cumpre o comando constitucional de tratar diferenciadamente os desiguais, conferindo o direito à integralidade ao policial civil, que, de acordo com o disposto no ***art. 2º da LCE 776/1994*** *, exerce atividade perigosa, ou seja de risco.*

(...)

Com relação ao direito à paridade, modifico o meu entendimento anterior e passo a entender que o fundamento desse direito deve ser buscado em lei complementar que disponha sobre critérios específicos de reajuste para aposentadoria especial dos servidores públicos, segundo a autorização dada pela atual redação do ***art. 40, § 4º, da Constituição da República.***

(...)

Com relação ao servidor da polícia civil paulista, os critérios diferenciados de reajuste da aposentadoria especial estão previstos no ***art. 38 da LF 4.878/1965***[1]*. A* ***LCE 1.062/08*** *não tratou da paridade, nem a* ***LCE 1.105/2010.***

A Fazenda Pública Estadual argumenta que o disposto no art. 1º da ***LCE 1.105/2010*** *veda o reajuste por paridade dos proventos da aposentadoria especial dos servidores da polícia civil paulista, na medida em que o dispositivo encontra fundamento no art. 40, §8º, na redação*

Acesso ao Sumário

1 Art. 38. O provento do policial inativo será revisto sempre que ocorrer: a) modificação geral dos vencimentos dos funcionários policiais civis em atividade b) reclassificação do cargo que o funcionário policial inativo ocupava ao aposentar-se.

*dada pela **EC 41/2003**, que extinguiu a paridade. Essa interpretação, contudo, é ilegal e inconstitucional, como se explicará a seguir.*

*A **Lei Federal nº 4.878/65**, que dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal, é a lei complementar a preceituar o direito à paridade, uma vez que ela foi recepcionada pela Constituição da República como lei complementar.*[2]

*A norma extraída do **art. 38 da LF 4.878/1965** é aplicável aos servidores da polícia civil paulista, pois, com base na mesma razão de decidir do STF na **ADI 3817/SP** e na **ADO 28/SP**, essa norma é qualificada como norma geral para toda a categoria dos policiais civis, dada a competência concorrente para legislar sobre o regime próprio previdenciário do servidor público (**art. 24, XII, da CF**) e sobre organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. (**art. 24, XVI, da CF**). É que na estrutura de repartição de competência concorrente legislativa, a competência da União para editar normas gerais visa a uma padronização nacional da matéria."* (fls.219/223 dos autos principais).

Integral e fundamentadamente decidida a controvérsia, nada mais precisa ficar expresso no julgado. Neste sentido: STJ - EDcl no AgRg no AG 522074/RJ, rel. Min. DENISE ARRUDA.

Os embargante pretendem, em verdade, o reexame da matéria, excedendo os limites dos referidos embargos. Neste sentido: STF - EDAg.Reg.no RE nº 156.576-9, RJ, rel. Min. CELSO DE MELLO.

Ademais, mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil.

Neste sentido:

"Por oportuno, finda-se por aduzir que não basta fundamentar nos Embargos de Declaração notório propósito de prequestionamento para fins de manejo de eventuais recursos constitucionais, havendo necessidade de que efetivamente exista na decisão combatida ponto a ser aclarado em vista de obscuridade, contradição ou omissão, hipóteses que não ocorrem nos embargos 'sub judice'." (Embargos de Declaração nº 992.05.078917-0/50000, 32ª Câmara de Direito Privado, E. TJ/SP. rel. Des. ROCHA DE SOUZA, j. 08/10/2009).

Isso posto, rejeito os embargos de declaração.

2 Pela teoria da recepção, a incompatibilidade formal da lei anterior com a nova Constituição não impede a recepção da lei no novo ordenamento jurídico, pois a compatibilidade material é que importa. Logo, a lei recepcionada passa a preencher os requisitos formais de validade previstos na nova Constituição.

Acesso ao Sumário

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1021849- 98.2016.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrida HENY MOREIRA BRANDÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.332)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Isenção de IPVA. Portadora de Sequela de Acidente Vascular Cerebral (CID 10 I 63). Isenção de recolhimento de tributo relativo ao veículo automotor utilizado pela impetrante, embora dirigido por terceiro. Extensão do benefício ao condutor do veículo. Possibilidade. Atendimento ao princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana e da inclusão social das pessoas portadoras de deficiência física. Inocorrência de ofensa ao princípio da legalidade. Lei Federal nº 10.690/2003. Precedentes. Concessão da ordem mantida. Reexame necessário improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 118/123, que concedeu a ordem impetrada por Heny Moreira Brandão em face de ato praticado pelo Delegado Regional Tributário de Jundiaí, para declarar com efeitos *ex tunc*, desde a data da aquisição, o direito da parte impetrante ao benefício fiscal de isenção do IPVA sobre o veículo de seu domínio e especificado na inicial, enquanto de seu domínio for e enquanto registrado em seu nome, incluindo os exercícios fiscais vencidos e vincendos, com o consequente decreto de inexigibilidade do

crédito tributário a tanto correspondente.

Ausente recurso voluntário, vieram os autos para reexame necessário.

É o relatório.

1. O reexame necessário não comporta acolhimento.

Conforme se extrai dos autos, a impetrante, Heny Moreira Brandão, possui deficiência consistente em "Sequela de Acidente Vascular Cerebral (CID 10 I 63)", conforme laudo de fls. 24/25.

Assim, com vistas a adquirir a isenção do IPVA de seu veículo (TOYOTA/COROLLA GLI18 CVT, placa: GGH 0558, cor: BRANCA, ano de fabricação/modelo: 2016/2017) para seu transporte, e ser conduzida por terceiros, recorreu ao Judiciário, pelo presente mandado de segurança, a fim de lhe ser garantido o direito à isenção do imposto estadual - IPVA.

2. Na hipótese, a lei de introdução às normas do direito brasileiro estabelece em seu art. 5º:

> **"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".**

Desta premissa, verifica-se que o fim social de uma norma criada para o benefício dos deficientes físicos ou mentais, revela ser ilógica a interpretação que não beneficie o deficiente, tão somente por uma questão literal, além de apresentar-se desprovida da interpretação sistemática das normas que lhe são correlatas.

Note-se a existência do devido respaldo legal a acolher o benefício pleiteado pela impetrante. É o que se constata na Lei nº 10.690 de 2003, em seu artigo 2º e inciso IV:

> "A vigência da lei nº 8.989 de 24 de fevereiro de 1995, alterada pelo art. 29 da Lei nº 9.317 de 5 de dezembro de 1996, e pelo art. 2º da Lei nº 10.182, de 12 de fevereiro de 2001, é prorrogada até 31 de dezembro de 2006, com as seguintes alterações:
>
> "Art. 1º **Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados** – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:
>
> IV – **pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.**
>
> (...)
>
> § 3º - Na hipótese do inciso IV os automóveis de passageiros a que se refere o caput serão adquiridos diretamente pelas **pessoas que tenham plena capacidade jurídica e, no caso dos interditos, pelos**

Acesso ao Sumário

curadores".

Ademais, esclarecendo as disposições relativas ao ICMS, a norma do Convênio ICMS nº 03/07 traz em seu bojo:

> "Cláusula primeira. Ficam **isentas do ICMS** as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo com características específicas para ser dirigido por motorista portador de deficiência física, **desde que as respectivas operações da saída sejam amparadas por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI**, nos termos da legislação federal vigente".

Ora, referidas normas não privilegiam o deficiente físico/mental de menor grau de deficiência em relação àqueles que sequer possam conduzir um veículo automotor, ainda que adaptado, como é o presente caso, no qual a Autora possui deficiência grave, impossibilitando-a, por completo, de realizar os procedimentos de direção e condução de um automóvel.

Embora haja interpretações revestidas de tecnicidade ao se pautarem exclusivamente na literalidade do art. 13 da Lei nº 13.296/08, conforme dispõe o art. 111 do CTN; o fato é que se este fosse o entendimento adotado, ou seja, a interpretação restritiva, estaríamos discriminando situações, como no presente caso, em flagrante prejuízo à igualdade material prevista na Constituição Federal.

Além disso, a própria lógica seria ofendida, **pois aquele que menos necessita ou que ostenta menor dificuldade receberia benefícios fiscais, negando-se a benesse fiscal aos mais necessitados (com deficiências mais graves).**

Neste aspecto, o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello de forma perfunctória dispôs:

> "Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:
>
> (...)
>
> IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
>
> V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, Ed. Malheiros, 12ª Tiragem, pág. 47/78).

Na mesma direção, o Desembargador Henrique Nelson Calandra da C. 2ª Câmara de Direito Público manifestou-se na Ap. Cível nº 990.10.237791-1:

> "Ora, **o objetivo do benefício fiscal é a inclusão da pessoa com deficiência, garantindo-lhe a sua dignidade, cidadania e liberdade de ir e vir**. A isenção do imposto não visa a compensar eventual ônus na adaptação do veículo adquirido. Ainda, o art. 111, II, do CTN não pode interpretado de forma literal, e sim de maneira lógico-sistemática,

em razão dos princípios constitucionais tributários. Tal interpretação garante a isonomia das pessoas com deficiência ao benefício fiscal, não se limitando à pessoa com deficiência física. **O princípio da igualdade das pessoas com deficiência deve ocorrer não somente perante a lei, mas na própria lei. As pessoas com deficiência devem gozar dos mesmos benefícios fiscais.**

(...)

O Des. Magalhães Coelho, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 944.701.5/1-00, consignou que "seu direito à isenção dos tributos referidos, que não comporta qualquer interpretação restrita inclusive, aquela absurda de que a ele o benefício não se estende, uma vez que não poderia ele dirigir o próprio veículo. **Cuida-se de interpretação absolutamente mesquinha e burocrática da lei, que há de ser firmemente rechaçada pelo Poder Judiciário, em nome da integração social das pessoas portadoras de deficiência**" (j. 08.06.2010; 3ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Adiciona-se a isto a interpretação dada pelo STF: "O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica na linha inaugurada, no regime anterior, pela EC nº 12/78, criou mecanismos compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens dessas limitações de ordem pessoal" (ADIN nº 903-6-MG, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 24.10.97, p. 54.155).

Em casos análogos já decidiu em inúmeros julgados este E. Tribunal:

Relator(a): José Luiz Germano

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 17/04/2012

Data de registro: 18/04/2012

Outros números: 260668020108260482

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM BENEFÍCIO DE MENOR COM DEFICIÊNCIA PARA ASSEGURAR A ISENÇÃO DO ICMS NA COMPRA DE UM VEÍCULO. A questão deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, tendo em vista o princípio da igualdade. **Os deficientes físicos não condutores de veículos também devem ser beneficiados com a isenção do ICMS sobre a compra do veículo não adaptado para que possam utilizar o transporte conduzido por terceiro, com a finalidade de lhes ser assegurado acesso aos lugares, tratamentos médicos, fisioterapias e**

Acesso ao Sumário

outras. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça. RECURSO PROVIDO.

Relator(a): Reinaldo Miluzzi

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 21/11/2011

Data de registro: 15/02/2012

Outros números: 00267552720108260482

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Reexame necessário - Não cabe recurso oficial em mandado de segurança ao qual é atribuído valor inferior ao de alçada - Aplicação do art. 475, § 2°, do CPC - Recurso não conhecido MANDADO DE SEGURANÇA - **Pretensão à isenção e IPVA incidente sobre veículo automotor destinado ao transporte de portadora de necessidades especiais, embora dirigido por terceira pessoa - Possibilidade - A finalidade precípua do benefício fiscal é a inclusão social da pessoa com deficiência, garantindo-lhe a dignidade, a cidadania e a liberdade de ir e vir** - Não ocorrência de ofensa ao principio da legalidade - Recurso não provido.

Relator(a): Fermino Magnani Filho

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 16/04/2012

Data de registro: 21/04/2012

Outros números: 66084320118260482

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração para o fim de obter isenção de IPVA adquirido por portador de deficiência física – **Condução do veículo por outra pessoa – Irrelevância – Direito que haure seu fundamento do artigo 5º, da Constituição Federal – Isenção reconhecida** – Apelação fazendária e reexame necessário não providos por maioria de votos.

Relator(a): Thales do Amaral

Comarca: Presidente Prudente

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 05/03/2012

Data de registro: 20/04/2012

Outros números: 00180772320108260482

Ementa: DEFICIENTE FÍSICO NÃO CONDUTOR - ICMS - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO - ISENÇÃO - ADMISSIBILIDADE

Acesso ao Sumário

- RECURSOS IMPROVIDOS. **O princípio da isonomia também alberga a pretensão de aquisição de veículo automotor por deficiente físico não condutor**, com a isenção de ICMS, não havendo motivos para qualquer distinção entre este e aquele que pode conduzir.

Relator(a): Regina Capistrano

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 20/03/2012

Data de registro: 02/04/2012

Outros números: 00358431820108260053

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS E IPVA - DEFICIENTE FÍSICO - **PRETENSÃO À ISENÇÃO DE IPVA E ICMS NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, AINDA QUE CONDUZIDO POR TERCEIRA PESSOA - ADMISSIBILIDADE** - A interpretação teleológica e sistemática das normas que isentam tributos em favor de pessoas portadoras de deficiências físicas justifica a isenção de ICMS e IPVA na aquisição de veículo novo, mesmo que sem adaptação para o motorista, destinado ao transporte de deficientes físicos, ainda que estes não tenham habilitação nem condições para serem condutores de veículo automotor.

Relator(a): Borelli Thomaz

Comarca: Penápolis

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 28/03/2012

Data de registro: 02/04/2012

Outros números: 61803320108260438

Ementa: ICMS. IPVA. **Aquisição de veículo para transporte de pessoa portadora de deficiência física que lhe restringe os movimentos. Veículo a ser dirigido por terceiro. Circunstância que não afasta o benefício**. Isenção. Possibilidade. Recurso e reexame necessário desprovidos.

3. Por fim, não se constata ofensa ao princípio da legalidade na extensão do benefício das isenções pretendidas (IPVA), no veículo automotor da Autora, ainda que conduzido por terceira pessoa.

Logo, em consonância com as normas citadas, juntamente com o disposto na Constituição Federal: art. 7º, XXXI; art. 23, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 208, III; 227, II e § 2º, **que asseguram a proteção especial, além da inclusão social às pessoas deficientes, a manutenção da r. sentença atacada é de rigor.**

4. Em decorrência da proibição do art. 25 da Lei 12.016/09, deixo de fixar

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios por ser inaplicável o NCPC.

5. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observando que é desnecessária a citação dos dispositivos, bastando que a questão tenha sido analisada.

Isto posto, o **reexame necessário é conhecido e improvido**, mantendo-se na íntegra a r. sentença de fls. 118/123.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0028565-55.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido DÉBORA SCHUEDA BIER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.228)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso de Seleção pra Residência Médica 2017, em oftalmologia, do Hospital Oftalmológico de Sorocaba – Candidata que pretende a anulação da prova escrita-objetiva de primeira fase por conta de ilegalidades e abusos praticados pelas autoridades impetradas – Afronta aos princípios constitucionais e detectada violação de norma da Comissão Nacional de Residência Médica – Anulação da prova de primeira fase, bem como das demais fases subsequentes já realizadas – Determinação para aplicação de nova prova escrita-objetiva bem determinada em Primeiro Grau – R. Sentença mantida.

Recurso oficial improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de reexame necessário decorrente da r. sentença de fls. 328/333, cujo relatório é adotado, que concedeu parcialmente a segurança para determinar a anulação da prova escrita- objetiva da primeira fase do concurso de seleção pública para residência médica 2017 em Oftalmologia do Hospital Oftalmológico de Sorocaba-SP, aplicada em 09.12.2016, e, em decorrência, a anulação de todas as demais fases subsequentes já realizadas, com a aplicação de nova prova escrita-objetiva para todos os candidatos presentes no primeiro exame, adequando-se o edital para realização do novo ato, de maneira que conste a forma de divulgação do caderno de questões da primeira fase, bem como a possibilidade de recurso especificamente em relação à primeira fase, com prazo razoável para o exercício da faculdade pelos candidatos interessados. Sem condenação em verba honorária e custas pelas Impetradas.

Subiram os autos exclusivamente em virtude do reexame necessário, vez que ausente recurso voluntário (fls. 344).

Processado, subiram os autos.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao E. Des. Aroldo Viotti, integrante da C. 11ª Câmara de Direito Público, que determinou a sua redistribuição à esta C. 9ª Câmara (fls. 347/349).

Desnecessária a remessa dos autos à PGJ que tem deixado de se manifestar em casos que tais.

Instadas, a recorrida não se opõe acerca do julgamento virtual (fls., 359/360) e os demais interessados não se manifestaram, conforme certificado a fls., 368.

É o Relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela recorrida, objetivando a concessão de medida liminar para suspender o concurso de seleção para Residência Médica 2017 em Oftalmologia do Hospital Oftalmológico de Sorocaba/SP e, ao final, seja anulado o exame escrito-objetivo de primeira fase, aplicada em 09.12.2016, e, em decorrência, todas as demais fases subsequentes realizadas, com a imediata aplicação de novas provas escritas-objetivas para todos os candidatos presentes ao primeiro exame, com adequação da avaliação aos parâmetros constitucionais e legais vigentes (fls. 04/20).

A liminar foi deferida em Primeiro Grau, vez que, em sede de cognição inicial, vislumbrou-se violação à Resolução nº 02/2015 da Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM, bem como detectou o perigo da demora (fls. 91/93) e mantida a r. decisão por esta C. Corte, na apreciação dos Agravos de Instrumento nºs 2000511-74.2017.8.26.0000 e 2001307-62.2017.8.26.0000, desta

Acesso ao Sumário

Relatoria.

Ao final, a segurança foi concedida em parte, para anular a prova escrita-objetiva de primeira fase, impondo a aplicação de nova prova para todos os candidatos presentes no primeiro exame (fls. 328/333).

E no presente caso, o *decisum* de Primeiro Grau merece ser mantido.

Cumpre esclarecer que não há como se reconhecer a competência da Justiça Federal para apreciação do feito, vez que esta já declinou da sua competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual, conforme decisão de fls. 84/85.

No mais, importa transcrever o que estabelece o artigo 2º, da Resolução nº 2, de 27 de agosto de 2015, da Comissão Nacional de Residência Médica: "*A primeira fase será obrigatória e consistirá de exame escrito, objetivo, com igual número de questões nas especialidades de Clínica Médica, Cirurgia Geral, Pediatria, Obstetrícia e Ginecologia e Medicina Preventiva e Social (Saúde Coletiva e Medicina Geral de Família e Comunidade), com peso mínimo de 50% (cinquenta por cento).*"

Da simples leitura da norma, a prova de primeira fase do processo de admissão aos programas de Residência Médica deve conter um número igual de questões nas especialidades de *Clínica Médica, Cirurgia Geral, Pediatria, Obstetrícia e Ginecologia e Medicina Preventiva e Social.*

Em que pese não haver previsão de um número mínimo de questões, determina que as cinco especialidades tenham a mesma quantidade de perguntas.

E ainda que o Edital do Concurso de Seleção para Residência Médica 2017 dispusesse a respeito da possibilidade de anulação de questões (item 8.3.1 – fls. 33), a invalidação de 22 das 24 perguntas da especialidade de *'clínica médica'* afrontou diretamente o disposto na Resolução CNRM nº 2/2015, dada a desigualdade do número dos quesitos válidos da matéria em confronto às demais.

Dessa forma, claramente houve violação aos princípios da legalidade e da razoabilidade, vez que foge à normalidade a irregularidade detectada na prova de primeira fase da seleção, que comprometeu toda a aferição de conhecimento dos candidatos. Ora, deve ser protegida a legalidade do certame para garantia da segurança jurídica.

Ressalte-se ainda que o vício contido na prova objetiva do 'Concurso de Seleção da Residência Médica 2017', em oftalmologia, atingiu todos os candidatos que a ela se submeteram, devendo o exame ser novamente aplicado aos presentes.

Assim bem julgou o MM. Juízo *a quo*:

"No caso, verifica-se a anulação de 22 das 24 questões da disciplina

Acesso ao Sumário

de "clínica médica", o que contraria o disposto no art. 2º da Resolução nº 02/2015 da Comissão Nacional de Residência Médica CNRM, que regulamenta os procedimentos de admissão aos programas de residência médica:

> *Art. 2º A primeira fase será obrigatória e consistirá de exame escrito, objetivo, com igual número de questões nas especialidades de Clínica Médica, Cirurgia Geral, Pediatria, Obstetrícia e Ginecologia e Medicina Preventiva e Social (Saúde Coletiva e Medicina Geral de Família e Comunidade), com peso mínimo de 50% (cinquenta por cento) -* ***grifei.***

Neste sentido, ainda que o art. 3º, §2º, da mencionada Resolução, estabeleça que "Estão classificados numa fase subsequente os candidatos que alcançarem, no mínimo, 50% de acertos na prova da respectiva fase" (grifei), tenho que restou comprometida a avaliação quanto ao aproveitamento dos candidatos em todas as competências exigidas na primeira fase do certame, o que, por lógica, comprometeu a avaliação global dos concorrentes e, por consequência, comprometeu a realização de todo o certame, já que praticamente suprimida a análise em relação à especialidade "clínica médica".

Tal circunstância, de fato, desnatura o sentido imbuído na normativa do órgão responsável pela regulação dos procedimentos de admissão aos programas de residência médica em todo o país, pois, ainda que a pontuação das questões anuladas tenha sido atribuída a todos os participantes da seleção, impossível a análise quanto ao desempenho dos candidatos em todas as cinco disciplinas.

Em razão disso, tenho que acabou distorcido um importante critério de avaliação disciplinado na Resolução nº 02/2015 da Comissão Nacional de Residência Médica CNRM, tocante ao igual número de questões nas cinco especialidades cobradas na primeira fase do processo de seleção.

Daí porque se conclui que houve efetiva violação às normas regulamentadoras do processo de seleção pública dos candidatos aos programas de residência médica, capaz de autorizar a concessão da segurança, para fins de anulação de todo o certame, por ter se tornado inadequado à seleção dos candidatos mais bem preparados, afetando, em última análise, o próprio interesse público.

Releva notar que o julgamento, em tais hipóteses, encontra-se amparado nos princípios da razoabilidade, legalidade, proporcionalidade, isonomia e segurança jurídica, não se tratando da simples análise de eventual benefício que a impetrante possa ter com a anulação da prova, já que o objetivo primordial é garantir a lisura de todo o procedimento, notadamente em relação ao cumprimento do que disciplina a Resolução nº 02/2015 da Comissão Nacional de Residência Médica CNRM, diploma que regula os procedimentos de admissão aos programas de residência médica." (fls. 330/331)

Acesso ao Sumário

Além disso, constatou-se outra mácula no Edital do certame, pois não foi aberta a via recursal para a primeira fase. O item 8.2.1 (fls. 33), apenas previa a possibilidade de interposição de recursos na segunda fase e quanto ao resultado final do concurso, de forma a afrontar os postulados do contraditório e da ampla defesa.

Novamente cumpre transcrever um trecho da bem lança sentença:

"Quanto às regras do concurso, constato que, de fato, logo após a disponibilização do gabarito da primeira fase, já foi feita a divulgação do resultado final (nos termos do Edital, itens 8.1.1, 8.1.2 e 8.1.3), inexistindo prazo para recurso, que apenas constou em relação à segunda fase e ao resultado final das provas (item 8.2.1).

Tal mácula não pode prevalecer, já que a possibilidade de recurso em relação à prova escrita-objetiva não pode ser simplesmente abolida. Isso porque qualquer candidato pode recorrer de quantas questões quiser e de todas as avaliações da seleção, e por isso não pode ser prejudicado.

Disso conclui-se que toda fase de um concurso tem que permitir recurso, já que o cidadão está participando de um processo público, e, bem por isso, todos os dados têm de ser públicos. É o que se extrai do princípio da transparência como um desdobramento do princípio constitucional da publicidade.

Imprescindível, portanto, a divulgação do caderno de questões, justamente para se possibilitar a faculdade de recurso por parte dos candidatos.

Nesse contexto, diante do disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, que resguarda o direito de certidão e direito de petição, e com fundamento no Princípio da Publicidade, forçoso admitir a necessidade de adequação para fins de realização de novo concurso, de forma que conste do edital a forma de divulgação do caderno de questões da primeira fase, bem como a possibilidade de recurso especificamente em relação à prova escrita-objetiva, não devendo prevalecer a omissão das autoridades coatoras, visto que injustificada e abusiva." (fls. 332).

Diante de tais vícios, de rigor a manutenção da bem lançada sentença objeto do recurso oficial.

Por fim, em consulta ao sítio eletrônico da CONSESP, constata-se que houve a "Rerratificação do Edital do Concurso de Seleção para Residência Médica 2017", na especialidade Oftalmologia, com a nova aplicação da prova de primeira fase, ocorrida aos 19.03.2017, e facultada a possibilidade de interposição de recursos. Verifica-se ainda que aos 30.03.2017 foi publicado o resultado final e convocação para matrícula.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0917682-60.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que , são recorridos CÍCERO CAMILO RODRIGUES (ESPÓLIO) e DALVA GARCIA RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram a revisão do julgado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.888)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 1º de setembro de 2017.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO.

1. Agente fiscal de rendas – Redutor salarial imposto pela superveniente EC 41/03 – Admissibilidade – Inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se sobreponha ao teto remuneratório dos servidores públicos – Vantagens de caráter pessoal e/ou de qualquer outra natureza que passam a integrar o cálculo do referido limite, após a nova ordem constitucional – Entendimento do E. Pretório Excelso, em sede de repercussão geral (RE 606.358/SP-RG) – Improcedência da demanda – Reforma da sentença em sede de juízo de retratação.

2. Revisão do julgado acolhida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **reexame oficial** interposto contra a sentença de fls. 175/185, cujo relatório se adota, que ***julgou procedente o pedido inicial*** para que se cessem os descontos nos proventos do beneficio agora recebido pela meeira, fixando honorários de 10% do valor da causa.

O recurso de apelação da SPPREV não foi recebido, por intempestividade, subindo os presentes autos para o reexame necessário (vide fls. 195/196, 197/211, 212/226, 229, 231/232, 234 e 236).

Os autos foram devolvidos à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao disposto

no artigo 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil vigente), diante do julgamento de mérito pelo ***E. Pretório Excelso*** do **RE 606.358/SP, Tema nº. 257** (fls. 281).

É o relatório.

A revisão do julgado deve ser acolhida.

A questão constitucional acerca do estabelecimento de teto salarial sofreu diversas modificações ao longo dos anos, gerando sempre muita controvérsia sobre a base de cálculo e o momento de sua incidência.

Este relator entendia que apenas e tão-somente as vantagens pessoais recebidas após a edição da Emenda Constitucional nº. 41/2003 poderiam ser atingidas pelo teto supracitado, pena de violação a direitos subjetivos inalienáveis, protegidos por cláusulas pétreas.

Todavia, tal entendimento agora se encontra superado, tendo em vista a recente decisão do ***Plenário do E. STF*** no sentido de que, para efeito de observância do teto constitucional previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, computam-se também valores percebidos antes da vigência da Emenda Constitucional nº. 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, não prevalecendo a garantia da irredutibilidade de vencimentos, em face da nova ordem constitucional e, ainda, que a redução deve ser efetuada de imediato.

A decisão foi tomada no julgamento do **RE nº. 606.358/SP**, com repercussão geral reconhecida, o que leva a aplicação da decisão a todos os processos judiciais que discutem a mesma questão.

Eis a ementa do referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 41/2003. INCLUSÃO. ARTIGP 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº. 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.

2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (artigo 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no artigo 37, XI, da Constituição da República.

3. Traduz afronta direta ao artigo 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores

Acesso ao Sumário

percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº. 41/2003, a título de vantagens pessoais.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 606358/SP - Rel. Ministra Rosa Weber - Tribunal Pleno - j. 18.11.2015 - DJe 07.04.2016).

Idêntica decisão foi tomada no julgamento do **RE nº. 609.381/GO**, também com repercussão geral reconhecida. Segue a ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.

1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº. 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.

3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.

4. Recurso extraordinário provido.

(RE 609381/GO - Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI - Tribunal Pleno - j. 02.10.2014 - DJe 11.12.2014).

Como faz em todos os julgamentos de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, o ***Plenário do E. Pretório Excelso*** fixou a seguinte tese ao final da análise do citado **RE 606.358-RG (Tema nº. 257 da Repercussão Geral**, que diz respeito "*ao direito, ou não, de servidor público estadual aposentado continuar recebendo todas as vantagens pessoais incorporadas anteriormente à modificação do artigo 37, XI, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 41/2003"*): "**Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição da República, também os valores percebidos anteriormente à vigência**

Acesso ao Sumário

da Emenda Constitucional nº. 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição de valores eventualmente recebidos em excesso e de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015".

Por conseguinte, não há direito adquirido e/ou ato jurídico perfeito, extensível à coisa julgada, que se sobreponha ao teto remuneratório dos servidores públicos, de maneira que, após a nova ordem constitucional respectiva, vantagens de caráter pessoal e/ou de qualquer outra natureza passam a integrar o cálculo do referido limite constitucional.

Desta feita, impõe-se a adesão ao entendimento exarado pelo ***E. Excelso Pretório***, a quem cabe se pronunciar em última instância sobre os direitos e garantias individuais, aí incluído o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos, de maneira a reconhecer a legalidade da aplicação do teto constitucional no caso presente.

O ***C. Superior Tribunal de Justiça***, na linha do entendimento firmado pelo ***E. Supremo Tribunal Federal,*** também já consolidou sua jurisprudência: **AgRg no RMS 46464/MG - Relatora Ministra Assussete Magalhães - 2ª Turma - DJe 02.02.2016.**

No mesmo sentido é o atual entendimento desta ***E. 12ª Câmara de Direito Público*** **(AC 0047120-60.2012.8.26.0053 - Relator: Edson Ferreira - recurso julgado em 16.03.2016 - v.u)** e também a jurisprudência recente deste **E*. Tribunal de Justiça*: (1) AC 0034178-34.2010.8.26.0451 - Relator: Camargo Pereira - 3ª Câmara de Direito Público - j. 10.05.2016 - v.u; (2) AC 0011936-48.2009.8.26.0053 - Relator: Sidney Romano dos Reis - 6ª Câmara de Direito Público - j. 19.10.2015 - v.u; (3) AC 033786-34.2015.8.26.0053 - Relator: José Maria Câmara Junior - 9ª Câmara de Direito Público julgado em 09.03.2016 - v.u; (4) AC 0059343-45.2012.8.26.0053 - Relator: Souza Meirelles - 13ª Câmara de Direito Público - j. 27.04.2016**.

Portanto, em consonância com o decidido pelo ***E. STF***, com amparo no disposto no artigo 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil vigente), ***acolhe-se a revisão do julgado*** para ***reformar a sentença (fls. 175/185) e decretar a improcedência do pedido.*** Arcarão os vencidos com os encargos da sucumbência (custas e despesas processuais), incluindo verba honorária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento no artigo 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época do sentenciamento.

É o que se decide.

Posto isso, **acolhe-se a revisão do julgado.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0011169-19.2013.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido NILZA BARBOSA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento à remessa necessária. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.402)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ROBERTO MARTINS DE SOUZA e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 9 de outubro de 2017.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: ACIDENTÁRIA. Aposentadoria por invalidez. Prova pericial produzida sob o crivo do contraditório que dá respaldo ao pedido. Inexistência de controvérsia quanto à questão fática. Sentença de procedência mantida. Remessa necessária conhecida e não provida.

VOTO

I- Trata-se de ação ajuizada por **NILZA BARBOSA DA SILVA** em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**. Segundo relato da inicial, a autora trabalhava como cortadora de cana, sofrendo acidente de trabalho em 08.11.04 e desde então teve sua capacidade laborativa gravemente prejudicada. Foi concedido o auxílio-doença acidentário, mas o benefício cessou injustificadamente, o que deu causa ao ajuizamento de ação buscando a retomada do pagamento, a qual foi julgada procedente.

O benefício foi recebido até outubro de 2012, quando novamente houve interrupção. A tentativa de restabelecer o pagamento pela via administrativa não obteve êxito. Pede a condenação do réu a conceder-lhe aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, o auxílio-doença acidentário.

Foi determinada a realização de perícia com ortopedista e também com psiquiatra. Elaborados os laudos (fls. 90/99 e 150/151), a r. sentença de fls. 181/183 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a pagar o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez de 100% do salário de

Acesso ao Sumário

contribuição vigente no dia do acidente, tendo como termo inicial o dia seguinte à cessação do auxílio-doença, com correção pelos índices legais e juros de 1% ao mês, observando-se a Lei nº 11.960/09 a partir de sua vigência, além de pagar também honorários advocatícios de 10% sobre as parcelas vencidas até a data da sentença.

Foi concedida antecipação de tutela para implantação imediata do benefício, sendo comprovado o cumprimento em novembro/15 (fls. 194/198).

Os autos vieram a esta E. Corte tão somente por força do reexame necessário.

Os autos foram redistribuídos a esta Relatora em 09 de maio de 2017, na forma da Resolução nº 737/2016 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça e da Portaria nº 02/2017 (fl. 208). Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 213).

É o relatório.

II- r. sentença não merece reparos.

O laudo subscrito pelo ortopedista constatou a redução da capacidade laboral por processo degenerativo crônico instalado na coluna, não haveria invalidez com relação à patologia ortopédica, sendo possível o exercício de função de trabalho adaptada (fl. 94).

No entanto, questionado o psiquiatra acerca da incapacidade para o trabalho em decorrência das sequelas do acidente, este afirmou que "há incapacidade total e permanente para o trabalho", que "A incapacidade (...) decorre da condição psiquiátrica" e "Não há possibilidade de reabilitação" (itens 7, 9 e 10, fl. 151). Portanto, como bem destacou o Juízo, o quadro de depressão foi agravado pelas sequelas decorrentes do acidente de trabalho sofrido, configurando o liame entre o dano e sua causa. Não há controvérsia quanto a isto, tanto que sequer houve apelo voluntário e a determinação de antecipação de tutela para implementação imediata do benefício já foi cumprida pelo INSS.

Já foi determinada a observância da Lei nº 11.960/09 a partir da data de sua entrada em vigor, de forma que a r. sentença há de ser mantida tal como lançada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento** à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1001720-78.2016.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que é recorrente juízo *EX OFFÍCIO*, é recorrido JULIANO AMADOR ORIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.331)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 10 de outubro de 2017.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – EMBRIAGUEZ NÃO CONSTATADA – CANCELAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – CNH.

Cuida-se de mandado de segurança em que requer o impetrante o anulação do Procedimento Administrativo n.º 188-0/2015 que implicou em penalidade administrativa de suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

Impetrante que, a despeito de ser autuado pelas infrações previstas nos arts 303 e 305 do CTB – ocorrência de constatação da ausência de autuação no art. 165 no Boletim de Ocorrência. Inviabilidade da penalidade da cassação do direito de dirigir diante da comprovação da ausência de embriaguez. Sentença mantida. Reexame necessário desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos;

Trata-se de reexame necessário a que se submete a r. sentença de fls. 81/84, nos autos de mandado de segurança impetrado por JULIANO AMADOR ORIA contra ato do DIRETOR DE TRÂNSITO DA 86ª CIRETRAN, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* concedeu a segurança para anular o Procedimento Administrativo n.º 188-0/2015 bem como a penalidade aplicada ao impetrante.

Não houve interposição de recurso de apelação pelas partes.

Os autos subiram por força do duplo grau de jurisdição e acham-se prontos para decisão.

É o relatório. Passo ao voto.

Verifica-se que a sentença ora reexaminada deve ser mantida, porque ausentes quaisquer vícios na instrução processual que possam contaminar o "*decisum*".

Trata-se de mandado de segurança contra ato imputado ao DIRETOR DE TRÂNSITO DA 86ª CIRETRAN, em que o impetrante pretende a anulação do Procedimento Administrativo n.º 188-0/2015, que culminou em penalidade de suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses bem como na exigibilidade da entrega da CNH. A alegação do impetrante é de que as autoridades policiais deduziram injustamente que estava embriagado no momento do acidente ocasionado com uma motocicleta em 28/03/2015.

No caso concreto, logrou o impetrante demonstrar o seu direito líquido e certo a ser concedido o provimento pleiteado. Isto porque consta do boletim de ocorrência n. 640/2015 que na ocasião do acidente o impetrante procurou se proteger em um salão de festas das ameaças de pessoas que presenciaram o incidente. Assim entenderam os policiais que o impetrante havia consumido bebida alcoólica por se encontrar em um salão de festas, haja visto que o acidente fora ocasionado por hipótese diversa.

Constatou-se por prova testemunhal, constante do boletim de ocorrência n. 640/2015 (fls. 14/22), a ausência de embriaguez a ensejar penalidade constante do art. 306 do CTB, posto que a despeito da autuação, a autoridade policial constatou que o "**condutor não praticou o delito de embriaguez**", portanto, não incorreu na infração do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

Na r. sentença assim constou:

> Ademais, conforme a autoridade policial no boletim de ocorrência de fls. 14/22, "(...) a conduta do abordado não se amolda à figura típica prevista no art. 306 do CTB. Enfatize-se que não se trata, a nosso ver, de ausência de prova capaz de ensejar a sua responsabilização no tocante ao referido tipo penal. **Ao contrário, a prova foi produzida (prova testemunhal) e comprovou que o abordado não praticou o delito de embriaguez ao volante".** (grifou-se).
>
> Por conta disso, não constatada a embriaguez ao volante, evidente a ilegalidade do ato da autoridade coatora, ao aplicar penalidade diversa da respectiva autuação.

Portanto, ausente comprovação do estado de embriaguez atribuído pelo Procedimento Administrativo n. 188-0/2015, é o caso de se afastar a imputação da sanção prevista no art. 165 do CTB.

Desse modo, acertada a r. sentença que concedeu a segurança para anular o procedimento administrativo e a penalidade aplicada.

Acesso ao Sumário

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do reexame necessário.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1]. Em caso de discordância, esta deve ser manifestada no próprio momento de sua interposição.

Acesso ao Sumário

1 Nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0013223-13.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante R.S.S., 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: "Não conheceram do recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.558)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Denúncia por estupro de vulnerável contra vítima sem discernimento para a prática de ato libidinoso, por enfermidade ou deficiência mental (art. 217-A, § 1º, do Código Penal). Decisório de origem que homologa laudo de exame de insanidade mental do ofendido. Recurso que questiona o trabalho pericial e postula a realização de novo exame. Impossibilidade. Decisão recorrida que não possui caráter definitivo. Não cabimento de recurso de apelação (art. 593, I e II, do Cód.Proc.Penal). Recurso não conhecido.

VOTO

Visto.

Trata-se de decisão de *f. 100*, proferida nos autos de processo penal movido em face de R.S.S., pela infração penal capitulada no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal (*estupro de vulnerável contra vítima sem discernimento para a prática de ato libidinoso, por enfermidade ou deficiência mental*), em que o d. Juízo de origem homologou o laudo de exame de insanidade mental de *f. 51/55*

Acesso ao Sumário

e os respectivos complementos (*f. 60/63, 66 e 80/85*).

Apela a defesa – *f. 114/117* –, para postular que se realize novo exame, sustentando que a perícia realizada por meio de entrevista com duração de apenas trinta minutos e na presença da mãe da vítima teria comprometido o resultado do trabalho.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 121/123* – que defendem o improvimento do apelo.

Autos distribuídos (*f. 124*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, por seu improvimento – *f. 125/129* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***6.abr.2017**, f. 130.*

É o relatório.

Desnecessário o exame meritório.

É que, como bem pontua a D. Procuradoria de Justiça, em brilhante parecer, o presente apelo **não pode ser conhecido.**

Visa o recurso interposto combater decisão da origem (*f. 100*) que tão somente homologou o laudo de insanidade mental e os respectivos complementos do exame pericial ao qual se submeteu a vítima (*f. 51/55, 60/63, 66 e 80/85*), após constatar a inexistência de vícios formais que pudessem inviabilizar sua homologação.

De tal sorte que **não possui conteúdo decisório** para desafiar o recurso de Apelação Criminal, não se verificando tampouco as hipóteses legais de cabimento recursal estabelecidas nos incisos do art. 593 do Código de Processo Penal.

De efeito.

A perícia foi requerida para aferição e comprovação de eventual enfermidade ou deficiência mental da vítima, em razão de dúvidas levantadas sobre sua higidez mental, tendo em vista que a denúncia imputa ao acusado a conduta de estupro de vulnerável contra vítima sem discernimento para a prática de ato libidinoso, por enfermidade ou deficiência mental (*art. 217-A, § 1º, do Código Penal*).

Uma vez realizado o exame pericial e apresentados os laudos, estes foram então homologados pela origem, em decisão que rejeitou o pleito defensivo de realização de novo exame, constatando a integridade formal daquele trabalho.

E é contra este decisório que se insurge o apelante, em recurso que, todavia, ***não merece ser conhecido.***

Afinal, não existe, "*in casu*", o objeto que o recurso de Apelação deve atacar, qual seja, a sentença definitiva de condenação ou absolvição proferida

Acesso ao Sumário

por juiz singular, nos termos do art. 593, I, do Código de Processo Penal.

E tampouco a decisão da origem se enquadra no art. 593, II, do "*Codex*" processual, uma vez que não se trata de decisão definitiva ou com força de definitiva.

Isto porque a decisão homologatória daqueles laudos não adentra seu conteúdo, mas apenas analisa o trabalho pericial do ponto de vista formal, reservando à análise do mérito ao momento oportuno.

Exatamente isto, aliás, o que se depreende do teor do decisório, que assim dispõe de forma explícita.

Nesses termos, tem-se que o conteúdo do exame não foi avaliado pelo d. Juízo de origem, que simplesmente avalizou a elaboração, a existência e a regularidade formal da prova lançada nos autos.

Destaque-se que o apelante sequer se insurge contra tais aspectos, mas apenas contra o próprio conteúdo da perícia e a validade das conclusões exaradas pelo perito judicial.

O que – *repita-se* – o d. Juízo não analisou até aqui.

Trata-se, em suma, de matéria relacionada à própria análise probatória, o que somente poderá se discutir em momento oportuno, tendo em vista a valoração judicial do conjunto probatório produzido ao longo da instrução penal.

Não se entrevê, nesses termos, conteúdo decisório que justifique a interposição de recurso de apelação, na medida em que as conclusões exaradas na perícia somente serão avaliadas quando da prolação de futura sentença, condenatória ou absolutória, o que se fará à luz de todas as provas produzidas – *pela acusação e pela defesa* –, observado os princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação das decisões judiciais.

Apenas após a valoração judicial das provas, poder-se-á discutir, então, de forma ampla, o conteúdo do exame pericial e a validade das conclusões do perito judicial exarada nos laudos.

Neste momento, porém, descabe o recurso interposto.

Não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021246-54.2002.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante J.S.B., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, negaram

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.638).**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Processo Penal. Estupro. Agressor que mantinha relação concubinária com a genitora biológica da ofendida. Ação penal pública incondicionada. Dispensa da representação. Irrelevância da retratação da mãe. Preliminar rejeitada com fulcro no art. 225, §1º, II do Cód. Penal.

Condenação mantida. Relevância da palavra da vítima. Confortada por Assistente Social que a atendeu. Congruência nas falas da menor ao longo da instrução. Jurisprudência que reconhece a relevância da imputação disparada pela ofendida.

Tentativa. Fração redutora proporcional aos fatos. Maior proximidade da consumação.

Apelo desprovido.

VOTO

RELATÓRIO

O apelante acabou condenado na origem, dado como incurso nos arts. 213, 226, II e 14, II do Cód. Penal, devendo cumprir 5 anos e 10 meses de reclusão a partir do regime fechado (fls. 217/222).

Todavia, não resignado, apelou (fls. 231 e 272/276).

Preliminarmente, alegou que o processo estaria contaminado de nulidade irremovível. É que a mãe da menor, a fl. 37, se retratou, pendendo a ação penal pública condicionada da correspondente representação pelos genitores da suposta ofendida. No mérito aduziu que tudo não passou de maquinação da ofendida e que, não sendo padrasto da menor, não incidiria o inc. II do art. 226 do CP, por isso devendo ser refeita a dosimetria.

Apelando em liberdade, viu as contrarrazões aqui aportarem, como também o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, este pelo desprovimento (fls. 289/291 e 299/303).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

VOTO N. 36.638

A retratação da genitora (fl. 37) mostrou-se no presente caso irrelevante, eis que há várias passagens nestes autos referindo que, ao tempo dos fatos, a mãe da menor vivia relação amorosa e familiar estável com o apelante, incorrendo, pois, na situação posta no art. 225, §1º, II do Cód. Penal, que transcrevo *ipsis literis*:

"Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

(...)

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

(...)".

Convenhamos, a interação de caráter íntimo e permanente entre homem e mulher, com a finalidade de constituição de núcleo familiar, importa união estável e a decorrência lógica com referência à prole de um dos envolvidos é a produção da condição de padrasto (ou madrasta).

Nem se abriu controvérsia explícita a respeito disso.

Hipótese destes autos.

Ainda neste mesmo sentido a leitura do texto normativo retro destacado, agora em acordo com julgado do Pleno do col. STF. Confira-se no julgamento do HC 123.971/DF, rel. o Min. Teori Zavascki, 25.2.2016.

O companheiro, então, alia-se à enteada sem indagação da relação desta com o próprio pai, daí a incidência do dispositivo de direito material suso referido, que dá azo à ação penal pública incondicionada (mesma conclusão adotada pelo e. STJ, vide RHC 2596-0, rel. Min. José Dantas, DJU 5.4.1993, p. 5846).

A razão do dispositivo é clara: a proteção do hipossuficiente menor de idade[1], recurso mais seguro de que dispunha o legislador para prevenir-se ante o risco de impunidade (RJTJSP 20/410, TJSP – rel. Des. Adriano Marrey).

No mérito, confirma-se a condenação, porque a jovem, na delegacia e mais tarde em juízo, em linhas gerais, disse a mesma coisa, incriminando o recorrente, sem que esse conseguisse convencer do contrário o Estado-juiz (fls. 5, 8/9 e 175).

Nos crimes sexuais, normalmente praticados sem a presença de testemunhas, a jurisprudência tem dado especial relevo aos depoimentos das vítimas, mormente quando confirmados pelo contexto probatório.

E nesse sentido a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça: HC

Acesso ao Sumário

1 Cf. fl. 8 a menor tinha 17 anos de idade (nascida em 14.6.1984).

53.877/PE – rel. Min. Paulo Gallotti – j. 18.12.2006; HC 46.597/MG – rel. Min. Félix Fischer – DJU 13.2.2006; HC 32.342/MG – rel. Min. Laurita Vaz – DJU 17.5.2004; HC 29.421/RJ – rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 19.12.2003.

Não ficou demonstrado que a vítima tivesse algum interesse em incriminar o réu, que nem se deu ao trabalho de cogitar explicações sobre aquilo que restou disparado contra ele.

O reconhecimento pessoal por parte da vítima, no campo processual penal, assume inegável valor probante, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação, o que não é o caso dos autos, onde não se vislumbra qualquer motivação no sentido de se acusar pessoa supostamente inocente.

Adota, então, papel preponderante e goza da presunção da veracidade, tomando especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível à condição humana que alguém incrimine irresponsavelmente pessoa idônea, daí porque o relato merece todo o crédito, porque não teriam os acusadores qualquer proveito em mentir.

Matéria desse teor foi acolhida anteriormente neste Sodalício, e em condições aproximadas, confira-se na Apel. 0004446-22.2010.8.26.0220 – 2ª Câm. Criminal – rel. Des. Almeida Sampaio – J. 10.10.2011 e na Apel. 0006429-96.2009.8.26.0606 – 16ª Câm. Criminal – rel. Des. Newton Neves – J. 29.11.2011.

Nem se diga que o resultado derivou apenas da vontade da ofendida, porque suas assertivas foram bem confortadas pela prova pericial (fls. 18/19), que prova a existência de lesões corporais de defesa, adquiridas à época dos fatos, como também o relevante testemunho da Assistente Social M.H.S.F.B., que acompanhou a jovem e constatou as consequências do desatino.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina sobre o ônus da prova: "(...) A regra concernente ao onus probandi, ao encargo de provar, é regida pelo princípio actori incumbit probatio, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o acusador afirma que Mévio furtou, o ônus da prova lhe cabe, mesmo porque, enquanto não definitivamente condenado, o réu é presumidamente inocente. Se este alega que a pretensa res furtiva era sua, compete- lhe a prova (...) Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade, etc., o ônus probandi é inteiramente seu (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)" (in Código de Processo Penal Comentado. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356).

A citação seria até despicienda na medida do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)": no processo penal o réu assume o papel de reconvinte do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, a legítima defesa precisa ficar provada e

Acesso ao Sumário

tal incumbência é daquele que levanta a bandeira em seu proveito (RT 671/346).

E esta somente pode ser afirmada quando extreme de dúvidas (RT 387/326 e 395/322), o que não é a hipótese deste caso.

Nem se alegue violação de orientação pretoriana porque o E. Superior Tribunal de Justiça assim também admitiu, confira-se no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 949.136/SP, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 24.8.2016.

A parte, pois, respeitosamente, não se ocupou de convencer sobre seus argumentos, desatendeu a regra de distribuição do ônus de provar.

No tocante à dosimetria bem explicou o MM Juiz o rigor adotado na 1ª fase, porque há provas dos efeitos do desatino. Demais disso, é digno de nota que a quantidade dos acréscimos ou diminuições ocorridas na primeira e segunda etapas da dosimetria fica ao prudente critério do juiz, sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto e respeitados os limites legais mínimos e máximos, tudo em acordo com os escólios de Julio Fabbrini Mirabete ("Código Penal Interpretado", 8ª ed., Atlas, 2013, nº 68.3, pág. 405) e de Fernando Capez ("Curso de Direito Penal-parte geral", 6ª ed., Saraiva, 203, pág. 395 e 397).

Acha-se consagrada a orientação pela qual a sanção penal deve refletir, em todas as suas minúcias, proporcionalidade em relação à dimensão do fato perpetrado contra a ordem jurídica, efetivando, em termos objetivos, seu caráter retributivo e, desse modo, assinalando, com o necessário destaque, a esperada prevenção pelo anúncio social das consequências advindas de cada desatino.

Nesta quadra exsurge, pois, a inspiração do escólio do Des. Canguçu de Almeida, ainda do seu tempo de TACRIM/SP, leia-se no agravo em execução 509.131-7:

"À medida em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz sociais, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito".

Tornando ao caso em concreto, não se trata de fato de somenos, mas de tentativa de posse sexual de enteada.

Assim restaram violados complexos axiológicos de primeira grandeza, amplamente preservados pela Carta Constitucional, a liberdade sexual, a dignidade da ofendida e a proteção prioritária do menor de idade.

Por tais razões estratégicas o princípio da obrigatoriedade da individualização das penas, para aqui ser cumprido em sua magnitude, exigia fossem considerados vários requisitos enumerados na lei, não apenas a idade do faltoso e seus antecedentes, como a sua culpabilidade, a sua personalidade, as específicas circunstâncias do desatino e mesmo as consequências que este deixou indelevelmente marcadas não apenas no seio social (em consonância

Acesso ao Sumário

com a Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; mais o texto do Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, caput, e mesmo do Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II), especialmente na história da ofendida.

Predicava o jurista Enrico Ferri que, "(...) em todo crime, há um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Ou seja, em outras palavras, "O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta - a readaptação, empenhando-se, especificamente, pela eliminação do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado" (Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal, 1ª ed., Forense, 1942, vol. II, nº 22, pág. 153).

Destarte, pois, quando cuida "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, *caput*).

Aliás, não se há falar em tabelamento das reprimendas, nem mesmo em institucionalização da pena mínima.

Mantidas, assim, por este rol de motivos, as nuances da dosimetria, inclusive a fração redutora pela tentativa (1/3), na medida do que ficou apurado, a série de atos que levavam ao cometimento da falta.

A propósito desse item, oportuno também destacar que, na redução das sanções pela tentativa, o critério deve seguir a proporção inversa do *iter criminis* percorrido pelo agente. Logo, quanto mais o agente se aproxima da consumação menor deve ser a diminuição das penas (um terço); quanto menos se aproxima da consumação maior deve ser a atenuação (dois terços).

Em outras palavras, talvez mais exatas, "sendo o *conatus* um *minus* diante do delito consumado, constituindo simples segmento ou parcela deste, patente é que, para o menor, *sanctio juris* mais branda havia de ser cominada" (cf. Fernando de Almeida Pedroso, Direito Penal, 2ª ed., Leud, 1997, vol. I, pág. 288).

São assim tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes (cf., p. ex., Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, Da Tentativa, 3ª ed., RT, 1992, nº 7.4, págs. 132-3; José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, 2ª ed., Saraiva, 1965, vol. II, § 92, nº 6, págs. 288-9; Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, vol. 1, págs. 366-7; STF, 2ª

Acesso ao Sumário

Turma, HC 71.441-2, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 08/09/95, pág. 28.355; STJ, 5ª Turma, REsp 219.221/MG, rel. Min. Félix Fischer, in DJU de 14/02/00, pág. 62; RTJ, 143/178-189; JSTF, 167/357; RSTJ, 123/422; RT, 392/330, 566/340, 585/339, 604/283-402, 614/283, 631/301, 642/330, 660/296, 733/694, 738/555, 748/679, 760/545, 762/670, 774/687 e 797/682; RJDTACrim, 2/114, 3/147, 7/137, 9/146, 11/98, 14/108, 15/148, 26/67, 31/159, 46/184, 55/145 e 63/87; RJTJERGS, 150/171, 159/197 e 187/130).

Não discrepa o exímio Nélson Hungria explicando que, "Para fixar *in concreto* a pena da tentativa, começa-se por um processo hipotético, mediante o qual o juiz calculará a pena como se o crime se tivesse consumado; em seguida, o *quantum* apurado será reduzido de um a dois terços, como determina o parág. único do art. 12. 17" (Comentários ao Código Penal, 5ª ed., Forense, 1978, v. I, t. II, nº 68, pág. 92).

Destarte, correta a redução eleita, vale dizer, o réu ficou além da metade do *iter criminis* (percurso) para a *meta optata* (realização do furto), na medida em que admitimos, pela prova já examinada, a palavra da ofendida.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e proponho à turma recursal que negue provimento.

O acusado está solto, então, inicie-se a execução da pena após decorrido eventual prazo para embargos de declaração em (se for o caso) embargos infringentes ou, na falta destes, após o termo final do prazo para os declaratórios, em consonância com jurisprudência consolidada pelo Col. Pretório Excelso, vide o julgamento em 17.2.2016 do HC 126.292/SP. O relator do caso, Min. TEORI ZAVASCKI, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Col. STF ou E. STJ, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. E, assim afirmou, *verbis*: "Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Anoto ainda que, recentemente, idêntica orientação na mesma Corte foi repetida por ocasião do julgamento do HC 135.608, rel. Min. CARMEN LÚCIA. Aliás, o mesmo Col. Pretório Excelso definiu a questão por ocasião do julgamento que indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocorrido em 5.10.2016, bem como reconheceu a repercussão geral da questão constitucional em 10.11.2016, suscitada no ARE 964.246, e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032914-81.2010.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante JEAN DAMÁSIO DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.636)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CONDENAÇÃO LASTREADA EM FARTA PROVA ORAL E DOCUMENTAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 186/192, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal promovida pela JUSTIÇA PÚBLICA contra **Jean Damásio de Lima**, para condená-lo ao cumprir a pena privativa de liberdade de **2 anos de detenção**, em **regime aberto**, bem como suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo mesmo período, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal e pena pecuniária, no importe de 50 salários-mínimos, a ser destinada aos dependentes da vítima, por infração ao **artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.**

Pleiteia, em resumo, o apelante, a absolvição com lastro na atipicidade da conduta ou na fragilidade das provas. Subsidiariamente, requer a substituição da prestação pecuniária imposta por outra restritiva de direitos ou multa (fls. 222/236).

Apresentadas as contrarrazões pelo representante do Ministério Público (fls. 239/243). A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 245/250).

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

Consta dos autos que, no dia 16 de março de 2010, por volta de 21h30min, na confluência da Rua Eurachio Maurício com a Rua Cascata, Guarulhos/SP, *Jean Damásio de Lima*, praticou homicídio culposo, na direção de veículo automotor, contra *Maria de Fátima Ribeiro Matos*.

Segundo apurado, o acusado ingressou na Rua Eurachio Maurício, sem tomar as devidas cautelas (negligência), em velocidade não compatível com o local (imprudência), vindo a perder o controle do veículo e, ao tentar desviar de uma pessoa que estava com uma criança, atingiu a vítima. As lesões causadas pela forte colisão foram a causa de sua morte.

Na fase inquisitiva, o apelante informou que conduzia o automóvel na velocidade de 25 as 30 km por hora quando ocorreu o acidente. Negou ter perdido o controle do veículo. Explicou que a vítima surgiu por detrás de um carro que estava estacionado, momento em que colidiu contra o carrinho que ela carregava. Disse que não estava falando ao telefone por ocasião da colisão e que não atingiu uma pessoa em uma bicicleta (fl. 25).

Sob o crivo do contraditório, o acusado manteve a versão apresentada na Delegacia de Polícia (CD).

A testemunha presencial *Valter Araújo Leal* narrou que o veículo conduzido pelo réu estava desgovernado e veio a atropelar a vítima, jogando-a do outro lado da calçada. Em seguida, o automóvel, ainda desgovernado, atingiu uma pessoa em uma bicicleta. Afirmou que não havia nenhum carro estacionado no sítio dos fatos (fl. 22 e CD).

O depoimento da testemunha *Marilda Liviere* corroborou a versão apresentada por Valter, acrescentando que o veículo estava em alta velocidade quando atingiu a ofendida. Contou que a vítima estava na calçada e o carrinho encostado à guia (fl. 23 e CD).

Valdiran Rodrigues Vieira presenciou o acidente e afirmou categoricamente que a ofendida não atravessa a rua quando foi atingida. Disse que o veículo conduzido pelo réu trafegava em alta velocidade. Contou que não havia nenhum automóvel estacionado no local do atropelamento (fl. 24 e CD).

Maria Lúcia Pereira e *Cincinato Ribeiro Matos* não presenciaram a colisão (CD).

Apesar de o réu alegar inocência, salientando que o acidente teria ocorrido porque a vítima iniciou a travessia da via por detrás de um carro estacionado e não teve tempo de vê-la, vindo a colidir contra o carrinho que ela carregava, não há nos autos nenhum elemento sequer que dê suporte para tal afirmação.

Além disso, como é sabido, o direito não se alicerça em conjeturas, mas em evidências e das provas amealhadas nos autos ficou provado que a vítima foi atingida porquanto o veículo estava em alta velocidade e o acusado não foi

Acesso ao Sumário

capaz de manter o controle da direção.

Destarte, como acertadamente ponderou o representante do Ministério Público: "E, ainda que o réu não tivesse ultrapassado o limite de velocidade da via, sua culpa ainda assim restaria caracterizada pelo simples fato de, por alguma falha na condução ou mesmo em sua falta de habilidade, ter perdido o controle do automóvel, de modo a colidir com a vítima que estava na calçada (...). Dessa forma, não fosse a imprudência do réu, a colisão seria certamente evitável." (fl. 159).

Com efeito, a conduta do acusado também colocou em risco a vida de outros motoristas e pedestres que trafegavam pelo local.

Assim, sua condenação era providência que se impunha, visto que lastreada em prova firme da autoria e da materialidade.

Da reprimenda:

A pena-base foi fixada no mínimo, ou seja, 2 anos de detenção, estabelecido o regime mais brando para o cumprimento da pena – aberto), além de suspensão da habilitação pelo mesmo período.

Nas demais fases, a reprimenda não foi alterada, ante a inexistência de causas modificativas a serem ponderadas.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal e prestação pecuniária, no importe de 50 salários-mínimos, a ser destinada aos dependentes da vítima.

Não obstante a insurgência do réu contra o valor da prestação pecuniária vislumbra-se que se mostrou razoável, diante da conduta do réu, que provocou um atropelamento, ceifando a vida da vítima, mesmo porque a sanção penal não decorre de um ato discricionário do juízo, tampouco da escolha do agente infrator, mas da lei, que objetiva a punição daquele que praticou o ilícito, bem como a sua reeducação, para que volte a viver em sociedade e, mais, trilhe o caminho do cumprimento de suas obrigações e deveres, para que consiga conviver com as restrições naturais fruto do convívio em sociedade.

Portanto, não cabe ao violador da lei escolher a reprimenda que deseja receber, de acordo com a sua conveniência pessoal, pelo contrário, ela é uma retribuição àquele que violou a ordem pública com a prática de infração penal.

Apesar de a Defesa informar a existência de ação ordinária de reparação civil em andamento manejada pelos dependentes da vítima, e postular a compensação da pena pecuniária com a reparação de danos do âmbito cível, tal pleito deve ser formulado nos moldes do art. 45 §1º do código penal.

Nestas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005447-97.2015.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante M.R.L.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "afastada a preliminar arguida, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por M.R.L.S. para reduzir a pena a ele imposta a 15 anos de reclusão. Inalterada, no mais, a r. sentença. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade – Prova boa e robusta a lastrear a condenação – Recurso parcialmente provido para mitigar a reprimenda.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 258 e s., acrescenta-se que se trata de recurso de apelação interposto por M.R.L.S., inconformado com a decisão que o condenou à pena total de 20 anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal, na forma do artigo 71, do mesmo diploma legal.

Em suas razões de recurso (fls. 299/305), preliminarmente persegue a instauração de incidente de dependência toxicológica. Quanto ao mérito, não se insurge contra a condenação, perseguindo a redução da pena, com a redução da pena-base, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, afastamento do crime continuado – sendo reconhecido apenas um delito –, afastamento da causa de aumento decorrente do parentesco e abrandamento do regime.

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões a fls. 325/329.

A D. Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento do apelo (fls. 361/371).

É o relato do necessário.

Destarte, insta analisar a preliminar levantada, que não há de prosperar.

Acesso ao Sumário

Conforme bem exposto pelo D. Juízo *a quo*, não basta a mera alegação de consumo de entorpecentes para a instauração de incidente visando apurar a toxicodependência do réu. Fazem-se necessários, ao contrário, indícios seguros do comprometimento da autodeterminação do agente, indícios que não se fazem presentes nos autos.

Vale dizer, há somente os dizeres do próprio acusado caminhando nesse sentido, inexistindo qualquer indicação em prévia internação em clínica de tratamento ou mesmo indicação do restante da prova oral.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PERÍCIA NÃO DETERMINADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS QUE JUSTIFICASSEM A SUA REALIZAÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. DISPENSABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

- 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, indeferindo a sua realização de forma fundamentada, ainda mais quando há outros elementos de provas que definem a dependência do usuário de drogas. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 34.206/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 05/04/2013)

Posto que inexistentes elementos a indicar a necessidade de instauração do supramencionado incidente, não se vislumbra qualquer lesão à ampla defesa. Passa-se, então à análise do mérito da demanda.

Narra a denúncia que o apelante, entre os meses de fevereiro de início do mês de julho de 2015, por três vezes, praticou conjunção carnal e atos libidinosos diversos da conjunção carnal com T.S.X., sua enteada e menor de 14 anos.

No que concerne à prova pericial, o laudo a fls. 62/64 conclui que a vítima foi deflorada em data recente (o laudo é de 06 de julho de 2015) e carrega deficiência mental.

Já quanto à prova oral, os depoimentos foram gravados e trazidos em mídia digital.

A vítima, em juízo, disse que o apelante vivia com sua mãe. Ela o chamava de *pai*. Negou que ele tenha lhe agredido, mas também negou saber o que é relação sexual. Confirmou ter contado à sua amiga que o réu a deitou e colocou "a benga na frente". Passou a mão em seus seios e, algumas vezes, tirou a roupa na sua frente para que ela o visse.

L.S.S., genitora da ofendida, sustentou que nunca viu ou suspeito das

Acesso ao Sumário

agressões. Sua filha sempre se nega a falar do assunto.

H.S.S., professora da vítima, disse que uma aluna chegou, acompanhada da vítima, dizendo que esta última havia lhe dito sobre os estupros pelo pai. A vítima expôs os fatos, com detalhes (e usando o termo "benga" para se referir ao órgão genital do acusado), expondo a penetração e a dor causada. Disse, também, que apanhava do pai. H. expôs que a ofendida caminhava de um modo diferente, quando soube dos fatos.

K.G., diretora da escola, disse ter acionado o conselho tutelar após tomar conhecimento dos fatos através de H. Como a professora, K. também notou que a vítima caminhava de modo diferente. Acompanhou a vítima no I.M.L, onde foi constatado o abuso.

Interrogado em juízo, M. disse não se lembrar dos fatos, atribuindo seu esquecimento ao consumo de entorpecentes (cocaína e maconha).

Entretanto, o réu, durante a fase inquisitiva (fls. 12/13), confessou em partes a prática delitiva, expondo três abusos nos quais esfregava seu pênis na vagina da vítima, chegando a ejacular.

Essas as provas dos autos.

Não houve insurgência contra a condenação, mas apenas contra a pena imposta. E compreensível a estratégia defensiva, ante a robustez do acervo probatório. De fato, a prova pericial supramencionada une-se à prova oral coligida sob o crivo do contraditório e firma, com a necessária certeza, a ocorrência dos crimes descritos na exordial acusatória.

A vítima, ainda que portadora de deficiência mental, foi capaz de expor, em suas próprias palavras, o abuso sofrido. E esse abuso foi ratificado pela manifestação de sua então professora e pela diretora do colégio no qual estudava.

Em síntese, toda a prova oral, nela incluída a manifestação do réu na fase inquisitiva, aponta para o mesmo norte e exige a condenação.

A pena-base foi exasperada pela fração de um quarto, tendo-se em vista as particularidades do caso concreto. Em que pese o grande acréscimo, que resulta em dois anos adicionais de pena, ele foi suficientemente fundamentado e há de ser mantido.

Cuida-se de crime em que houve efetiva conjunção carnal, deflorando a vítima, que contava à época com apenas 11 anos de idade.

Outrossim, além de sua tenra idade, a indicar sua incapacidade de resistência, a ofendida ainda carrega deficiência mental, fato do qual tirou proveito o apelante para satisfazer sua lascívia. E cabível destacar também a consequência do crime, tendo duas testemunhas descrito o andar diferente da vítima no dia em que ela expôs o abuso.

Parte a pena, então, de dez anos de reclusão.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, assiste razão à combativa Defesa ao postular o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Ainda que o réu, quando na fase inquisitiva, não tenha descrito a conjunção carnal, e ainda que ele tenha modificado sua versão em juízo, seus dizeres perante a autoridade policial foram usados (corretamente) para a prolação do édito condenatório.

Diante disso, imperioso o reconhecimento da correspondente atenuante, que há de reduzir a pena pela fração de um sexto. Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO E CONSEQUENTE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. PACIENTE QUE NÃO CONFESSOU A SUBTRAÇÃO E CUJA MANIFESTAÇÃO NÃO EMBASOU A CONDENAÇÃO. ACÓRDÃO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PREJUDICADO O PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> (...)
>
> - "Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte Superior de Justiça.
>
> (...)
>
> - Habeas corpus não conhecido.
>
> (HC 393.213/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017).

Torna-se a pena, assim, 8 anos e 4 meses de reclusão.

Já na terceira fase, inafastável a causa de aumento decorrente do artigo 226, inciso II, do Código Penal, posto que o apelante era padrasto da vítima. Além disso, era conhecido como *pai* pela vítima e valeu-se da proximidade decorrente do parentesco para a prática do crime. Novo acréscimo, pela metade, traz a pena a 12 anos e 6 meses de reclusão.

Por fim, correto o reconhecimento de três crimes, seguramente firmados até mesmo pela confissão espontânea do réu, inexistindo dúvidas quanto a esse ponto.

Todavia, a fração aplicada (um terço) mostrou-se exagerada, devendo ser

Acesso ao Sumário

reduzida a um quinto, tendo-se em vista a quantidade de crimes.

A pena é elevada, portanto, a 15 anos.

A quantidade de pena impõe o regime fechado, por expressa disposição legal.

Ante o exposto, afastada a preliminar arguida, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por M.R.L.S. para reduzir a pena a ele imposta a 15 anos de reclusão. Inalterada, no mais, a r. sentença. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000245-33.2012.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Interessado ADC - ASSOCIAÇÃO EM DEFESA DA CIDADANIA, são apelados JOSE MAURICIO KELLER e LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: FALSIDADE IDEOLÓGICA – FALSIFICAÇÃO DE SINAL PÚBLICO – Apelo do Ministério Público – Pretendida reforma da sentença que absolveu sumariamente os acusados – Inviabilidade – Recorridos que, na condição de advogados, teriam inserido declaração falsa em peça processual, bem como adulterado símbolo identificador de órgão da administração pública – Apelados que possuíam capacidade postulatória para demandar em juízo, independentemente de eventual outorga do ente público indicado no petitório como requerente – Ausência de elementos a indicar que os

Acesso ao Sumário

acusados tivessem a intenção de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante – Registra-se a existência de entendimento jurisprudencial que não confere à petição natureza de documento para fins penais – Precedentes das Cortes Superiores.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 467-468, de lavra do MM. Juiz Luciano de Oliveira Silva, acrescenta-se que **José Mauricio Keller** e **Luiz Manoel Gomes Junior** foram sumariamente absolvidos da imputação relativa aos crimes previstos nos artigos 299, "caput", e 299, § 1º, inciso III, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, apela o Ministério Público, postulando o prosseguimento da ação penal (razões de fls. 472-476).

O recurso foi respondido (fls. 487-504).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer subscrito pelo Dr. Carlos Henrique Mund, manifesta-se pelo provimento do apelo (fls. 511-513).

É a síntese do necessário.

2. O recurso não merece acolhimento.

3. Narra a denúncia que em 26 de agosto de 2011, na cidade de Barretos, **Luiz Manoel Gomes Junior** e **José Mauricio Keller**, agindo em concurso e com unidade de desígnios, teriam falsificado e usado indevidamente símbolo identificador de órgão da administração pública, a saber, Câmara Municipal de Itararé.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias, **Luiz Manoel Gomes Junior** e **José Mauricio Keller** teriam inserido declaração falsa, em documento particular, consistente em petição dirigida a este Egrégio Tribunal de Justiça, com o fim de alterar verdade de fato relevante.

4. Não obstante os esforços da zelosa Promotoria de Justiça, o *decisum* impugnado não comporta reforma.

5. Depreende-se dos autos que foi proposta Ação Civil Pública em face do sr. Luiz César Perúcio, então prefeito municipal de Itararé, por ato de improbidade administrativa referente à suposta fraude em processo licitatório, sendo determinado, em sede cautelar, seu afastamento do poder executivo.

Na condição de advogados devidamente constituídos para a defesa dos interesses do mencionado líder político (cf. procuração de fls. 377), os apelados

Acesso ao Sumário

demandaram, perante a Presidência deste E. Tribunal de Justiça, a suspensão da medida liminar (fls. 98-102), consistindo essa peça processual o objeto do presente feito.

Interrogados em sede inquisitiva, **José Mauricio** e **Luiz** negaram que tivessem a intenção de prejudicar direito ou alterar a verdade (fls. 161-163).

E, de fato, a despeito da inegável falta de técnica, a errônea indicação no corpo do petitório da Câmara Municipal de Itararé e do vereador Rubens Vieira Prestes como requerentes, por si só, não configura a prática do crime de falsidade ideológica.

Isso porque, no particular caso dos autos, os recorridos realmente possuíam capacidade postulatória para ingressar com o pedido de suspensão da medida liminar, eis que lhe foram *outorgados poderes pelo prefeito municipal*, sr. Luiz César Perúcio, igualmente anotado como requerente e, evidentemente, a principal parte interessada na causa (cf. procuração de fl. 377).

Observa-se, portanto, que o ato alcançaria a sua finalidade independentemente de eventual representação da Câmara Municipal, de sorte que a citada declaração restou desprovida de relevância prática.

Tanto é assim que os pedidos impetrados perante esse E. Tribunal foram acolhidos, tendo sido determinada a recondução do alcaide ao cargo (cf. decisão de fls. 293-298 proferida pela Presidência e pelo acórdão de fls. 225-232, prolatado pela 11ª Câmara de Direito Público).

Bem por isso, corretamente constou da r. sentença (fl. 467-468):

> "*Logo, tendo os acusados, na condição de advogados, postulado em nome de duas pessoas distintas, provimento jurisdicional único (recondução do prefeito ao cargo), tendo ao menos uma delas representação processual adequada, conclui-se que a petição encontrava-se apta ao fim a que se destinava, soando estranho declara-la meio falsa ou meio verdadeira para fins penais, bem como se reconhecer que ocorreu o falso de documento meio público ou meio particular, tratando-se de peça processual válida."*

Da mesma forma, a mera inserção da expressão "*Câmara Municipal de Itararé – Estado de São Paulo*" na parte superior da peça processual não evidencia falsificação de símbolo público, notadamente porque o brasão daquela Casa não foi utilizado.

Importante salientar que o próprio presidente da Câmara Municipal de Itararé, vereador Rubens Vieira Prestes, também havia outorgado poderes aos apelados para, em especial, "*defender seus interesses nos autos da Ação Civil Pública*" (fl. 96), tendo o acusado **José Mauricio** justificado o engano, esclarecendo que "*devido à urgência da medida, de posse da procuração*" entendeu por bem colocar no cabeçalho "*algo que identificasse que a peça era*

Acesso ao Sumário

da Câmara municipal" (fl. 161).

Ainda que criticável, tal conduta não demonstra desígnio de reproduzir ou contrafazer identificador do ente público.

Por fim, e ressalvado meu entendimento pessoal em sentido diverso, registro a existência de expressiva corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a petição apresentada por profissional da advocacia não se amoldaria – ao menos para fins penais – ao conceito jurídico de documento, pois não prescindiria da demonstração dos fatos nela expostos.

Vejam-se, a esse respeito, precedentes das Cortes Superiores:

"Falsidade ideológica. Petição de advogado, dirigida ao Juiz, contendo a retratação de testemunha registrada em cartório, não é considerado documento idôneo para os fins de reconhecimento do tipo penal previsto no art. 299 do Código Penal." (STF, HC 85.064-2/SP, 2ª T., rel. designado Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2005).

"Quanto ao crime de uso de documento falso, já se sedimentou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a petição apresentada em Juízo não caracteriza documento para fins penais, uma vez que não é capaz de produzir prova por si mesma, dependendo de outras verificações para que sua fidelidade seja atestada." (STJ, RHC 53471 / RJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.12.2014).

6. Diante do exposto, pelo meu voto **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0056624-94.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE RAMON AREOSO FERNANDEZ JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para reconhecer incidência de causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, da Lei nº 9.807/1999 e, reduzir as penas impostas para 05 (cinco) anos e 06 (seis) de reclusão, mais 14 (catorze) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. decisão guerreada. v.u..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.605)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de setembro de 2017.
EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO DUPLAMENTE MAJORADO – CONDENAÇÃO DECRETADA – DEFESA PLEITEIA, NO RECURSO, INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NOS ARTS. 13 E 14, DA LEI Nº 9.807/1999, E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA – CONDENAÇÃO BEM DECRETADA – PROVAS MAIS QUE SUFICIENTES PARA CONDENAR – RÉU CONFESSO – FOI TAMBÉM RECONHECIDO PELAS VÍTIMAS – QUANTO ÀS PENAS, DEVE INCIDIR REDUÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) PELA COLABORAÇÃO PREMIADA (ART. 14, DA LEI Nº 9.807/1999) – ELE IDENTIFICOU O TERCEIRO ASSALTANTE, QUE ATÉ ENTÃO NÃO ERA CONHECIDO DA POLÍCIA, DANDO ENSEJO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL CONTRA ESSE COMPARSA – A COMPROVADA REINCIDÊNCIA OBSTA APLICAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL (ART. 13, DA LEI Nº 9.807/1999) – REGIME FECHADO BEM IMPOSTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

JOSÉ RAMON AREOSO FERNANDEZ JÚNIOR foi condenado pelo r. Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 1144/2015, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Roseane Cristina de Aguiar Almeida*, como incurso no artigo 157, § 1º e § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, às penas de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, fixados no mínimo legal, sendo negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 379/389).

O apelante foi processado porque, com unidade de desígnios com Willian Paiva de Souza Eufrásio (corréu) e com terceiro indivíduo desconhecido, subtraíram, em proveito comum, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de barra de ferro e socos, diversos bens e valores do interior da propriedade das vítimas Abid Maldaun Neto e Tatiana Batistus.

Acesso ao Sumário

Apela, pleiteando a redução das penas, por conta da colaboração premiada (Lei nº 9.807/1999, artigos 13 e 14) e do afastamento da qualificadora do emprego de arma (fls. 474/484).

Contrariado o recurso (fls. 486/493), o douto Procurador de Justiça Dr. João Batista Mangini de Oliveira, opina pelo seu desprovimento (fls. 495/504).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento, não obstante os substanciosos fundamentos da r. decisão recorrida, proferida pela eminente Juíza Dra. Roseane Cristina de Aguiar Almeida, e também do douto parecer do eminente Procurador de Justiça Dr. João Batista Mangini de Oliveira.

Sobre a condenação, não há dúvida alguma do envolvimento do réu nos fatos descritos na inicial.

Ele assumiu amplamente a acusação, ao ser interrogado em Juízo, quando admitiu a comparsaria, a grave ameaça e violência e a subtração dos bens (mídia de fls. 328).

Como se não bastasse, foi também pessoalmente reconhecido pessoalmente por ambas as vítimas na fase extrajudicial (fls. 60/61) e também na audiência de instrução (mídia de fls. 239.

Consta que foi identificado pela Polícia, por conta de ter adquirido bem de alto valor, incompatível com suas posses. Ele foi, inicialmente, reconhecido através de fotografia e, depois, pessoalmente pelas vítimas. Nesse sentido, veja-se relato judicial do policial civil Márcio (mídia digital).

Sabe-se, assim, que os agentes (dentre eles, o ora apelante) deram início à execução de furto. Não contavam com o retorno antecipado das vítimas, que os surpreenderam durante os fatos. Por isso, eles agiram com violência e grave ameaça, de modo a subjugá-las, para conseguir, assim, assegurar impunidade e a detenção e posse dos bens empalmados.

Roubo impróprio, portanto, bem configurado.

Crime consumado, também porque nem todos os bens subtraídos foram recuperados.

As qualificadoras se acham bem demonstradas. A do concurso de pessoas, pela evidência solar de terem sido três os autores do delito, sendo que eles agiram mancomunados entre si. E a do emprego de arma, porque tanto o réu, quanto as vítimas asseguraram que os executores do ilícito empregaram chave de fenda e barra de ferro para intimidar as vítimas.

Muito embora não tenha o réu empregado diretamente arma para gravemente ameaçar as vítimas, deve ser estendida essa qualificadora também a ele, porque ele sabia da existência das ferramentas (consta que admitiu tê-las levado para dentro da residência invadida) e também tinha conhecimento de

Acesso ao Sumário

que seus comparsas as utilizaram nos fatos. Presenciou as agressões e ameaças e, mesmo depois disso, continuou apoiando e auxiliando os demais agentes na execução da subtração patrimonial.

Em circunstâncias tais, tendo aderido à ação violenta dos comparsas, com pleno conhecimento de causa, deve suportar também as mesmas consequências, consoante artigo 29, *caput*, do Código Penal.

Quanto ao redutor previsto na Lei nº 9.807/1999, deve incidir no patamar mínimo.

Não há que se falar em perdão judicial (artigo 13), porque o réu é comprovadamente reincidente (fls. 193 e 220) e a lei exige que o colaborador seja "primário". Além disso, a reincidência é específica, o que tornaria, de qualquer modo, muito problemática a concessão da benesse legal.

O benefício previsto no artigo 14, da mesma lei, no entanto, pode ser concedido. Conforme se lê dos autos, JOSÉ RAMON colaborou na identificação do terceiro e último assaltante (Marvin Cayque Venancio de Souza). Voluntariamente, delatou o comparsa, *que até então não era conhecido da Polícia,* dando ensejo à abertura de Inquérito Policial, conforme se lê às fls. 421/434. Consta que as vítimas, chamadas na Delegacia de Polícia, reconheceram, através de fotografia, Marvin como sendo o terceiro indivíduo que teria ingressado na residência e também executado a subtração criminosa (fls. 429/430). Ele não foi localizado, tendo sido, por isso, indiciado de forma indireta (fls. 432).

Em circunstâncias tais, por conta da colaboração voluntária, deve o réu obter o benefício previsto na lei citada. Como se trata de agente reincidente e tendo também em conta que não colaborou com a recuperação do restante dos bens roubados, aplica-se o redutor mínimo previsto, de 1/3 (um terço).

As penas merecem redução.

A pena-base foi bem majorada, por conta das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Acesso ao Sumário

Na 2ª fase, restou compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

O aumento aplicado, na razão de 3/8 (três oitavos), pela presença das duas qualificadoras se justifica plenamente. *Três* foram os autores do delito e eles atuaram com emprego de *duas* armas brancas (chave de fenda e barra de ferro), o que torna a conduta muito mais reprovável, se comparada com o roubo majorado uma única vez.

Finalmente, deve incidir redução de 1/3 (um terço), por conta da colaboração premiada, como acima exposto. Fica, desse modo, reduzida a sanção para 05 (cinco) anos e 06 (seis) de reclusão, mais 14 (catorze) dias-multa, pena que, à míngua de causa modificativa, fica tornada definitiva.

Mantém-se o regime prisional fechado imposto em primeira instância. O crime é grave; foi cometido com violência extrema, tendo uma das vítimas quebrado duas costelas na ocasião; os autores ingressaram na residência dos ofendidos, local onde deveriam sentir-se mais seguros; e JOSÉ RAMON é multirreincidente (fls. 220/224), não merecendo complacência alguma, quanto ao regime de expiação da pena corporal.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer incidência de causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, da Lei nº 9.807/1999 e, reduzir as penas impostas para 05 (cinco) anos e 06 (seis) de reclusão, mais 14 (catorze) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. decisão guerreada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004312-24.2014.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante LAURO MARCOS BARBOSA MATTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo. COMUNIQUE-SE, respeitado prazo de eventuais "Embargos", recomendando o apelante na unidade prisional onde se encontra, com atenção à modificação da causa do encarceramento, agora por sentença condenatória confirmada em Segundo Grau. Expeça-se GUIA DE EXECUÇÃO definitiva, preservando-se, se o caso, eventuais decisões em Execução Provisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.793)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

Pretendida a redução da pena, bem como a aplicação do redutor do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. *Descabimento*. Isso porque referido elemento qualitativo e quantitativo foi apreciado em cada fase

Acesso ao Sumário

do cálculo (1ª e 3ª fases da pena), sob perspectivas completamente distintas, o que é permitido segundo a jurisprudência. Ainda, não se aplica o mencionado redutor porque, apesar de primário, sem antecedentes, é certo que não se tratava de "pequeno traficante", em razão da quantidade de droga apreendida, demonstrando, concretamente, conhecimento e envolvimento com o submundo do narcotráfico. Sentença, de qualquer modo, que, na terceira fase do cálculo, afastou possibilidade de diminuição simplesmente pela conclusão de DEDICAÇÃO ao tráfico, surgindo indiferente se, para tal conclusão, implicitamente levou em consideração a circunstância concreta já avaliada, quantidade e natureza da droga apreendida. Negado provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo acusado **LAURO MARCOS BARBOSA MATTOS** contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo da 2ª Vara Judicial do Foro de Pirapozinho (publicada em 21 de setembro de 2015 – fls. 137).

O **apelante** foi denunciado por infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, porque, na manhã de 02 de novembro de 2014, na Rodovia Assis Chateaubriand - SP 425, cidade e comarca de Pirapozinho, foi abordado por Policiais Militares, que localizaram, no interior do veículo que conduzia (Jac J6 Diamond 7S, placas FJA 8569), **30 (trinta) tijolos de cocaína, pesando 34,291kg**, substância entorpecente que transportava para entrega a terceiros, e que causa dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após o devido processamento, o **apelante** foi **condenado** pelo **artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, a cumprir 09 (nove) anos de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, piso unitário**. Indeferido direito de apelar em liberdade.

Pretende o **apelante** a redução da pena, no patamar máximo, alegando caracterizar *bis in idem* quando, na terceira fase de cálculo da pena, for considerada a natureza e quantidade de droga apreendida. Ainda, requer a aplicação do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, uma vez que primário, com antecedentes favoráveis, não ficando constatado que se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa (fls. 195/204).

Acesso ao Sumário

Certidão de trânsito em julgado para o Ministério Público em 29 de setembro de 2015 (fls. 159).

Contrarrazões às fls. 189/192, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 221/224).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Primeiro a análise das provas.

Materialidade e autoria adequadamente comprovadas. Existe, nos autos, auto de exibição e apreensão (fls. 14/16), auto de constatação (fls. 17/18) e exame químico toxicológico (fls. 30/39), destacando-se as provas apresentadas durante a instrução, que demonstraram incontroversa a autoria do deito, até porque, de importância salientar, o réu foi autuado/preso em flagrante (principalmente pelos depoimentos coesos dos policiais militares Marcel Pires Dantas e Fabio Soares Dias - fls. 04 e 06, além da sua **confissão**, nas duas oportunidades em que indagado - fls.08 e 106/107).

Assim, conformado com sua condenação, devidamente demonstrada, não surgindo necessário qualquer reparo a respeito, procura o **apelante** apenas a redução da pena no patamar máximo, com a aplicação do §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Contudo, não assiste razão ao **réu.**

A pena foi assim dosada: "***Denota-se que o réu transportava uma grande quantidade de entorpecente, com grande potencial lesivo ao bem jurídico protegido. As demais circunstâncias judiciais se situaram dentro do padrão da normalidade para a espécie de delito. Assim, fixo a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, no valor mínimo legal, considerando a situação econômica do réu e os parâmetros da Lei 11.343/06, tornando-a definitiva. Embora o réu seja primário e possuidor de bons antecedentes, deixo de aplicar a causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, à vista das circunstâncias do crime, que demonstram que o acusado se dedicava à atividade do tráfico de drogas "no atacado", não podendo ser considerado um traficante eventual. No mesmo passo, considerando a grande quantidade de droga apreendida, fixo o regime inicial fechado, em conformidade com o §3º do art. 33, e seguintes do Código Penal***".

Desse modo, razão existe para que a reprimenda seja mantida no patamar estabelecido (09 anos de reclusão e pagamento de 900 dias-multa), na primeira fase, como autoriza o artigo 42 da Lei 11.343/06, pois, realmente, o **apelante** transportava quantidade exorbitante de entorpecentes.

Sobre o tema, a seguinte jurisprudência:

"A natureza e a quantidade da droga são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59

Acesso ao Sumário

do Código Penal, e justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal." (STJ, HC 155.128/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 14/11/2011).

Mantida, acertadamente, neste patamar na segunda fase, pela ausência de atenuantes ou agravantes. Em seguida, correta a não aplicação do §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06. Em que pese a primariedade e a ausência de antecedentes do réu, é certo que não se tratava de "pequeno traficante" em razão da quantidade de droga apreendida, demonstrando, concretamente, conhecimento e envolvimento com o submundo do narcotráfico, não fazendo jus ao redutor.

Acrescenta-se que nenhum fornecedor de drogas se arriscaria em atribuir a um principiante o transporte de tamanha quantidade de entorpecente, que lhe demandaria um lucro inquestionável.

Por fim, sobre a existência do *bis in idem* por ter sido considerada a quantidade e natureza da droga apreendida, nas duas fases sopesadas para a fixação da pena, conforme observou o Excelentíssimo Desembargador Roberto Grassi, em julgamento da Apelação 0000027-78.2014.8.26.0038, desta Colenda 8ª Câmara:

Parece-nos mais acertado, todavia, o entendimento no sentido de que a consideração da espécie e da quantidade do tóxico apreendido, não só pode como deve ocorrer de modo cumulativo, tanto na primeira fase do cálculo da pena, como também na terceira, na qual será eventualmente fixado o percentual de mencionada causa de diminuição, a ser aplicado na hipótese de estarem presentes os requisitos previstos em lei.

Assim, ainda que a pena-base já tenha sido majorada com lastro na espécie e na quantidade do tóxico apreendido, poderá perfeitamente o Magistrado, com base no mesmo fundamento, deixar de aplicar o redutor em seu máximo, e estabelece-lo em patamar mínimo ou intermediário, sem que tal proceder implique em bis in idem; isso porque referido elemento qualitativo e quantitativo será necessariamente apreciado em cada fase do cálculo sob perspectivas completamente distintas.

Na primeira delas, a natureza e a quantidade da substância apreendida devem ser consideradas, com efeito, enquanto parâmetros para a constatação da intensidade de lesão à saúde pública; na terceira, enquanto fator de aferição do grau de envolvimento do réu com a criminalidade organizada ou de sua devoção à atividade criminosa.

Nesse sentido os votos dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, no julgamento dos HCs 112776/MS e 109193/MG ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki e julgados em 19 de dezembro de 2013 consoante os quais a natureza e a quantidade de droga serviriam, em ambas as etapas, apenas como elemento indiciário de que se valeria o juiz para formar o seu livre convencimento motivado, nos termos do art. 93, IX, da CF/88 e do art. 155 do CPP (Brasil. STF. Informativo 733. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 16 a 19 de dezembro de 2013. Disponível em

Acesso ao Sumário

(Endereço eletrônico constante do texto original)>. acesso em: 11 Nov. 2014.).

É importante destacar, no caso ora em exame, que a não concessão do redutor, ora procurado, foi motivado não pela quantidade de droga apreendida, mas pelo fato do **apelante** se **DEDICAR** à atividade do tráfico, trabalhando no "atacado", não podendo ser considerado traficante eventual. **Em nenhum momento** foi referido que o redutor não seria aplicado levando em conta a quantidade e natureza da droga apreendida. Se tal circunstância, de alguma forma, foi considerada, assim o foi, implicitamente, simplesmente como situação de indicação do grau de exercício daquele hediondo ilícito, não como fator, específico, para negativa do benefício. Não se negou a diminuição porque houve apreensão de significativa quantidade de drogas. Foi negado, repete-se, porque o **apelante** se **DEDICAVA, inquestionavelmente**, àquela hedionda conduta. Não houve um segundo aumento pela mesma causa. E não se negou diminuição, em razão daquela específica situação. O que se viu, na terceira etapa do cálculo, foi uma análise das circunstâncias do caso, onde não se poderia ignorar o montante da droga, para concluir por não se tratar de traficante eventual, passível de tratamento diferenciado pelo Estado. E, logicamente, até pela gravidade concreta já reconhecida, que indicava habitualidade naquela conduta, o objetivo daquela causa de diminuição, de favorecer pequeno e eventual traficante, não foi alcançado. Desse modo, demonstrada a legitimidade da não aplicação do referido redutor, mantem-se a pena como dosada pelo MM. Juiz "a quo" (09 anos de reclusão e pagamento de 900 dias-multa).

Outrossim, preservado o regime inicial fechado, por aplicação do artigo 33, §3º, do Código Penal, conforme justificou o magistrado, tendo ainda em conta tratar-se de delito assemelhado a hediondo, cuja gravidade concreta da ação do **apelante** está a exigi-lo, como sendo o único adequado e suficiente à prevenção e repreensão de ações desse quilate.

No tocante a aplicação do artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, observo que, para sua fixação (regime fechado), surgiu indiferente o *quantum* de pena imposto, daí que irrelevante, para tal fim, da mesma forma, eventual tempo de prisão provisória, cabendo a matéria, de possível "progressão", pelo Juízo competente, o das Execuções Penais (artigo 66, III, "b", da Lei 7210/1984).

Observo, por fim, perfeitamente adequada expedição de mandado de prisão em decisão de 2º grau de jurisdição (ou "recomendação" na unidade prisional respectiva), preservada que foi a "presunção de inocência" (STF/HC 126.292/SP, de 17.02.2016 – posição confirmada em ADCs 43 e 44, ano 2016). A Constituição Federal fala que "***ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória***" (grifei – artigo 5º, LVII). Trânsito em julgado existe quando não cabe mais recurso. A culpa, então, já se definiu, não mais existindo recurso. Obviamente que existe possibilidade dos chamados "recursos constitucionais" (especial e extraordinário), os quais,

Acesso ao Sumário

contudo, são exceções, como seus próprios nomes atestam, sendo que, ainda assim, não mais avaliam "culpa". O "Recurso Especial", na verdade, busca uma uniformidade na interpretação de Lei Federal. A própria Constituição fala em sua possibilidade em relação apenas às causas decididas em única ou **última** instância, sempre pelos Tribunais de 2º Grau. O mesmo se dá em relação ao "Recurso Extraordinário", cujo objetivo é a manutenção da uniformidade da Constituição Federal. Nenhum dos dois, portanto, pode ser considerado, tecnicamente, como "recurso de 3º instância". O trânsito em julgado, quando se fala de culpa, ou seja, quando alguém é, definitivamente, considerado culpado, ocorre em 2º instância.

Pelo exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

COMUNIQUE-SE, respeitado prazo de eventuais "Embargos", **recomendando** o apelante na unidade prisional onde se encontra, com atenção à modificação da causa do encarceramento, agora por sentença condenatória confirmada em Segundo Grau. Expeça-se **GUIA DE EXECUÇÃO** definitiva, preservando-se, se o caso, eventuais decisões em Execução Provisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002903-97.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante VICTOR VICTORSON DE ANDRADE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), FRANCISCO BRUNO e ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 29 de setembro de 2017.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: CRIMES DA LEI 11.343/06 – Artigo 33, §§ 2º e 3º - Quadro probatório frágil a comprovar os fatos narrados na denúncia – Insuficiência de provas – Vítima que não imputa ao réu qualquer responsabilidade por seus atos – Ausente apreensão de drogas – Réu e vítima que se declaram usuários

Acesso ao Sumário

de crack – Irrelevância – Absolvição que se impõe – Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 97/100, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação penal para condenar **VICTOR VICTORSON DE ANDRADE** a pena de 07(sete) meses de detenção, no regime aberto, e ao pagamento de 800(oitocentos) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 33, §§2º e 3º, da Lei 11.343/06, admitido o apelo em liberdade e feita a substituição da pena corporal por prestação pecuniária de 01 salário-mínimo destinado a entidade de assistência social a ser definida na execução.

Inconformado, apela Victor pleiteando sua absolvição.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (fls. 110/112) e parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 121/123).

É o relatório.

Inicialmente, apenas para constar, anote-se a ocorrência de erro no dispositivo da sentença que fez constar a pena total de 07 meses de detenção, o que não foi verificado pelo Ministério Público.

O recurso comporta provimento.

O réu foi denunciado como incurso no art. 33, §§2º e 3º, da Lei 11.343/06, porque, ao que consta, no início do ano de 2013, em dias e horários diversos, mas no período da noite, no interior de um motel de sua propriedade, localizado na Av. Severino Tostes Meireles, Franca, auxiliou Fabrício Martins Pinheiro ao uso indevido de droga (crack), bem como a ofereceu a ele, eventualmente e sem objetivo de lucro, para juntos a consumirem.

Segundo a denúncia, Victor passou a auxiliar Fabrício no uso de drogas, facilitando-lhe o pagamento e disponibilizando-a em seu motel, o que lhe assegurava a privacidade, bem como oferecia a Fabrício, sem objetivo de lucro, o consumo conjunto de drogas. Em razão disso, as dívidas de consumo e o uso dos quartos do motel com mulheres eram pagas em momento posterior. Todavia, a acumulação da dívida, fez com que Victor fizesse diversas ligações telefônicas ao genitor de Fabrício. Numa dessas ocasiões, Victor entrou em contato com o tio de Fabrício, fazendo-lhe cobrança das dívidas de Fabrício, por meio de ameaças, ensejando a instauração de inquérito policial para apuração de eventual crime de extorsão.

Colhe-se da prova oral que Fabrício frequentava o motel de propriedade do réu, e lá chegava, algumas vezes já embriagado, na companhia de mulheres. No quarto, consumia bebidas alcoólicas e drogas, por vezes, na companhia de Victor. Como tinha pouco dinheiro, Victor acabava pagando, mas ele sempre lhe dizia "para sair dessa". Fabrício sabia das cobranças que Victor fez a seu pai e a

Acesso ao Sumário

seu tio, mas acabavam se encontrando e bebia de novo, mesmo sem ter dinheiro. Victor cobrava a diária do motel, bebidas e mulheres. A droga, segundo Fabrício, acabava entrando na conta, mas nunca falaram especificamente sobre valores de droga (fls. 08 e mídia digital).

O tio de Fabrício, José Carlos, confirmou ter sido ameaçado por Victor, caso não pagasse a dívida de Fabrício com drogas. Disse que Fabrício é usuário de drogas e frequentava ou frequenta ainda esse motel onde eles consumiam drogas. O pai de Fabrício, seu irmão, não conseguia mais pagar as contas dele. Victor telefonou exigindo que a conta fosse paga. A ameaça consistiu no fato de Victor dizer "*que eu tinha de pagar a conta*". Chegou a gravar uma conversa com Victor e depois Victor nunca mais ligou. Victor dizia que era dívida de droga e bebida consumidas no motel (fls. 06/07 e mídia digital).

As testemunhas de defesa, Maria e Rosangela, funcionárias do motel, disseram que Fabrício ia sempre ao local, levando mulheres e lá permanecia, às vezes dias, consumindo bebidas. Nada sabiam sobre o consumo de drogas e já impediram Fabricio de entrar no motel, por ordem de Victor, porque ele não pagava a conta, chegava ao motel embriagado e fazia arruaças. Havia dívida de Fabrício das diárias do quarto e consumo de bebidas (mídia digital).

A testemunha Paulo, também da defesa, disse ter presenciado Fabricio chegando ao motel embriagado e fazendo confusão, e não o deixaram entrar. Nunca viu ou soube nada a respeito de uso de drogas no motel, mas ouviu falar que Fabricio e Victor eram usuários de droga (mídia digital).

O réu, por sua vez, relatou ao juízo não ser verdade que fornecia ou distribuía drogas para Fabricio consumir. Confirmou ter telefonado para cobrar dívida de Fabrício pelo uso do apartamento no motel e sabia que ele era usuário de drogas, mas nunca usou drogas com Fabricio. Ele não pagava o uso do motel, por isso fez a cobrança. Ao final o funcionário do pai de Fabrício "levou o pagamento e acabou o assunto" (mídia digital).

Como se percebe, toda a prova dos autos está resumida apenas a depoimentos que, respeitado o entendimento do d. sentenciante, não se vislumbra ter o réu Victor agido ou contribuído para que Fabrício usasse drogas.

Anote-se que não há nos autos apreensão de mínima porção de droga, fosse na posse de Fabrício ou na posse de Victor, não havendo nem mesmo qualquer busca realizada no referido motel, em tese, utilizado por Fabrício e Victor para o consumo de drogas.

Além disso, a única prova segura constante dos autos é de que havia uma dívida de Fabrício com Victor, mas esta se referia a despesas realizadas com diárias do motel e consumo de bebidas alcoólicas.

Nada provou a acusação a respeito da prática do crime do art. 33, §2º, da Lei 11.343/06, que, em tese, admite a não apreensão de drogas, ou do uso

Acesso ao Sumário

compartilhado de drogas (art. 33, §3º) que exige a apreensão de drogas.

Ao que consta, Victor teria auxiliado Fabrício no uso indevido de drogas ao permitir que frequentasse o motel, para tanto.

Essa prova, entretanto, não está nos autos.

O outro modo de auxiliar descrito na denúncia, pela "facilitação do pagamento" da droga que poderia ser feito posteriormente, caso fosse comprovado, configuraria o delito do "caput" do art. 33 da Lei de Drogas (venda com pagamento posterior), que exigiria ainda, a apreensão de drogas.

Por fim, a figura do uso compartilhado exige a ocorrência conjunta dos fatores elencados no art. 33, §3º da Lei de Drogas, quais sejam, que a droga seja oferecida, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem.

E da análise da prova carreada aos autos também não se verifica a conjugação desses elementos. Veja-se que toda a prova ficou na linha das suposições, vez que o réu não foi visto oferecendo droga a Fabrício, e nem Fabrício isso afirmou, com o fim de que a consumissem juntos, e sem objetivo de lucro.

Portanto, não cuidou a acusação de promover a necessária prova da real existência dos fatos narrados na denúncia, devendo, assim, o réu ser absolvido.

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para absolver o réu com fulcro no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021937-87.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado J. C. DA S. N.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por Maioria de Votos, negaram provimento ao apelo, vencido o Revisor Des. Luiz Fernando Vaggione que provia o recurso, com declaração.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 28 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Recurso da acusação – Realidade do delito não comprovada – Depoimento da vítima conflitante e dissociado do restante da prova colhida – Recurso não provido

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 159/164, prolatada em 24/11/2015 pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília, acrescenta-se que J.C.S.N. foi absolvido da imputação de haver infringido, por ao menos três vezes, em continuidade, o disposto no artigo 217-A do Código Penal, fundamentando-se o r. *decisum* no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A Justiça Pública apela e requer a condenação do réu por entender suficiente o acervo probatório (fls. 168/175).

Após contrarrazões (fls. 179/183), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 188/193**).**

É o relatório.

O apelo não comporta guarida.

Narra a denúncia que, entre o ano de 2010 e o dia 18 de abril de 2012, à Rua (...), município de Marília, J. teria praticado atos libidinosos com R.L. – então menor de 14 anos de idade –, em ao menos três oportunidades.

Segundo consta do inquérito policial, J. era amásio de C.F., a qual era guardiã de fato da vítima. Aproveitando-se dos momentos em que se encontravam a sós na residência, o réu teria abusado da menor, acariciando-lhe a vulva, introduzindo o dedo em sua vagina e obrigando-a a beijar o pênis dele.

As provas dos autos, todavia, não possuem a congruência necessária para firmar édito condenatório.

Não há, primeiramente, evidências materiais do delito. Embora a vítima tenha asseverado que sua genitália sangrara, e a assistente social D. tenha reportado que a adolescente sofrera conjunção carnal, o laudo de fls. 13 não registrou sinais de trauma, assinalando a preservação do hímen e a ausência de lesões.

A prova da autoria é igualmente inconclusiva.

J., na fase indiciária, negou os fatos irrogados. Afirmou que, mesmo separado de C., visitava os filhos e netos. Todavia, nunca ficava sozinho com as crianças (fls. 55).

Em Juízo, o réu narrou que R. não é sua neta biológica e apenas foi residir com C. devido ao desamparo dos pais. Nessa época, J. já não estava mais

Acesso ao Sumário

junto de sua amásia. Seu relacionamento com a menor sempre foi respeitoso – tratava-a como familiar e nunca mudou a forma de tratamento. Quando surgiu a acusação, R. não morava mais no local. J. reiterou que, sempre quando ia à residência de C., havia outras pessoas no local; nunca levou, sozinho, nenhuma das crianças ao quarto ou ao banheiro (mídia de fls. 143).

Em solo policial, R. limitou-se a responder por acenos com a cabeça. Indagada pela Autoridade Policial, confirmou que J. a molestava, passando a mão na vagina quando estavam a sós, ocasionando sangramentos ou dores, por mais de uma vez. A vítima negou que o réu molestasse outras crianças (fls. 05).

Em Juízo, R. manteve sua narrativa, confirmando ser habitual a conduta de J., sem saber especificar quantas vezes exatamente teria sido acossada. A menor confirmou, com acenos, as carícias realizadas, a introdução do dedo em sua genitália e o sexo oral; os atos aconteceriam de dia, quando C. saía para trabalhar, mesmo com outras pessoas presentes na residência; e segundo a ofendida, os abusos seriam perpetrados **no quarto do réu**, situado aos fundos da casa.

R. asseverou que sentia bastante medo, embora J. não a houvesse ameaçado para impedir que ela o delatasse. Ninguém da família do réu procurou-a depois das acusações. A vítima contou o caso a uma amiga, que, de seu turno, relatou à assistente social (mídia de fl. 120).

As declarações da vítima encontram algum respaldo nos depoimentos da assistente social D.C.M. e da menor M.G.S.S.; mas há importantes contradições entre os relatos delas todas.

D., assistente social do CACAM, relatou que as suspeitas sobre eventual abuso surgiram da pergunta feita por R. a outras meninas se elas dividiam a intimidade entre elas e seus avós. A vítima demonstrava grande afeto em relação ao réu e sempre sentia saudades dele.

D., como coordenadora do centro de assistência social, entrevistou R. e a menor lhe disse que, por algumas vezes, J. introduzia o dedo em sua genitália, por outras praticava sexo oral e, em algumas ocasiões, teria havido **conjunção carnal** episódios que causavam dor e, em uma oportunidade, infligiram sangramento à vítima. R. narrou à testemunha que os abusos se davam em sua residência, onde a vítima residia com J. e sua amásia C., a portas fechadas de um quarto.

J. não permitia que ela contasse a ninguém. R. também lhe disse que os abusos se sucediam com G., que também morava com eles – e a vítima teria testemunhado os atos. J., pelo silêncio, dava à menor pequenas quantias em dinheiro e pequenos presentes (fls. 21/22).

Em Juízo, D. ratificou que R. estava abrigada no centro de assistência e que a menor lhe confirmou os episódios constantes em seu depoimento prestado

Acesso ao Sumário

à Autoridade Policial. A testemunha também asseverou que a menor também relatou os abusos sofridos à equipe de enfermagem e a outras crianças. Pelo que a assistente social se recorda, a equipe de enfermagem teria constatado a procedência das lesões (mídia de fls. 96).

M.G.S.S., neta da ex-companheira de J., afirmou, perante a Autoridade Policial e na presença de sua mãe M., que, quando as crianças ficavam sozinhas com o réu, ele chamava R. **para o banheiro**, onde, desnudos e com revistas de mulheres nuas, demoravam-se de portas trancadas. G. não presenciou qualquer ato de abuso, nem R. lhe disse algo a respeito; também nunca recebeu presentes para que se mantivesse em silêncio. G. negou que J. houvesse se insinuado para ela própria (fls. 30).

Em Juízo, a testemunha confirmou tão somente que residiu com os avós, junto com R. e a irmã da ofendida, J. Sobre os abusos, no entanto, embora G. tenha ciência do que declarou em solo policial, passou a contradizer seu depoimento, negando que teria visto J. entrar com R. no banheiro com revistas de mulheres nuas – e passando a dizer que a vítima é quem pegava as edições e as via (mídia de fl. 120).

Como se vê, em nenhum momento G. se declarou vítima de assédio, ao contrário do que R. dissera a D.; e enquanto a vítima narrou abusos **no quarto do réu**, G. descreveu cenas **no banheiro da casa**. Segundo D., R. teria dito que sofrera penetração e sangramentos; e a prova pericial não encontrou vestígios de tais fatos.

Fragilizada por essas incongruências, a tese acusatória não se vê favorecida pelos demais testemunhos que certificam que o réu já não residia no local dos fatos quando R. passou a viver ali, e informam que ele e a criança não permaneciam sozinhos no imóvel.

C.F.S.S., ex-companheira de J., rememorou em solo policial que acolhera R. em sua residência depois de sucessivos abandonos da criança pela própria mãe e pela filha da testemunha, que se tornaram consumidoras de *crack*. Era comum J. visitá-las, porém, a menor nunca ficou sozinha com o réu. A testemunha declarou que o acusado e R. sempre mantiveram um relacionamento de carinho respeitoso. C. não teve contato com R. depois de ter sido abrigada pelo centro de assistência social. Nem R. nem sua irmã J. haviam feito qualquer reclamação do réu (fls. 27/28).

Em Juízo, C. esclareceu que, em seu domicílio, moravam ela, suas filhas M. e A., e as respectivas filhas; quando R. e J. foram residir no local, J. já havia se separado de C. – embora ele, de fato, fizesse visitas ocasionais, mantendo ferramentas em um quarto nos fundos do imóvel. Segundo a testemunha, tratava-se de simples visitas, pois o acusado se dirigia ao local apenas para colher o que precisava e depois ia embora.

Acesso ao Sumário

C. procurou, sem sucesso, a mãe de R., por isso viu-se obrigada a acionar o centro de assistência social após cerca de cinco meses.

A testemunha teve ciência das acusações somente depois que R. foi acolhida no abrigo. C. infirma qualquer possibilidade de os abusos terem acontecido porque J. nunca ficou a sós com R. – pois M. sempre ficava com as crianças. Sobre o relacionamento dos envolvidos, C. afirmou que R. era bastante carinhosa com o réu, sem qualquer tipo de receio; M.G., por sua vez, nunca lhe relatou nenhum abuso (mídia de fls. 143).

M.C.S., filha de C. e mãe de M.G., afirmou, na fase indiciária, que R. mantinha um elo muito forte com J. e nunca viu nada suspeito. Ela era quem permanecia com as crianças e J. não tinha costume de ficar sozinho com elas sempre havia adultos na casa para cuidar delas. M. demonstrou surpresa com o relato de G., pois era a primeira vez que sua filha falava algo relacionado. A separação de C. e J. teria ocorrido por outro motivo (fls. 32/33).

Em Juízo, M. ratificou que cuidava de R. e, assim, testemunhou o apego que a vítima tinha a J. A vítima nunca lhe falou nada sobre assédio sexual.

M. confirmou ter acompanhado sua filha na Delegacia e, de fato, estranhou o teor de suas declarações, pois G. tem o hábito de contar tudo à mãe, mas nunca havia mencionado fatos como aqueles que narrou. M. acrescentou que, embora G. tenha delatado os abusos, não soube explicar como soube deles (mídia de fl. 120).

A.C.S., ouvida como informante, confirmou que o réu já não residia mais no local quando R. se instalou no local, efetuando apenas visitas. A. nunca ouviu nada a respeito de eventuais suspeitas de abuso sexual, até porque o relacionamento entre a vítima e J. era bom, pois o acusado a tratava com afeto, como se neta fosse (mídia de fl. 143).

Não se nega o valor das palavras da vítima, sobretudo em crimes de violência sexual, que nem sempre deixam vestígios passíveis de detecção em perícia. No caso em apreço, todavia, as declarações de R. não se mantiveram lineares, oscilando acerca da penetração peniana e do sangramento que, reportados ambos a D., já não o foram em solo policial, onde a vítima mencionou o último sem falar na primeira; e não foram rememorados em Juízo.

Para além disso, a narrativa da vítima se fragiliza pelas contradições entre os relatos da vítima e de D., de um lado, e de G., de outro, acerca de agressões de J. a essa última; e entre a palavra da ofendida e a de G., em solo policial, acerca do local em que os fatos teriam se passado. Impende notar que a retratação de G., em Juízo, de modo algum diminui o peso dessas contradições – antes reduzindo o respaldo à palavra da vítima.

Finalmente, os demais relatos deixam claro que J. não residia no local e não costumava permanecer sozinho ali, apenas com as menores. É ainda

Acesso ao Sumário

contraditório que R. nutrisse medo pelo réu, mas, ao mesmo tempo, dissimulasse terno relacionamento com J., que via apenas esporadicamente – sem haver denunciado a C., que já não convivia com o acusado, as agressões sexuais dele.

Ademais disso, não se verifica interesse algum das testemunhas em favorecer o réu indevidamente, por meio de declarações falsas. Nesse sentido, impende assinalar que nenhuma das testemunhas buscou desacreditar as palavras de R.; e, M., se quisesse, de plano, isentar o réu de culpa, teria desmentido as declarações de M.G.

No contexto assim delineado, remanescem dúvidas acerca da efetividade da conduta irrogada ao apelado. Verbalizada a acusação depois de a menor ter sido levada para casa de abrigo, ela foi reportada sem uniformidade pela vítima, e não encontrou na prova colhida respaldo suficiente para levar ao desate condenatório consoante assinalou a Douta Procuradoria Geral de Justiça ao propor a manutenção da r. sentença.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao apelo.**

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 67)

Estupro de Vulnerável. Palavras da vítima indicando a prática de atos libidinosos tanto na fase de inquérito como em juízo. Ausência de motivos para duvidar da palavra da criança. Declarações seguras, coerentes, corroboradas pelo depoimento de assistente social. Laudo que constata ausência de lesões. Irrelevância. Testemunhas arroladas pela defesa cujos depoimentos foram contraditórios. Crime caracterizado. Continuidade delitiva bem comprovada. Recurso provido para condenação do acusado.

J.C.S.N., qualificado nos autos, foi denunciado e processado como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, e, ao final, foi absolvido por sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Luís Cesar Bertoncini, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, entendendo provada a materialidade e autoria do delito, recorreu pleiteando a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 168/175).

Acesso ao Sumário

Recebido o recurso (fls. 177), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 179/183).

Bem processado o apelo, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do recurso (fls. 188/193).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença.

O nobre Desembargador Relator, em seu voto, decidiu pelo improvimento. Contudo, com a devida vênia, ouso dele divergir pelos argumentos que exponho a seguir.

Analisando-se a pretensão deduzida, razão assiste ao Ministério Público de primeira instância.

A materialidade do crime está comprovada pelo ofício do Conselho Tutelar da Comarca de Marília (fls. 3/4) e pelo termo de declarações da ofendida (fls. 05). A autoria, por sua vez, restou demonstrada pela prova oral produzida nos autos.

Sempre que interrogado, o acusado negou a prática do crime dizendo que nutria grande afeto pela ofendida e a tratou como uma de suas netas de sangue. Além disso, informou que nunca ficou sozinho com nenhuma das crianças que residiam na casa de sua companheira (fl. 55 e mídia digital de fl. 143).

Não obstante a negativa apresentada, o acusado foi seguramente incriminado pela vítima.

Em solo policial, R. prestou suas declarações na companhia de assistente social do CACAM – local no qual passou a residir após os fatos – e respondeu com gestos afirmativos quando perguntada a respeito dos abusos (fl. 5). Em juízo a ofendida manteve sua versão dos fatos e, embora visivelmente abalada e constrangida pela inquirição do Magistrado, mais uma vez confirmou que o réu lhe obrigou por diversas vezes a praticar ou permitir que fossem praticados atos libidinosos, sempre durante o dia e quando estavam a sós em cômodos da casa (mídia de fl. 120).

Devemos ressaltar que nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, longe da presença de testemunhas, a palavra da vítima se reveste de relevante valor probatório, mormente se for coerente e corroborada por outros elementos de prova.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. SÚMULA N. 155 DO STF. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Este Tribunal Superior acompanha o entendimento do Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal, de que a falta de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas é causa de nulidade relativa, o que impõe a sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo. Incidência da Súmula n. 155 do STF. 2. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, como bem salientou o acórdão impugnado, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. (...)" (STJ, AgRg no AREsp nº 700.925/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2016).

"***HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTS. 213 E 214, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT DO CPB). PENA IMPOSTA DE 10 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CONDENAÇÃO FUNDADA NOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS PRÁTICAS SEXUAIS NARRADAS. EXAME COMPARATIVO DE DNA PLEITEADO PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME. (...) 2. De outra parte, entende esta Corte Superior que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, freqüentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios. (...)***" (STJ, HC nº 87819/SP, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 30/06/2008).

No presente caso, tais declarações foram corroboradas pela coordenadora e assistente social D.C.M., que ao atender a ofendida no CACAM estranhou seu comportamento. Após algumas sessões de conversa e comunicação de outras meninas que residiam no mesmo centro a respeito de abusos relatados pela ofendida, ela lhe confidenciou a prática da violência sexual, destacando que o acusado lhe oferecia dinheiro para que ficasse com ele em quartos da casa, onde era obrigada por ele a acariciar e beijar seu pênis, permitir que ele tocasse suas partes íntimas e praticar conjunção carnal. Disse também que R. lhe confirmou que, apesar de outras pessoas frequentarem o local, ninguém presenciou os fatos (fl. 21 e mídia digital de fls. 96).

Assim, repita-se, a ofendida, mesmo de pouca idade, confirmou o comportamento criminoso do acusado com segurança e estas palavras encontraram guarida no depoimento da assistente social.

Embora as testemunhas M.G., M.C.S. e C.F.S. tenham confirmado a versão trazida pelo réu em juízo, cumpre destacarmos incongruências em seus

Acesso ao Sumário

depoimentos, especialmente no tocante à primeira.

M.G. apresentou estranho comportamento. Isso porque, na presença de sua mãe, relatou na delegacia de polícia que o réu residia na casa e que ele levava a vítima ao banheiro, juntamente com revistas de conteúdo pornográfico, onde se despiam e trancavam a porta (fl. 30). Por outro lado, em juízo, também na presença de sua genitora e visivelmente desconfortável, negou as declarações prestadas em sede de inquérito e apenas afirmou que somente a ofendida lia esse tipo de revista (mídia de fl. 128).

M.C.S., filha do acusado e mãe de M.G., por sua vez, admitiu na fase administrativa que seu pai residia com ela, sua mãe e as crianças, mas nunca ficava sozinho com R., pois não era responsável por seu cuidado (fls. 32). Sob o crivo do contraditório, contudo, claramente incomodada quando perguntada sobre sua filiação, relatou que seu pai apenas fazia visitas à sua mãe, a testemunha C., e que sua filha não poderia ter presenciado os abusos, pois nunca disse nada a respeito ou de alguma forma espiou pela fechadura dos cômodos (mídia de fls. 128).

Por último, C. apenas informou o juízo a respeito do fim de seu relacionamento com o agente e de que ele e a ofendida eram muito próximos, mas nunca ficaram sozinhos (fls. 27/28 e mídia digital de fl. 143).

Ora, pelos comportamentos apresentados, custa crer que estas testemunhas prestaram seus depoimentos livres de pressões, especialmente a jovem M.G. Vale dizer, a incoerência da narrativa apresentada por ela, bem como a postura amedrontada durante o depoimento em juízo não contribuem para afastar a veracidade das palavras da vítima, pelo contrário, apenas desqualificam o conteúdo da prova oral produzida pelas testemunhas arroladas pela Defesa e reforçam a harmonia entre a versão da ofendida e o depoimento da assistente social.

Observa-se que todas as testemunhas ouvidas fizeram menção à proximidade e ao afeto existentes entre o réu e a vítima, estes, aliás, são razões suplementares para que prevaleçam as palavras da ofendida, que não teria motivo algum para fantasiar os fatos narrados e prejudicar pessoa que possuía bom relacionamento.

Nem mesmo o laudo pericial (fl. 13), que constatou a inexistência de lesões, é apto a afastar o grande valor probatório das declarações da vítima. Embora infirme a realização de conjunção carnal, o próprio perito reconheceu que o resultado negativo da perícia não afasta a ocorrência de outros atos libidinosos. Além disso, é evidente que grande parte da violência sexual descrita pela ofendida é do tipo que não deixa vestígios, de sorte que não seria mesmo possível sua comprovação por perícia.

Portanto, na medida em que os atos libidinosos foram confirmados e

Acesso ao Sumário

considerando também que tais crimes nem sempre deixam vestígios, a ponto de tornar irrelevante a afirmação sobre a ausência de lesões ou de defloração no laudo de fl. 13, a condenação era mesmo medida de rigor, não havendo falar em falta de provas.

A continuidade delitiva também restou comprovada pelas declarações da vítima, que, embora não tenha recordado o número exato de vezes, confirmou ter sofrido abusos em mais de uma ocasião.

Restava, então, fixar a pena.

Na primeira fase, em atenção ao art. 59 do Código Penal, o que se vê é que o acusado é primário e não registra antecedentes criminais e, segundo se extrai dos depoimentos das assistentes sociais – D.M. (fl. 21 e mídia digital de fl. 96) e M.C. (fl. 07) – as circunstâncias do crime não deixaram sequelas mais profundas na vítima, de modo que, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, fixava a pena base no mínimo legal, em 8 anos de reclusão.

A reprimenda permanecia inalterada na segunda fase, a despeito da presença da atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal, diante da impossibilidade levá-la aquém do mínimo legal, conforme entendimento expressado na Súmula 231 do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Na ultima fase da dosimetria, por sua vez, a reprimenda deveria ser aumentada de 1/6 pela continuidade delitiva.

Aplicado o aumento mínimo porque a prova produzida não precisou o número de condutas efetivamente perpetradas pelo réu.

Dessa forma, a pena ficava definida em 9 anos e 4 meses de reclusão.

Finalmente, considerando o montante da pena a ser imposto, o regime inicial para cumprimento deveria ser mesmo o fechado.

Diante do exposto, **DAVA-SE PROVIMENTO ao recurso** interposto pelo Ministério Público para condenar J.C.S.N. por infração ao art. 217-A, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 9 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Revisor vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000051-06.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MIZAEL BISPO DE SOUZA, são apelados JANETE FERREIRA DE CARVALHO, CLAUDIA ELIANE MAYUME NAKASHIMA e MARCIO MASSAMI NAKASHIMA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, reconhecida a incompetência absoluta do juízo criminal, cassam-se os efeitos da decisão recorrida.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação. Arresto. Indenização. Ausência de intimação pessoal da sentença condenatória. Nulidade. Natureza alimentícia. Impenhorabilidade. Afastamento do arresto. -

Apelo julgado. Condenação mantida. Ausente pedido da parte, não estabelecido valor mínimo para reparação do dano. Art. 387, IV, CPP. Matéria que não foi objeto de debate. Função jurisdicional esgotada. Incompetência absoluta do juízo criminal. Competência do juízo cível. Recurso provido para, reconhecida a incompetência absoluta do juízo criminal, cassar os efeitos da decisão recorrida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Mizael Bispo de Souza contra decisão, que deferiu medida assecuratória de arresto do valor de R$ 210.171,11 (duzentos e dez mil, cento e setenta e um reais e onze centavos), correspondente à indenização a ser levantada, nos autos do processo n. 00451940.2011.8.26.0224, da 9ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos (fls. 20/21).

Postula o ilustre defensor, preliminarmente, a nulidade do feito, posto que o apelante não fora intimado pessoalmente da sentença, nos termos do artigo 392, I, do Código de Processo Penal, violada a garantia da ampla defesa; no mérito, pleiteia o reconhecimento da impenhorabilidade do valor indenizatório, em face da natureza alimentícia, afastado o arresto; alternativamente (fls. 28/35).

Colhida a manifestação do Ministério Público (fls. 48/52), foi determinada a remessa do autos a este Tribunal (fls. 55).

Recebidos, em 16 de novembro de 2016, despacho datado de 23 de novembro de 2016, exarado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Criminal, eminente desembargador Salles Abreu, determinou o retorno

Acesso ao Sumário

dos autos à Vara de Origem para a apresentação das contrarrazões recursais pelos apelados Janete Ferreira, Cláudia Eliane e Márcio Massami (fls. 59/60)

Cumprido o quanto determinado (fls. 73/77), foram os autos distribuídos a esta Relatora, em 17 de fevereiro de 2017.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, preliminarmente, aponta para a incompetência absoluta do juízo penal e violação ao princípio do contraditório, reconhecida a nulidade do feito; no mérito, manifesta-se pelo provimento do recurso ou, então, pela manutenção do arresto somente no que diz respeito ao valor fixado como indenização pelo dano moral (fls. 81/85).

Recebidos em 5 de junho de 2017, pelo Serviço de Processamento do Acervo de Direito Criminal, vieram os autos conclusos a esta relatora, em 20 de junho de 2017.

É o relatório.

Segundo consta, a sentença penal condenatória, pela prática de homicídio triplamente qualificado, impôs a Mizael Bispo de Souza, ora apelante, a pena de vinte anos de reclusão, em regime inicial fechado. Oportunidade em que deixou consignado expressa referência de que *não havendo pedido da parte (representante legal da vítima) incabível a condenação em indenização mínima (CPP. Art. 386, IV), pois, do contrário, ocorrerá um julgamento "extra petita"* (fls. 93/95).

Pois bem. Recebido o recurso de apelo, esta Décima Segunda Câmara Criminal de Direito Criminal, por votação unânime, manteve a condenação e provido em parte o recurso ministerial, fixou a pena, em vinte e dois anos e oito meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Por conseguinte, embora efeito da condenação penal a obrigação de indenizar pelo dano causado pelo crime, nos termos do artigo 91, I, do Código Penal, por ausência de pedido da parte, a sentença penal condenatória não estabeleceu valor mínimo para a reparação do dano, como dispõe o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Para que possa ser fixado o valor mínimo de indenização, na sentença penal condenatória, necessário que a matéria tenha sido objeto de debate, durante o transcorrer do processo. Vale dizer, deve ser expressamente requerida a reparação dos danos, assegurada a oportunidade à defesa de se manifestar, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Na realidade, esgotada estava a função jurisdicional, no juízo criminal, ao ser proposta a presente medida assecuratória de arresto, distribuída por dependência (proc. n. 302333-83.2013.8.26.0224) em 20 de junho de 2016, prolatada a decisão, ora impugnada.

Não se apresenta cabível pedido de arresto perante o juízo criminal, posto que a matéria não foi invocada pelos assistentes da acusação, por intermédio

de seus advogados, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Nessas condições, impõe-se reconhecer a incompetência absoluta do juízo criminal para conhecer e julgar pedido formulado pelos familiares da vítima. Como sustenta com propriedade o ilustre procurador de Justiça Walter Tebet Filho, *inexiste título executivo judicial*. (fls. 81/85).

Cabe ser proposta, para conhecer, apreciar e julgar pedido de ressarcimento do dano, ação de conhecimento, no juízo cível.

Assim sendo, reconhecida a incompetência absoluta do juízo criminal, cassam-se os efeitos da decisão recorrida.

Diante do exposto, por votação unânime, reconhecida a incompetência absoluta do juízo criminal, cassaram os efeitos da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3009761-47.2013.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante STEFAN WILSON GOMES DE SANTANA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – Pleito de anulação da sentença para instauração de incidente de insanidade mental – Inadmissibilidade – Feito que transcorreu normalmente sem que a defesa tivesse alegado a incapacidade mental do réu – Hipótese de superveniência de doença mental trazida ao conhecimento do juízo somente em razões de apelação – Inaplicabilidade do art. 152 do CPP – Pedido que deve ser formulado ao juízo da execução – Inteligência

Acesso ao Sumário

do art. 183 da LEP Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 241/247 condenou **Stefan Wilson Gomes de Santana** à medida socioeducativa de comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo de 03 meses, na forma do art. 28, §3º, da Lei nº 11.343/06; e o absolveu da imputação do art. 304, c.c. o art. 297, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela o acusado, pleiteando a anulação da sentença para que seja determinada a instauração de incidente de insanidade mental. Alega, para tanto, que sofreu acidente automobilístico que lhe comprometeu a capacidade cognitiva (fls. 270/278).

Contrariado o recurso (fls. 343/347), subiram os autos, tendo o feito sido distribuído, inicialmente, ao Eminente Desembargador Grassi Neto (fls. 354).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 355/358), e o presente processo foi a mim redistribuído, nos termos da Portaria 1 da Resolução 737/2016 (fls. 360).

É o relatório.

A imputação é de que, no dia 24 de agosto de 2013, por volta da 01h25, na Rua Cândido Rodrigues, 25, defronte ao Tora Tora, Centro, comarca de Bragança Paulista; o réu trazia consigo, para consumo pessoal, 02 trouxinhas de maconha, peso total de 4,8g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade delitiva e a autoria estão devidamente comprovadas, tanto que sequer questionadas pela defesa, razão por que são prescindíveis maiores considerações.

Passa-se, assim, diretamente à análise do pedido de anulação da sentença, o qual não comporta acolhimento.

Com efeito, o acusado sofreu acidente automobilístico que o debilitou a ponto justificar o ajuizamento de ação de interdição por sua genitora (fls. 280/341).

Mencionado evento, porém, ocorreu <u>após a prática dos fatos</u> que se apuram no presente feito criminal, no qual, em momento algum, o réu chegou a aventar a superveniência de eventual doença mental.

Em outros dizeres, este processo transcorreu placidamente, como, de forma pormenorizada, registrou a douta Procuradoria em seu parecer (fls. 356/357), valendo salientar, inclusive, que nada de anormal foi notado acerca

Acesso ao Sumário

da insanidade mental do apelante por ocasião de seu interrogatório judicial.

O defensor do réu, ademais, silenciou tal aspecto em seus memoriais, malgrado a ação de interdição já tivesse sido ajuizada àquela época (fls. 240).

Referido fato somente veio à tona agora, em sede de razões de apelação, de sorte que, por consectário logico, não há que se falar em anulação da sentença, pois, repita-se, prolatada após regular trâmite processual em que sequer foi formulado pedido de instauração de incidente de insanidade mental.

Nessa toada, não é hipótese de aplicação do art. 152, "caput", do Código de Processo Penal, que determina a suspensão do feito até que o acusado se restabeleça, porquanto a notícia somente foi aventada após o julgamento do processo.

De se concluir, pois, que o pleito em questão deve ser formulado junto ao juízo da execução, cabendo invocar-se o art. 183 da Lei de Execução Penal, segundo o qual:

> *"Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança".*

Neste mesmo sentido, já julgou este egrégio Tribunal de Justiça:

> *"Ainda que hipoteticamente estivessem, hoje, ocorrendo tais fatos (sem se levar em consideração a possibilidade de simulação de comportamento pelo acusado para gerar incidente), o que vale, para efeitos processuais, é o estado do réu na época do crime (ao tempo do crime). E não foi levantada qualquer dúvida quanto a este no decorrer da instrução. Com efeito, o art. 26 do Código Penal é expresso ao consignar que qualquer eventual prejuízo à imputabilidade, por problema mental, deve estar presente 'ao tempo da ação ou da omissão'.*
>
> *Cabe ressaltar, outrossim, que existe a possibilidade, em caso de doença mental superveniente, de se formular requerimento ao Juízo da Execução, nos termos do que dispõe o artigo 183 da LEP, o qual dispõe que 'quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança'.*
>
> *Entretanto, trata-se de questão a ser levantada, oportunamente, se o caso, perante aquele Juízo competente."* (Apelação nº 0000976-50.2013.8.26.0390, 13ª Câmara de Direito Criminal, Rel. De Paula Santos, j. em 12.11.2015).

Por derradeiro, acrescente-se que o acusado não foi condenado à pena privativa de liberdade, de modo que eventual descumprimento da medida

Acesso ao Sumário

educativa cominada não acarretaria a decretação de sua prisão.

Enfim, nada a ser alterado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002675-29.2014.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que é apelante ALAN DONIZETE DA FONSECA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL ao apelo interposto por Alan Donizete da Fonseca, a fim de conceder-lhe o "sursis" pelo período de 02 (dois) anos, nos termos do art. 77 do Código Penal, mediante o cumprimento das condições previstas no artigo 78, § 2º, "b" e "c", do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. decisão, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.665)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 21 de setembro de 2017.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Lesão corporal grave – Recurso da defesa – Absolvição por insuficiência de prova ou pelo reconhecimento de legítima defesa – Impossibilidade – Materialidade e autoria bem comprovadas – Prova amealhada que se mostra suficiente para a condenação – Requisitos do art. 25, do Código Penal, não comprovados – Penas e regime fixados da forma mais branda – Substituição da pena carcerária por penas alternativas – Impossibilidade – Violência empregada que inviabiliza a concessão do benefício – Cabível, contudo, a suspensão condicional da pena – Apelo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Alan Donizete da Fonseca contra a r. decisão de fls. 151/152, cujo relatório se adota, acrescentando-se que, ao julgar procedente a ação penal, condenou o réu à pena de 01 ano de reclusão, em regime aberto, como incurso no artigo 129, §1º, I, do Código Penal.

Inconformada, recorre a i. Defesa do acusado, com razões de apelação a fls. 177/187, nas quais requer a absolvição, aduzindo insuficiência de provas, bem como por ter agido em legítima defesa. Subsidiariamente, pugna pela substituição da pena carcerária, nos moldes previstos no art. 44, do Código Penal.

Recurso regularmente processado e contrariado pelo Ministério Público a fls. 189/193, nas quais postula pelo não provimento do apelo interposto.

Nesta Instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 198/206, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Cuida-se de ação penal na qual a exordial narra que, no dia 20 de abril de 2014, às 18h40min, na Rua José de Oliveira Santos, n° 484, Jardim São Gabriel, Vargem Grande do Sul, o acusado ofendeu a integridade física de Nilza Lopes Alves, causando-lhe ferimentos de natureza grave (impotência funcional parcial do membro inferior esquerdo), conforme descritos no exame de corpo de delito juntado aos autos às fls. 11.

O acusado devia para a vítima. Irritado com a cobrança, na porta de sua residência, no momento em que saia com seu automóvel, engatou a marcha e partiu para cima dela. Com isso, o acusado prensou-a com o seu veículo contra outro estacionado no local e fugiu. Ferida, a vítima foi socorrida pelo SAMU do município. Em decorrência das agressões, permaneceu incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 dias, além de sofrer debilidade permanente nos movimentos do pé esquerdo.

A condenação era mesmo de rigor.

A materialidade delitiva resulta consubstanciada nos autos com a vinda de Boletim de Ocorrência de fls. 3/5, laudo de exame de corpo de delito de fls. 08 e laudo complementar às fls. 11 e prova oral produzida.

No que tange à autoria criminosa, o réu, na fase administrativa, admitiu parcialmente os fatos. Disse que comprou um veículo de Paulo, marido da vítima, dando sua motocicleta como pagamento. Entregou-lhe um capacete e Paulo lhe emprestou um tape até que pudesse comprar outro. Duas semanas depois, estava saindo para a missa quando lá apareceu Paulo, sua esposa Nilza e o filho dele. Nilza saiu do veículo, aparentando estar alcoolizada, e passou a chamá-lo de vagabundo. Revidou os insultos, tendo Paulo se aproximado e colocado a mão em seu veículo. Pediu que se afastassem. Como não se afastaram, deu ré em seu veículo e saiu devagar. Nilza "pulou" na frente do veículo, porém, não sabia que

Acesso ao Sumário

ela havia sido atingida e lesionada.

Em juízo, deixou de comparecer, tornando-se revel.

A vítima, por sua vez, em ambas as oportunidades em que foi ouvida, confirmou os fatos descritos na denúncia. Narrou que seu companheiro tinha um veículo VW/logus de cor vermelha e, um mês antes dos fatos, ele o vendeu para pessoa de Alan. Na época Alan deu uma motocicleta como pagamento, ficando de entregar também um capacete. Neste dia, Alan perguntou ao companheiro da declarante, se ele tinha um *tape* para colocar no carro, sendo que este respondeu que tinha um que pertencia à declarante. Relata que Alan pediu para que lhe perguntasse sobre a venda do *tape* e como já havia instalado outro som em seu carro, disse que o venderia pelo valor de R$50,00 (cinquenta reais). Alan aceitou, ficando de no dia seguinte levar o dinheiro, bem como o capacete para quitar o restante do pagamento do veículo adquirido. Após este dia, Alan não mais retornou e toda a vez que a declarante telefonava ou mandava recado, ele dizia que logo iria mandar o dinheiro. Como Alan não cumpriu o combinado, ela, seu companheiro Paulo Cesar e seu enteado Fernando foram procurar por Alan na casa dele. Quando lá chegaram, Alan estava saindo com o seu veículo, sendo que o companheiro da declarante estacionou do lado do carro dele. Saiu do veículo e foi até onde Alan estava, ficando do lado do passageiro da frente e o cobrou. Que começaram a discutir e em determinado momento, Alan deu ré com o seu veículo, saindo em arrancada, atirando o seu veículo contra seu corpo, pressionando-o entre os dois veículos, evadindo-se logo em seguida. Afirma que Alan fez propositalmente, já que ele poderia sair do local, sem lhe atingir, já que a frente estava livre. Com isso, teve que ser socorrida pelo SAMU e encaminhada para o Hospital local, onde se constatou que seu pé esquerdo teve uma fratura. Afirmou que ainda está fazendo tratamento médico e tem dificuldade de se locomover. Com frequência vê Alan passando na porta de sua casa, mas que este lhe ignora e não lhe procurou para saber seu estado e nem pagou aquilo que lhe devia.

Em consonância com o relato da vítima, estão os depoimentos de Paulo César Marques e Fernando Henrique Marques, os quais confirmaram, não íntegra, os fatos descritos na denúncia.

Diante do apurado, a materialidade e autoria restaram suficientemente comprovadas.

Também não há falar em legítima defesa. Nada há nos autos a amparar tal alegação e, ainda que houvesse, por óbvio que não justificaria reação tão desproporcional.

Dessa forma, tem-se que a condenação do apelante, como incurso no art. 129, § 1º, I, era mesmo medida que se impunha.

A pena-base foi fixada no patamar mínimo, bem como foi fixado o regime

Acesso ao Sumário

prisional mais brando, não merecendo reparos.

Por fim, improcede o pedido subsidiário de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Isso porque a conduta apurada nestes autos trata-se de infração penal cometida com violência, o que, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal, impede a concessão do pretendido benefício.

Cabível, contudo, a suspensão condicional da pena, conforme previsão constante no art. 77, do Código Penal, uma vez que foi fixada pena inferior a dois anos e as circunstâncias do art. 59, do Código Penal foram consideradas favoráveis pelo douto sentenciante.

Por conseguinte, concedo ao acusado o "sursis" pelo período de 02 (dois) anos, nos termos do art. 77 do Código Penal, mediante o cumprimento das condições previstas no artigo 78, § 1º, "b" e "c", do Código Penal.

Via de consequência, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao apelo interposto por Alan Donizete da Fonseca, a fim de conceder-lhe o "sursis" pelo período de 02 (dois) anos, nos termos do art. 77 do Código Penal, mediante o cumprimento das condições previstas no artigo 78, § 2º, "b" e "c", do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. decisão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020757-14.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes T.C.R. e S.L., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos apelos ajuizados em favor de S.L. e de T.C.R. para absolvê-los da imputação que lhes foi feita, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvarás de soltura clausulados em favor dos absolvidos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 14 de setembro de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITOS DEFENSIVOS EM PROL DE AMBOS OS

APELANTES, DE ABSOLVIÇÃO, POR FALTA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LOS.

CONDENAÇÕES ESTRIBADAS NO ART. 217-A, *CAPUT*, E § 1º, DO CP.

CASO EM QUE O CONTEXTO PROBATÓRIO NÃO LOGROU DEMONSTRAR, COM SEGURANÇA, A PRÁTICA DELITIVA PELOS IMPUTADOS.

Recursos providos, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de apelações interpostas em favor de S.L. e de T.C.R., que foram condenados ao cumprimento de penas corporais de oito anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por infração aos ditames do artigo 217-A, *caput*, e § 1º, do Código Penal (fls. 409/423).

Aduz a Defesa de T. que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ela seja absolvida, por falta de provas a incriminá-la, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 462/466).

Apela também a Defesa de S., pleiteando a sua absolvição, nos termos do art. 386, II ou VII, do CPP, por não haver elementos seguros quanto a materialidade e a autoria delitivas que justifiquem o deslinde condenatório, alegando que o mesmo foi baseado tão somente nas provas colhidas na fase policial, que não foram ratificadas em Juízo, sob o crivo do contraditório, inclusive porque o laudo pericial de fls. 172/173 nada constatou, frisando, ainda, que "Tudo foi inserido pelo ardil e pela pressa da corré T., temerosa de prisão pelo furto qualificado e pela corrupção da menor usada por ela no auxílio ao furto do celular" (fl. 484), invocando, por fim, o princípio do *in dubio pro reo* (fls. 479/494).

Os recursos foram contrarrazoados pela doutora Promotora de Justiça, que pretende o desprovimento dos mesmos, e a mantença da decisão monocrática, reiterando suas alegações finais antes ofertadas (fls. 501/506).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Hideo Ozaki, igualmente se pronunciou pelo desprovimento dos apelos (fls. 533/540).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, há que se dar provimento aos recursos defensivos, para serem absolvidos os imputados, nos termos do artigo 386, II, do Estatuto Adjetivo, não obstante o zelo com que se houveram os combativos representantes do *Parquet* em ambas as Instâncias.

Isso porque a convicção em torno da materialidade do delito e da autoria dos apelantes restou prejudicada pela ausência de elementos que demonstrem,

Acesso ao Sumário

de modo seguro e consistente, a efetiva prática de atos libidinosos, pelo acusado S., contra a vítima.

Deste modo, a prova oral produzida é insuficiente para demonstrar a responsabilidade penal dos corréus por infração ao disposto no art. 217-A, do Código Penal.

Na Delegacia o imputado S. optou por permanecer silente (fl. 13).

Em Pretório aduziu que no dia dos fatos estava muito bêbado, e quando "deu por si", já estava na Delegacia, não se recordando de mais nada, nem mesmo do que disse aos policiais. Afirmou que conhece a vítima apenas de vista, e que nunca conversou com a mesma. Disse que já fez programas sexuais com T., mas jamais com a ofendida, ou a mãe dela. Frisou que às vezes tem lapsos de memória, quando ingere muita bebida alcóolica (mídia).

Já a apelante T., na fase policial, disse que sempre realiza programas sexuais com S.. Negou a prática delitiva, afirmando que estava bebendo com o pai da ofendida na ocasião dos fatos, e que não a levou até a residência do corréu. Asseverou que não sabe de nenhum envolvimento da menor com S. (fl. 14).

Na fase judicial ela negou ter estado com a vítima no dia do ocorrido. Afirmou que se encontrava em companhia do pai e do tio da adolescente, na praça da cidade, bebendo cerveja, e depois foi para sua casa, onde foi abordada pelos policiais, e só então ficou sabendo dos fatos, frisando que não sabe porquê foi envolvida nessa história. Confirmou que na época realizava programas sexuais, inclusive com o corréu. Disse que tem conhecimento de que a menor também fazia programas, só que de forma escondida, em razão da idade, mas não sabe se ela já os havia feito com S. Contou que existem comentários na cidade de que o genitor da ofendida a explorava sexualmente para manter seu vício em drogas. Salientou que a adolescente não aparenta ter problemas mentais, mas ao contrário, é muito esperta. Acrescentou que S. costuma beber muito, a ponto de perder a noção do que faz, como já viu acontecer várias vezes. Declarou que a mãe da vítima lhe disse que a menina já se envolveu em outra ocorrência policial semelhante (mídia).

A ofendida L.V.R.S., por sua vez, na fase inquisitiva, narrou que no dia dos fatos sua amiga T. chamou para irem à casa de S., para o "chuparem", e disse que ele as pagaria em dinheiro. Relatou que "chupou" o acusado, mas quando acabou, ele lhe falou que já havia dado R$ 50,00 para T., a qual não estava mais na residência, e acabou ficando sem pagamento. Contou que S. disse que seu celular havia sumido, então ele foi até a praça, onde fez um "griteiro", mas acabou encontrando o aparelho com T. Afirmou que não é virgem há mais de um ano, que já usou drogas, e que inclusive ficou internada no hospital psiquiátrico por problemas com tóxicos, e por ser hiperativa. Salientou que não

Acesso ao Sumário

houve conjunção carnal com S., apenas fez sexo oral nele, e que resolveu fazer o "programa", pois sua mãe estava devendo dinheiro (fl. 12).

Em Juízo declarou que o Conselho Tutelar retirou a sua guarda de seus pais, porque eles são usuários de drogas. Relatou que, quando dos fatos, a acusada T. a levou até a residência de S., abriu a porta com uma chave de fenda, e a trancou no interior do imóvel, dizendo que era para ficar com o réu até que terminasse de rouba-lo. Afirmou que o acusado é inocente, e que ele não fez nada, porque estava dormindo. Acrescentou que mentiu na Delegacia, porque T. disse que iria mata-la se não dissesse que havia sido estuprada por S., pois a acusada estava com medo de ser presa por ter subtraído dinheiro e o aparelho celular do corréu (mídia).

E o policial militar Breno Viana Martins Ribeiro narrou que recebeu, via COPOM, informação de que havia uma mulher em uma praça do município de Talhados, dizendo que sua filha havia sido estuprada, razão pela qual se deslocou até o local, onde a vítima L., com 13 anos de idade, em companhia de sua genitora, afirmou que, orientada por T., havia praticado sexo oral com o imputado S. na residência dele. Relatou que então se dirigiu até a casa desse acusado, e em contato com o mesmo, constatou que ele estava visivelmente embriagado, exalando forte odor etílico, tendo ele confirmado os fatos, bem como ressaltado que sempre tinha relações sexuais com a corré T. Contou que essa última, por sua vez, disse que esteve na moradia de S., e que havia presenciado os atos libidinosos entre ele e a ofendida, sendo que após a prática sexual, como o acusado estava sem dinheiro para paga-la, a adolescente pegou o celular dele, foi até a praça e o entregou para T., que devolveu o aparelho para S. Afirmou que quando conversou com o réu, ele já estava com o celular. Frisou que a mãe de L. apresentava visível retardo mental, e embora o pai da menor tivesse informado que a vítima também tivesse algum tipo de distúrbio, tal não era aparente. Salientou, ainda, que presenciou, na Delegacia, T. ameaçando a ofendida. Questionado, esclareceu que tudo o que relatou ficou sabendo através de L. e de T. (mídia).

Acesso ao Sumário

Nesse mesmo sentido foi a narrativa do também policial militar João Antônio Martins Júnior, que acrescentou que, na ocasião, o acusado S., que exalava odor etílico, afirmou que já havia feito várias vezes programas sexuais com a corré T. e com a vítima, e admitiu que havia praticado atos libidinosos com a menor também naquele dia, sendo que ela tinha ido sozinha até a sua residência. Ressaltou que a ofendida lhe disse que T. já a havia apresentado para outros homens. Questionado, afirmou que tudo o que T. e a vítima disseram, o apelante S. confirmou quando de sua prisão (mídia).

S.M.S., tia da ofendida, afirmou que essa lhe contou que a T. a levou até a residência de S, abriu a porta com uma chave de fenda, subtraiu R$ 50,00 e um celular dele, e trancou a menor no interior da casa. Disse que S. estava dormindo,

bêbado, e não fez nada. Salientou que a adolescente mentiu na Delegacia, porque foi ameaçada por T., que ordenou que ela incriminasse falsamente S., por medo de ser presa, por conta do furto que havia praticado. Afirmou que a T. e a genitora da vítima costumavam ir a casa do réu, para "tirar dinheiro" dele, e que a família da menor é "terrível". Asseverou que outra pessoa inocente também já foi presa por conta de fatos semelhantes, e que L. inclusive dizia que podia fazer o que quisesse, e que "colocava qualquer um na cadeia, porque é menor e todo mundo acredita no que fala" (mídia).

A testemunha S.S.S.R. disse que teve conhecimento, por meio da tia da vítima, e de outras pessoas da cidade, de que T. levou a ofendida até a casa de S., onde subtraiu alguns pertences dele, e trancou a menor no interior do imóvel, sendo que o acusado estava bêbado e dormindo. Afirmou que os pais da vítima são usuários de drogas, e que a mãe dela, que tem problemas mentais, a levava para fazer programas sexuais. Asseverou que a família da adolescente já causou muita confusão no município, inclusive já sequestrou um senhor idoso e roubaram todos os bens dele, acrescentando, ainda, que a menor até costumava dizer que colocava quem ela quisesse na cadeia. Ressaltou que todos da comunidade local estão indignados com a situação, dizendo que foi "armação" contra o S. (mídia).

O policial civil Altamiro Antonio de Oliveira, responsável por intimar a ofendida a comparecer à Delegacia para prestar declarações, afirmou que tanto a menor, como a genitora dela, possuem visíveis distúrbios mentais. Salientou que as pessoas da cidade comentavam que o pai da adolescente a explorava sexualmente, e que um senhor idoso também lhe contou que havia sido roubado pela família dela. Disse que tem conhecimento de que o apelante S. bebia muito na época dos fatos, e que inclusive no dia de sua prisão chegou a passar mal na Delegacia, chegando a vomitar na cela (mídia).

Por derradeiro, as testemunhas de defesa C.C., C.N.A. e L.A.S. nada esclareceram acerca dos fatos (mídia).

Diante desse cenário, observa-se que do conjunto probatório acima analisado, não se pode extrair a certeza necessária a embasar um decreto aflitivo, vez que a própria vítima afirmou, em Juízo, que nada aconteceu, já que o imputado S. estava dormindo, e os policiais militares que fizeram referência de que o mesmo confirmou os fatos quando de sua prisão, foram uníssonos em dizer que, embora aparentasse estar consciente, ele estava visivelmente embriagado, exalando forte odor etílico, o que foi demonstrado, também, pelos depoimentos de todas as testemunhas que o conheciam, que confirmaram o seu problema com bebidas alcóolicas, tendo o policial civil Altamiro inclusive relatado que o réu passou mal na Delegacia no dia do ocorrido, assim, restando amplamente demonstrado seu profundo estado de embriaguez na ocasião, daí que esse poderia vir a afetar qualquer declaração ofertada por ele, nessas condições.

Acesso ao Sumário

Demais, as narrativas dos policiais militares, de que vieram a saber, por ouvir dizer, por parte da corré T., que a mesma já havia levado a vítima em outras oportunidades na casa do acusado, e que viu a menor praticando sexo oral com S. na data em questão, igualmente não se prestam a embasar, por si só, um decreto condenatório, mormente porque a vítima relatou que somente imputou falsamente o crime a S. porque T. a ameaçou, ordenando que assim agisse, com medo que fosse ser processada pelo furto do celular do acusado, a indicar que essa ré tinha, a princípio, interesse em prejudica-lo.

Frise-se, ainda, que as demais testemunhas ouvidas em Pretório, até mesmo a própria tia da ofendida, salientaram também que a adolescente costumava dizer que "colocava qualquer um na cadeia, porque é menor e todo mundo acredita no que fala" (mídia), e que a família dela era dada ao uso de drogas, à prostituição e a práticas de crimes na cidade, tendo a ofendida, desde a fase inquisitiva, confirmado que inclusive já foi internada em hospital psiquiátrico por problemas com tóxicos.

Assim, diante da limitada e frágil prova oral produzida em Juízo, sob o crivo do contraditório, observa-se que essa não enseja comprovação segura quanto a suposta prática de atos libidinosos pelo acusado S. contra a ofendida, e nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal, não há que se respaldar a condenação dos corréus somente com provas indiciárias, daí porque incabível, diante desse cenário, a manutenção do édito aflitivo.

Isto posto, dá-se provimento aos apelos ajuizados em favor de S.L. e de T.C.R. para absolvê-los da imputação que lhes foi feita, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal. **Deverá a MMª Juíza providenciar a expedição de alvarás de soltura clausulados em favor dos absolvidos.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052687-20.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante FERNANDO APARECIDO GARCIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Marcelo Feller e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Ruben Teixeira Garcia", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.033)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN

SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de setembro de 2017.

IVAN SARTORI, Relaltor

Ementa: Apelação – Homicídio simples privilegiado – Decisão dos jurados em consonância com as provas produzidas – Confissão – Inexigibilidade de conduta diversa não caracterizada – Conduta desabonadora da vítima que não justifica a prática delitiva – Pena e regime bem fixados – Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal.

Pronunciado (fls. 389/93), recorreu em sentido estrito (fls. 410/21), sem sucesso (fls. 447/56).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sobreveio r. sentença de procedência parcial, afastadas que foram as qualificadoras e reconhecido o privilégio, com imposição da pena de 04 anos de reclusão, em regime aberto (fl. 698/9).

Recorre somente a defesa, postulando a anulação do julgamento, ao argumento de que o veredito é contrário à provados autos, eis que patente ter o réu agido sob a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa (fls. 786/99).

Contrariedade a fls. 801/7.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antonio Lopes Monteiro, é pelo desprovimento (fls. 811/9).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A materialidade delitiva resulta da portaria de fl. 02, do b.o. de fls. 03/5, auto de reconhecimento fotográfico positivo de fl. 19, laudo necroscópico de fls. 51/2, certidão de óbito de fl. 70 e b.o. PM de fls. 124/5v.

Já a autoria emerge do relatório de investigação de fl. 24, do relatório policial de fls. 195/204 e da prova oral em solo policial, pretório e plenário.

Consoante a denúncia, o réu Fernando Aparecido Garcia, por motivo fútil e emprego de recurso a dificultar a defesa do ofendido, teria matado Genaldo Geraldo da Silva, vulgo "Pita", "Negão" ou "Gênio", mediante disparos de arma de fogo.

É do caderno processual que o ora falecido era padrasto de Jaqueline, filha

Acesso ao Sumário

de sua companheira Rosely, com quem vivia um relacionamento conturbado.

Fernando, ora recorrente, era primo de Rosely e namorado de Jaqueline. No dia dos fatos, ele e Genaldo passaram a discutir por motivos alusivos ao relacionamento familiar do último. Então, o réu, ressentindo-se pelo comportamento do ofendido perante a namorada, de modo repentino e inesperado, teria sacado a arma que portava e efetuado disparos pelas costas da vítima. Na sequência, teria ainda realizado mais dois disparos pela frente, produzindo, ao final, os ferimentos que foram a causa da morte de Genaldo.

Na delegacia, Fernando negou o crime, dizendo que não estava na cidade (fls. 89/90).

Entanto, acabou admitindo, em juízo e em plenário, ter efetuado disparos contra a vítima, alegando, todavia, ter agido em legítima defesa de terceiro (Jaqueline). Ele contou que estava se relacionando com Jaqueline, enteada da vítima, havia um ano, e que, na data dos fatos, foi procurado pelo primo Jackson, irmão de Jaqueline, o qual lhe falou que Genaldo estava alterado dentro de casa, batendo em todo mundo. Então, foi conversar com ele e passaram a discutir, isso porque ele teria tentado estuprar a enteada novamente. Começaram a agredir-se mutuamente e, cessada a briga, foi embora. No caminho, encontrou um conhecido, "Neguinho", e foi até a casa dele, onde pegou uma arma e voltou para a residência da vítima. Lá chegando, foi ameaçado por Genaldo, que dizia que ia "fazer e acontecer" com Jaqueline e depois mataria todo mundo. Nesse momento, investiu contra ele, efetuando disparos. Genaldo ainda correu, quando, então, atirou pela quinta vez. Ato contínuo, deixou o local, devolvendo a arma a Neguinho, naquele mesmo dia (fls. 367/v. e 761/73).

Sua versão foi parcialmente roborada por Josué Pinto Gonçalves, que disse ter visto o réu atirando na vítima. Contou essa testemunha que, no dia, estava trabalhando em seu carrinho de lanches, quando ouviu os disparos. Virou-se para a rua e viu um rapaz atirando no ora falecido. Este ainda correu, mas, o atirador foi atrás, momento em que ouviu mais quatro ou cinco disparos. Conhecia a vítima e nunca a viu nervosa ou agredir qualquer pessoa. Reconheceu Fernando em juízo, como sendo a pessoa que viu atirando em Genaldo (fls. 45 e 302).

Acesso ao Sumário

É certo que há controvérsia acerca da conduta do ofendido, que, segundo relataram as testemunhas Rosely Aparecida Garcia e Jaqueline (companheira e enteada, respectivamente), era agressiva e violenta. Também há notícia de que ele teria estuprado a enteada, quando ela contava dezoito anos e, na data dos fatos, teria manifestado a intenção de fazê-lo novamente (fls. 12/3, 15/8, 63 300/2, 304/5, 366 e 732/60).

Contudo, ao revés do quanto apregoado no apelo, eventual comportamento nefasto, quiçá criminoso, da vítima, não teria o condão de, por si só, conferir "salvo

conduto" ao ora apelante para lhe ceifar a vida, a pretexto de inexigibilidade de conduta diversa. Admitir- se coisa que tal seria permitir a autotutela, do que não se pode cogitar, pena de colocar-se em risco o próprio Estado Democrático de Direito e a vida em sociedade.

De fato, como bem anotado em contrarrazões pelo Ministério Público, *"(...) a defesa desejou ter uma permissão indistinta de prática de crime gravíssimo, pois bastaria a notícia de que alguém possa ter sido afrontado, para que o agente pudesse, sem qualquer punição, ceifar a vida da vítima. Não vivemos na época dos filmes de 'cowboy'. Portanto, se os fatos jurídicos alegados pela defesa fossem realmente verdade, as vítimas e o acusado tiveram tempo mais do que suficiente para a tomada de medidas judiciais, para coibir tais condutas, e, não esperar o 'melhor momento', para justificar a julgamento das ruas e matar a vítima, que os incomodava. Impossível o raciocínio, pois, somente estimularia a prática criminosa. (...)*" (fl. 806).

Nesse contexto, adveio a condenação popular, afastadas as qualificadoras e reconhecido o privilégio, veredito que guarda absoluta consonância com o apurado e com tudo quanto exposto em plenário por acusação e defesa.

Nem era caso de proceder-se ao minucioso exame acima, bastando dizer que há prova mais do que suficiente para a condenação, sucedendo descaber a intervenção desta Corte.

Nessa linha:

"(...) Processo penal. Júri. Crime de homicídio qualificado. Pretendida anulação do julgamento, sob o argumento de que a decisão dos jurados contraria a prova dos autos. Impossibilidade. A decisão não é manifestamente contrária à prova dos autos, porque encontra respaldo em uma das versões verossímeis existentes. Precedentes citados. Recurso de MARIA JULIA desprovido." (Apelação nº 0006464-29.2011.8.26.0366, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Souza Nery, j. 09.05.2017);

"HOMICÍDIO SIMPLES - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - Impossibilidade - I - Não deve ser provido o apelo que se insurge contra a condenação do acusado, quando há nos autos prova segura, que indique a participação do mesmo no crime em comento. II - diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, para que seja acolhido recurso apelatório com base em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que o decisum proferido pelo Conselho de Sentença se apresente absolutamente divorciado do contexto probatório, o que não ocorre na espécie, devendo, portanto, ser mantida a sentença condenatória" (Apelação nº 9000069-37.2010.8.26.0224, 12ª Câmara Criminal, Rel.

Acesso ao Sumário

Des. Paulo Rossi, j. 26.03.2014);

"TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. VEREDICTO DISSOCIADO DAS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS APRESENTADAS. JURADOS QUE DECIDIRAM POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. Proferido o veredicto do Júri com base nas provas dos autos, de forma não arbitrária, descabe a realização de novo julgamento. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação nº 9000002-72.2010.8.26.0515, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Willian Campos, j. 25.03.2014).

Passa-se ao exame do apenamento.

A base foi fixada no linde inferior, em 06 anos de reclusão.

Na fase seguinte, desprezou-se a atenuante da confissão, por força da Súmula nº 231 do STJ.

Por fim, reconhecido o privilégio, a pena foi diminuída em 1/3, totalizando quatro (04) anos de reclusão, em regime aberto.

Incabível a concessão de quaisquer benefícios, ante a vedação expressa dos arts. 44, I, e 77, III, do CP.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000665-85.2017.8.26.0530, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante E.V.G., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso defensivo, mantendo a r. sentença monocrática, prejudicada, porém, a análise do regime prisional, tendo em vista o teor da decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, acima referida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.156)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

SÉRGIO COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Defesa que se conformou com a condenação, pretendendo a reforma

da r. sentença somente para que seja aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Pena e vedação da substituição da pena corporal que não comportam alteração. Análise do regime prisional prejudicada, tendo em vista a concessão de *habeas corpus* de ofício, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto. Recurso defensivo não provido, prejudicada a análise do regime prisional.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 270/279, cujo relatório fica adotado, E.V.G. foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado, apela o sentenciado, postulando a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu grau máximo; fixação do regime prisional aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 324/344).

Recurso regularmente processado, com contrarrazões (fls. 350/355), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 374/401).

Este é o relatório.

O apelante E.V.G. foi condenado, porque, no dia 10 de março de 2017, por volta das 12h51m, nas dependências da residência localizada na Rua (...), bairro Nova Roma, na cidade e comarca de Santa Rosa de Viterbo, tinha em depósito (em sua casa), para fim de entrega a consumo de terceiros, 134 (cento e trinta e quatro) *eppendorfs* de cocaína em pó, pesando 30,374g (trinta gramas e trezentos e setenta e quatro miligramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A prova da responsabilidade do apelante é maciça, mormente diante do robusto conjunto probatório amealhado aos autos. Tanto que sequer se animou a ilustre defesa em contestar a culpabilidade básica, o que torna desnecessário repetir, ou reforçar, os seguros fundamentos da r. sentença a respeito. O que quer é a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu grau máximo; fixação do regime prisional aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Mas, como bem observou o Ministério Público de ambos os graus (fls.

Acesso ao Sumário

350/355 e 374/401), isso não é possível.

A reprimenda foi criteriosamente aplicada, não comportando reparo.

Na primeira fase do cálculo, a básica foi exasperada na fração de 1/5 (um quinto), por entender o MM. Juiz sentenciante que "*como se trata de réu que não tinha trabalho formal, que guardava expressiva quantidade de cocaína em sua casa, que fazia uso de um automóvel de origem ilícita (em relação ao qual havia notícia de ser produto de roubo), considerando que o réu era vendedor contumaz de droga (inclusive combinando por telefone os locais onde vendia o entorpecente), e diante da expressiva quantidade de droga; justifica-se a exasperação das penas em um quinto do mínimo legal. Por isso, fixo a pena-base em seis anos de reclusão, e seiscentos dias-multa*" (fls. 276), o que não merece censura, consoante o disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, que estabelece que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à natureza e à quantidade da substância aprendida (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59, do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública. Ademais, cumpre salientar que o réu não tem direito público subjetivo à fixação da pena mínima - senão à reprimenda suficientemente justificada, nos limites da cominação, como ocorreu *in casu*. A propósito, conforme já reconheceu o Pretório Excelso, "*a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas*" (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, qual a razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

Na segunda fase da dosimetria, a pena retornou ao mínimo legal, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (fls. 72), restando, definitivamente, estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição.

Consigne-se aqui, por oportuno, que andou bem o digno Magistrado "a quo" ao deixar de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ante a existência de elementos concretos de que o réu se dedicava de forma profissional e continuamente à traficância, tendo constado da r. sentença monocrática que "*... o réu era contatado por chamadas ao número de seu telefone celular exatamente para venda de drogas; um usuário de droga que foi abordado pela polícia informou e indicou exatamente a casa da mãe do acusado como sendo o local de venda das drogas, houve a apreensão de expressiva quantidade de drogas e de dinheiro no local em que a*

Acesso ao Sumário

droga estava guardada (o que indica que aquele dinheiro apreendido é produto da venda de entorpecente pelo réu), e o réu não tinha trabalho ou qualquer atividade lícita de vida, além de ocupar um carro em relação ao qual havia registro de roubo (o que indica que o réu fazia da vida criminosa especialmente do tráfico de drogas como meio de vida). Além disso, as mensagens arquivadas no telefone celular do réu indicavam que ele usava o aparelho para venda de drogas, conforme mensagens transcritas às fls. 161 e 164." (fls. 276), o que, sem dúvida, evidencia a insuficiência da *benesse*. Registre-se, ademais, que referido dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 42 da mesma lei e tem por finalidade beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que exerce atividade criminosa e faz do tráfico o seu meio de vida, como é o caso do apelante E.

Nessa toada, observo que o Pretório Excelso já reconheceu a inexistência de *bis in idem* em casos como o presente, em que a referência à quantidade de droga não foi fator preponderante na negativa de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, havendo nos autos elementos suficientes para se concluir que o apelante realmente se dedicava à atividade criminosa, o que inviabiliza a aplicação do benefício. Nesse sentido: "*Não há que se falar em bis in idem, pois, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido* (HC 136177 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 14/10/2006, processo Eletrônico DJe-248 Divulg. 21/11/2016).

Enfim, a pena foi criteriosamente justificada e não comporta abrandamento. A diminuição da reprimenda não atenderia ao princípio da suficiência da resposta penal. Ademais, como o d. Magistrado não afrontou a lei, deve ser respeitado o critério do juiz natural do réu.

Quanto à substituição da pena corporal, anoto que, no caso em tela, o *quantum* da pena aplicada ao acusado traduz impedimento à concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, tendo em vista as graves e peculiares circunstâncias do caso concreto – o réu foi surpreendido por policiais militares com 134 (cento e trinta e quatro) *eppendorfs* de cocaína ocupando veículo de procedência ilícita –, anoto que, a meu ver, seria caso de manutenção do regime inicial fechado.

Observo, todavia, à vista de telegrama que ora chega às minhas mãos, que o E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 413.462/

Acesso ao Sumário

SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, entendeu por bem não conhecer do *writ*, concedendo, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto, motivo pelo qual fica prejudicada a análise do regime prisional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo a r. sentença monocrática, prejudicada, porém, a análise do regime prisional, tendo em vista o teor da decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, acima referida.

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0052682-25.2013.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante RAPHAEL SANZ CASSEB, é embargado EGRÉGIA 5ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS, ratificando o recebimento da denúncia, determinando-se com urgência o retorno dos autos à Vara para prosseguimento da ação penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.153)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (Presidente), GERALDO WOHLERS, JUVENAL DUARTE e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 3 de agosto de 2017.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos Infringentes. Embargante denunciado pelo crime de dano qualificado. Rejeição da denúncia, com lastro no artigo 395, inciso II, do C. P. Penal e extinção da punibilidade do agente, em face da decadência, ao argumento central de que o bem (uma guarita) não era de propriedade da Polícia Militar do Estado. Interposição, pelo *Parquet*, de recurso em sentido estrito. Hipótese, com lastro no entendimento da D. Maioria, que autoriza a continuidade da ação penal. Elementos colhidos indicando que o bem danificado, em razão de afetação, tratava-se de

patrimônio público (bem de uso especial). Embargos rejeitados, ratificado o recebimento da denúncia, com determinação.

VOTO

Embargos Infringentes opostos ao v. Acórdão que, rejeitando as preliminares aventadas em sede de contrarrazões por unanimidade, deu provimento, por maioria de votos, ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público para receber denúncia em face de Raphael Sanz Casseb, a quem se imputou ofensa ao artigo 163, parágrafo único, inciso III, do C. Penal. O E. Desembargador JUVENAL DUARTE, relator sorteado, negava provimento ao recurso ao argumento central de que a hipótese era mesmo de dano simples, tudo a evidenciar o acerto da decisão que rejeitou a denúncia com lastro no artigo 395, inciso II, do C. P. Penal, julgando extinta, com espeque na decadência, a punibilidade de Raphael.

Quer o embargante, nos limites da divergência, seja mantida a decisão que rejeitou a denúncia e julgou extinta sua punibilidade em face do advento da decadência. Pontua que a guarita danificada não pertence à Polícia Militar do Estado de São Paulo, sendo sua proprietária a *Associação Paulista Viva*, sociedade civil sem fins lucrativos. Aduz que, no esteio do voto vencido, o bem não integra o patrimônio público, baseando-se a tese vencedora em *analogia in malam partem*. Aduz que não há provas de que a guarita tivesse sido objeto de doação, asseverando que o uso dela por agente públicos não possui o condão de tornar a pessoa política proprietária dela. Reafirma que o bem não é de propriedade do Estado, de sorte que a hipótese é de dano simples, tudo a evidenciar que o Ministério Público não possuía legitimidade para propor a ação penal, no esteio das disposições do artigo 167, do C. Penal. Pondera que, não bastasse tudo isso e embora a regular proprietária da cabine tivesse providenciado a publicação de uma nota de repúdio na imprensa, o fato é que ela não ofereceu a competente queixa-crime no prazo decadencial de seis meses, de sorte que a decisão proferida, rejeitando a denúncia nos termos do artigo 395, inciso II, do C. P. Penal, no esteio do voto vencido, deve prevalecer. Busca, pois, o acolhimento dos embargos, com a manutenção da sentença, nos termos do r. voto vencido (folhas 176/183).

Processados os embargos, com manifestação da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não acolhimento (folhas 327/334).

É o relatório.

O embargante foi denunciado por crime de dano qualificado. Isso porque no dia 11 de junho de 2013, às 21h40, na esquina das Avenidas Paulista e Brigadeiro Luis Antonio, nesta Capital, RAPHAEL SANZ CASSEB deteriorou

Acesso ao Sumário

uma guarita da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Segundo o apurado, o denunciado encontrava-se no local dos fatos, em meio a um grupo de manifestantes, em razão da denominada "Manifestação Passe Livre", quando, juntamente com outros indivíduos, passou a chutar uma guarita da Polícia Militar, a qual foi tombada ao solo e rolada pela via pública. Todavia, nos termos da inicial, policiais avistaram a ação dos vândalos, conseguindo efetuar, mediante a utilização de força física, a detenção do indiciado que, utilizando uma blusa com capuz e máscara de gás, era o mais agressivo deles.

Nos termos da inicial, o laudo pericial constatou que a guarita, em razão dos fatos, ostentava danos aparentes.

A denúncia, inicialmente recebida por decisão proferida em 6 de dezembro de 2013, foi rejeitada, após a oferta de resposta à acusação, com lastro nas disposições do artigo 395, inciso II, do C. P. Penal, entendendo a E. Magistrada que a guarita, consoante o laudo pericial, não se tratava de patrimônio público, posto que de propriedade da *Associação Paulista Viva*, sociedade civil sem fins lucrativos. Entendeu, em razão disso, que o Ministério Público, nos termos do artigo 167, do C. Penal, não possuía legitimidade para propor a ação, tudo a autorizar fosse a denúncia rejeitada e, ainda, julgada extinta a punibilidade de RAPHAEL, já que transcorrido o prazo decadencial de seis meses para a propositura da competente queixa crime pela proprietária dela (folhas 95). Em razão disso, o Ministério Público, inconformado, interpôs recurso em sentido estrito, argumentando, em suma, com a inexistência de provas inequívocas no sentido de que a referida cabine não integrasse o rol daquelas que tivessem sido doadas pela "Associação Paulista Viva" à Polícia Militar do Estado (folhas 100/105).

Processado, esta C. 5ª Câmara, rejeitou por unanimidade a preliminar de ilegitimidade aventada em sede de contrarrazões, e deu, por maioria de votos, provimento ao recurso para receber a denúncia, vencido, na parcela, o E. Desembargador JUVENAL DUARTE, relator sorteado (folhas 136/146). Inconformada, a defesa interpôs embargos declaratórios, argumentando que a decisão, ao deliberar pelo recebimento da denúncia, havia se utilizado de analogia *in malam partem*, subsumindo, em desfavor do recorrido, regras e conceitos do direito administrativo àqueles do direito penal (folhas 162/165). Na sessão de julgamento realizada no dia 6 de novembro de 2014, os embargos foram rejeitados por unanimidade, determinando retornassem os autos, com urgência, à Vara de origem, para fins de prosseguimento (folhas 167/173).

Acesso ao Sumário

Em face disso, foram opostos os presentes embargos infringentes, os quais, todavia, foram inicialmente rejeitados por decisão proferida, monocraticamente, pelo E. Desembargador DAMIÃO COGAN, Relator Designado, defendendo

sua Excelência o entendimento de que a decisão de recebimento da denúncia possuía natureza interlocutória, contra a qual não cabia o manejo do aludido inconformismo (folha 184). E contra essa decisão, a defesa interpôs novos embargos de declaração, perseguindo fossem os infringentes recebidos e processados, postulando, caso contrário, fosse a decisão denegatória de seguimento devidamente fundamentada (folhas 187/188).

Tais embargos de declaração, todavia e por unanimidade de votos, não foram conhecidos por esta C. 5ª Câmara na sessão de julgamento de 26 de fevereiro de 2015, reconhecendo o E. Relator, inclusive, a intempestividade deles (folhas 191/196).

Em razão de tudo isso, o E. Magistrado de primeiro grau, dando prosseguimento à ação, designou, em 5 de maio de 2015, audiência, para fins de aceitação ou não, pelo acusado, da proposta de suspensão condicional do processo formulada pelo Ministério Público, sendo o ato aprazado para o dia 18 de junho (folhas 208 v.º e 210). Já no dia 10 de junho, todavia, foi juntada aos autos cópia da decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do *Habeas Corpus* 318.548/SP, concedeu a ordem, reconhecendo a tempestividade dos embargos de declaração interpostos pela defesa contra a decisão que havia rejeitado o processamento destes embargos infringentes (folhas 214/220).

Bem por isso, remetidos os autos novamente à Corte, esta C. 5ª Câmara, em atenção à determinação da Corte Superior, rejeitou, por unanimidade, os embargos de declaração, determinando fossem os autos, mais uma vez, remetidos à origem para prosseguimento do feito (folhas 236/241).

Por tal razão, a defesa interpôs agravo regimental em face da decisão monocrática que havia negado seguimento aos presentes embargos infringentes, perseguindo, em síntese, o recebimento e o regular processamento deles (folhas 245/249). E o E. Relator Designado, então, proferiu, em 17 de dezembro de 2015, decisão monocrática negando seguimento ao agravo regimental. Argumentou, em essência, que a matéria já havia sido apreciada pela C. Câmara ao ensejo do julgamento dos derradeiros embargos declaratórios, não possuindo ela amparo legal para ensejar a alteração da decisão que havia deliberado receber a denúncia em sede de decisão interlocutória (folhas 251/255).

Ainda inconformada, a defesa interpôs, contra a decisão monocrática que denegara o seguimento dos presentes embargos infringentes, Recursos Especial (folhas 258/267) e Extraordinário (folhas 269/274), sendo o primeiro, por decisões proferidas pelo E. Desembargador Presidente desta C. Seção de Direito Criminal, admitido parcialmente (em face do prequestionamento da negativa de vigência ao artigo 609, do C. P. Penal – folhas 288/289) e, o segundo, julgado prejudicado, nos termos do artigo 1030, inciso I, "a", primeira figura, do C. P.

Acesso ao Sumário

Civil (folha 290).

Contra essas decisões, foram interpostos Agravo em Recurso Especial (folhas 292/296) e Agravo em Recurso Extraordinário (folhas 297/299), sendo este recebido, com lastro no princípio da fungibilidade e com lastro na regra do artigo 579, do C. P. Penal, como Agravo Interno. A este, a E. Câmara Especial de Presidentes, na sessão de julgamento de 07 de fevereiro de 2017, negou seguimento, por unanimidade de votos (folhas 310/314).

Já aos 10 de maio de 2017, foi juntado aos autos telegrama comunicando que a Quinta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, dera provimento ao Recurso Especial, prejudicado o agravo em recurso especial, determinando a esta C. Corte que procedesse à análise e o julgamento destes presentes embargos infringentes (folhas 319).

Pois bem.

Respeitado o sólido entendimento em sentido contrário, penso que não havia campo para a rejeição da denúncia em face da natureza do bem danificado por RAPHAEL.

Se é verdade que o laudo de exame pericial (folhas 36/44) constatou que a guarita ostentava um adesivo indicando fosse a proprietária dela a "Associação Paulista Viva" – entidade da sociedade civil sem fins lucrativo –, não é menos verdade que tal fato, isoladamente, não autoriza a conclusão no sentido de que, para fins penais, não ostentasse ela a natureza de bem público.

A propósito, Celso Antonio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o tema, afirma que bens públicos "são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público" e, ainda, "aqueles que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2004, página 803).

E nem poderia ser diferente, até porque, no âmbito da administração pública e no esteio das lições de Marçal Justen Filho, "o desempenho das funções institucionais depende de um conjunto de bens que se constituem nos instrumentos materiais de promoção dos fins buscados", de sorte que esses bens, "podem ser indicados, no caso da Administração Pública, como bens públicos" (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, página 704).

E no caso dos autos, nunca é demais frisar, os elementos colhidos são claros ao indicar que a guarita danificada fora cedida à Polícia Militar com vistas à consecução das atividades necessárias à manutenção e a preservação da segurança pública.

A hipótese, pois e no esteio do entendimento majoritário, é de afetação, instituto pelo qual se conferiu destinação pública àquela guarita, caracterizando-a, pois, como bem de uso especial.

Diante desse quadro, as conclusões e assertivas lançadas no laudo

Acesso ao Sumário

de exame pericial, bem como na nota de repúdio lançada pela "Associação Paulista Viva" não justificam tivesse sido a denúncia rejeitada com lastro no artigo 395, inciso II, do C. P. Penal, até porque, nunca é demais insistir, um bem privado, destinado à satisfação das necessidades coletivas e estatais, submete-se às regras do regime de direito público. É dizer: em face dessa constatação, o Ministério Público, no esteio do entendimento da Douta Maioria, possuía, mesmo, legitimidade para propor a ação penal, eis que em razão da afetação, a guarita danificada se trata de um bem público de uso especial.

Pelo meu voto, pois, pedindo licença para dissentir do entendimento minoritário, **REJEITO OS EMBARGOS**, ratificado o recebimento da denúncia. Comunique-se e tornem os autos à origem imediatamente, para fins de prosseguimento da ação penal.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2130327-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Pedreira, em que é paciente JANAINA APARECIDA ROSSI, Impetrantes RICHARDSON RIBEIRO DE FARIA e JEISON DO AMARAL CAVALCANTE FRANCISCO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE e SOLIMENE.

São Paulo, 10 de agosto de 2017.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Pleito de concessão de liberdade provisória, por entender desnecessário o cárcere cautelar. Paciente primária, de bons antecedentes, com ocupação lícita, residência fixa no distrito da culpa e portadora de doenças no sistema osteomuscular. Impossibilidade. Necessidade de resguardo da ordem pública. A simples presença de atributos pessoais favoráveis não autoriza, por si só, a

Acesso ao Sumário

concessão da ordem. Extrema debilidade causada pela doença não comprovada nos autos. Constrangimento ilegal não configurado. Decisão Fundamentada. Feito em regular tramitação. Decreto mantido. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados *Richardson Ribeiro de Faria* e *Jeison do Amaral Cavalcante Francisco*, em favor de JANAÍNA APARECIDA ROSSI, sob a alegação de que padece de ilegal constrangimento por parte do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Pedreira, que decretou a prisão preventiva da paciente, por incursa, em tese, nos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e 35*, caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustentam, em apertada síntese, que o decreto constritivo carece de fundamentação idônea por ter se baseado principalmente na gravidade abstrata do delito, acrescentando que a paciente é primária, de bons antecedentes, tem ocupação lícita e residência fixa no distrito da culpa. Alegam, ainda, que a paciente sofre de doenças graves como cervicobraquialgia, síndrome seca, transtorno do disco cervical com radiculopatia e outras do sistema osteomuscular, estando, por este motivo, afastada de suas atividades laborativas.

Requerem a concessão da presente ordem para que seja revogada a prisão preventiva e concedida a liberdade provisória, pugnando, subsidiariamente, pela aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere ou a substituição para prisão domiciliar.

Antes da apreciação do pedido liminar, requisitou-se por despacho a apresentação de relatório médico idôneo que comprovasse o suposto estado de extrema debilidade da paciente (fls. 174/175).

O pleito liminar foi, então, negado (fls. 183/184).

Dispensada a requisição de informações, por se tratar de processo digital, cujos dados essenciais podem ser acessados pelo sistema E-Saj.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (187/189).

É o relatório.

Devidamente processada, a ordem deve ser denegada.

De acordo com a denúncia (fls. 89/92 – autos originais), JANAÍNA APARECIDA ROSSI e *Fernanda Honório Barbosa* associaram-se com o fim da praticar tráfico ilícito de entorpecentes. No dia 11 de junho de 2017, ambas tinham em depósito para fins de tráfico 79 (setenta e nove) porções de crack e

Acesso ao Sumário

45 (quarenta e cinco) porções de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, JANAÍNA e *Fernanda* mantinham relacionamento afetivo, residindo juntas em um imóvel que transformaram em ponto de venda de drogas. Após denúncias anônimas, policiais se dirigiram à residência das acusadas, momento em que flagraram *Fernanda* comercializando entorpecentes com um indivíduo a bordo de uma motocicleta, o qual empreendeu fuga ao perceber a aproximação dos policiais.

Em busca no interior da residência, os policiais encontraram, além das porções de drogas acima descritas, um rádio transmissor HT, marca *Baofeng*, modelo BF-777S e 80 (oitenta) embalagens plásticas vazias, normalmente utilizadas para o acondicionamento de cocaína.

A paciente foi, então, presa em flagrante na data dos fatos, tendo sido a prisão convertida em preventiva no dia 13 de junho de 2017 (fls. 41).

Em que pese o inconformismo, não se vislumbra ausência de fundamentação idônea na decisão guerreada.

De fato, o tráfico de drogas e associação para o tráfico são crimes que se revestem de enorme gravidade, causando grande intranquilidade à ordem pública, disseminando o vício, devastando inúmeras famílias, além de estarem, não raro, relacionados a uma gama de outros crimes. Tudo isso recomenda prudência ao julgador, a fim de se resguardar a incolumidade social.

A decisão encontra amparo no artigo 312 do Código de Processo Civil, pois além de haver indícios de autoria e materialidade, a gravidade dos crimes imputados à paciente recomenda a aplicação do cárcere cautelar como meio de assegurar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal.

Nesse contexto, a revogação da prisão preventiva da paciente configurar-se-ia como medida temerária, capaz de engendrar perturbação social, não havendo garantia alguma de que, caso solta, não voltará a delinquir. Frise-se, ainda, que a quantidade de drogas encontrada foi grande e variada, o que aumenta a reprovabilidade da conduta.

Vale ressaltar que é perfeitamente razoável a custódia preventiva para garantia da ordem pública. Ao se defrontar com as particularidades do caso concreto que tem diante de si, é lícito ao juiz embasar sua decisão utilizando-se de expressões de cunho genérico, sendo desnecessária, nesse estágio, a minudência de fundamentação própria de uma sentença condenatória.

Ainda que a paciente seja primária, de bons antecedentes, tenha ocupação lícita e possua residência fixa, tais predicados, por si sós, não têm o condão de revogar o decreto cautelar enquanto subsistirem motivos que justifiquem a manutenção do cárcere preventivo, conforme previsão do artigo 312 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Penal.

Quanto às alegadas doenças das quais a paciente padece, não se vislumbra, a partir do receituário médico acostado às fls. 179/180, situação de extrema debilidade apta a ensejar o benefício da prisão domiciliar, conforme já explicado na decisão de fls. 182/184.

Ante o exposto, não vislumbrado o alegado constrangimento ilegal, **denego a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2129283-52.2017.8.26.0000, da Comarca de São Pedro, em que é impetrante FLAVIO ADAUTO ULIAN e Paciente ERICK FREITAS DA SILVA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para, cumprido o mandado de prisão expedido contra Erick Freitas da Silva, determinar seja ele imediatamente removido ao regime semiaberto e, se isso não for possível, que seja colocado em prisão albergue domiciliar, onde aguardará a vaga no regime adequado, por v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.625)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – Alega que o paciente foi condenado em regime inicial semiaberto, todavia, não há vagas no aludido regime prisional, de modo que deverá ser recolhido ilegalmente no regime fechado até o surgimento da vaga no regime adequado. Sustenta a possibilidade de aguardar a disponibilização de vaga em prisão albergue domiciliar – RECONHECIDO O CONSTRANGIMENTO – O paciente faz jus ao desconto da pena a ele imposta em regime inicial semiaberto, todavia deverá se submeter ao regime fechado até que sejam tomadas uma série de medidas administrativas para sua

Acesso ao Sumário

remoção a unidade apropriada, sendo certo que tais providências, naturalmente demandam tempo. Não é admissível a inclusão do sentenciado em regime mais gravoso ante a falta de estrutura do Estado em promover a execução, conforme estabelecido na LEP, de modo que, cumprido o mandado de prisão, deverá o paciente imediatamente ser imediatamente removido ao regime semiaberto e, se isso não for possível, que seja colocado em prisão albergue domiciliar onde aguardará a vaga no regime adequado. Inteligência da súmula vinculante 56 do STF.

Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Erick Freitas da Silva, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de São Pedro como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0004195-47.2008.8.26.0584.

Aduz o impetrante que o paciente, juntamente com os corréus Jonathan Francisco Oliveira Nascimento e Hugo Fernandes dos Santos, foram denunciados, processados e, em grau de recurso, condenados, cada qual, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 13 dias multa, por infração do artigo 157, § 2º, inc. II do Código Penal. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi expedido mandado de prisão em desfavor do paciente.

Alega que deste a data do fato delitivo já transcorreram 9 anos com o paciente em liberdade, tendo este constituído família, é pai de uma criança de 5 meses e possui residência fixa onde reside há mais de 27 anos, sendo o único mantenedor da família.

Ressalta que é inadmissível que o paciente aguarde preso, em regime mais gravoso do qual foi condenado, por indisponibilidade de vagas no sistema penitenciário, sendo certo que "*no momento em que seu mandado de prisão alcançar cumprimento, o paciente será colocado em regime mais gravoso, no fechado, aguardando vaga para que seja transferido ao regime semiaberto...*".

Requer, portanto, que seja concedida a ordem, para que o paciente seja imediatamente encaminhado a presídio destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, ou então possa aguardar em prisão albergue domiciliar, a vaga no estabelecimento adequado (fls. 01/15).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 81/82).

Acesso ao Sumário

Prestadas informações pela autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 85/86), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela parcial concessão da ordem (fls. 146/150).

É o relatório.

Conforme se depreende das informações prestadas pela autoridade judiciária em 14 de julho de 2017, o paciente fora condenado definitivamente à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática de roubo majorado. O paciente teve facultado o recurso em liberdade e após o trânsito em julgado da sentença condenatória para as partes, foi determinada a expedição de mandado de prisão em seu desfavor, ainda pendente de cumprimento (fls. 85/86).

A ordem deve ser concedida.

Não houve o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente. De qualquer forma, na hipótese presente, existe a possibilidade de se deferir *habeas corpus* preventivo, quando, segundo a doutrina, "*se impede a concretização da violência ou da coação que alguém, por ilegalidade ou abuso de poder, está ameaçado de sofrer em sua liberdade de ir, vir ou ficar...o paciente ainda não sofreu violência ou coação, mas está ameaçado de sofrê-la*" (Franco, Alberto Silva, *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudência*, São Paulo: RT, 2ª edição, vol. 1).

O artigo 1º da Lei de Execução Penal dispõe que: "*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*". O artigo 66, inciso VI, do mesmo diploma, dispõe: "*Compete ao juiz da execução, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança*". O artigo 38 do Código Penal assegura: "*O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*".

Dessa forma, o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente é evidente, vez que faz jus ao desconto da reprimenda a ele imposta em regime inicial semiaberto, todavia deverá se submeter ao regime fechado até que sejam tomadas uma série de medidas administrativas para sua remoção a unidade apropriada, sendo certo que tais providências, naturalmente demandam tempo.

Ademais, conforme ressaltado em outra oportunidade pela d. Promotora de Justiça oficiante em 2º Grau, Dr.ª Ana Lúcia Menezes Vieira, em hipótese similar a presente: "não é razoável que permaneça ele no regime fechado até que a Secretaria da Administração Penitenciária disponibilize vaga no regime determinado na r. sentença condenatória, sabendo-se que a fila de espera ultrapassa 1000 (um mil) condenados" (*habeas corpus* nº 0152893-59.2012.8.26.0000).

Cabe ao Estado promover a execução tal como prevista no título executivo

Acesso ao Sumário

e não é admissível que pretenda manter o sentenciado em regime mais gravoso por não ter condições de promover a execução tal como prevista na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.07.84).

Aliás: "*O Estado só poderá exigir o cumprimento do regime intermediário se estiver aparelhado para tanto. A falta de vaga, pela desorganização, omissão ou imprevidência do Estado-Administração, não justifica o desrespeito ao direito individual, pois, além de ilegal, não legitima a finalidade de tal instituto*" (HC 41.405-3 – Santos – 4ª C. – j. 4.11.85 – Rel. Des. Renato Talli – v.u. – RT 608/325).

A 2ª Turma do Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido de *habeas corpus* n.º 100.695, originário de Ribeirão Preto/SP, tendo por Relator o Ministro Gilmar Mendes, por unanimidade de votos, determinou que, na ausência de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto, deverá o sentenciado aguardar vaga em regime mais benéfico, conforme dispositivo da decisão disponibilizado no endereço eletrônico do E. STF: "*Indeferida a ordem, consignando que,* ***caso não haja vaga no regime semiaberto, o paciente cumpra a reprimenda em regime mais benéfico até a existência de vaga, nos termos do voto do Relator.*** *Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto. 2ª Turma, 10.05.2011*".

Ademais, aludido entendimento encontra-se pacificado no E. Supremo Tribunal Federal, que inclusive editou a súmula vinculante nº 56, que possui o seguinte teor: "***A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320***".

Ante ao exposto, concede-se a ordem para, cumprido o mandado de prisão expedido contra Erick Freitas da Silva, determinar seja ele imediatamente removido ao regime semiaberto e, se isso não for possível, que seja colocado em prisão albergue domiciliar, onde aguardará a vaga no regime adequado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2135976-52.2017.8.26.0000, da Comarca de Agudos, em que é impetrante WILTON MACHADO OLAVO DOS SANTOS e Paciente CARLOS HATSUO YAMASAKI.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal, por falta de justa causa, não só em relação ao paciente, mas também ao corréu Wallace Antonio Miziara, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.778)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Crime contra a ordem tributária – Pretendido o trancamento da ação penal – Alegações de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva e de falta de justa causa para a ação penal, por ausência de provas da prática do crime – Admissibilidade – Inocorrência da prescrição e provada a materialidade, mas não evidenciados indícios suficientes de autoria atribuíveis ao paciente e ao corréu. Hipótese em que a imputação de conduta criminosa por atos praticados quando o paciente e o corréu ainda não faziam parte da empresa, com lançamento tributário efetivado depois de eles terem se retirado da sociedade, configura responsabilização objetiva. Situação de evidente ausência de indícios suficientes de autoria caracterizadora de falta de justa causa para a ação penal. *Habeas corpus* concedido, com extensão ao corréu.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Advogado Wilton Machado Olavo dos Santos, com pedido de liminar, em prol de **Carlos Hatsuo Yamasaki**, denunciado como incurso no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, contra ato do Dr. Ricardo Venturini Brosco, MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Agudos, sob a alegação de constrangimento ilegal, por ter recebido a denúncia oferecida contra o paciente, a despeito da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e da falta de justa causa para ação penal. Diz que, considerando a ocorrência dos fatos nos meses de dezembro de 2001 e maio de 2002, o prazo prescricional de 12 anos, previsto abstratamente para o delito em tela, expirou em maio de 2014. Aduz, ainda, falta de provas da prática do referido crime

pelo paciente, uma vez que ele foi admitido na sociedade apenas em 19 de dezembro de 2002, integralizando um aporte financeiro de R$ 1.500,00 (Hum mil e quinhentos reais), mas se retirou desta em 24 de julho de 2003, sendo certo que jamais teve ingerência sobre a administração da empresa "Delta Comércio e Exportação" pela qual também não assina, conforme comprovam os documentos juntados pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Lembra que o crime em apuração não pode ser imputado ao paciente, haja vista que ele apenas participou da sociedade cinco meses após os supostos atos praticados. Sustenta, por fim, que a exordial não preenche os requisitos do artigo 41 do Código Penal, pois não descreve o fato criminoso com todas as circunstâncias.

Por isso, requer a concessão da ordem para declarar extinta a punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou trancar a ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, o i. Procurador de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, perfeitamente cognoscível, deve ser concedida.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal, por conta do recebimento da denúncia, a despeito da falta de justa causa para a ação penal e da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, a afetar, em tese, a liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Cumpre registrar, de início, que o ilustre impetrante afirma ter ocorrido prescrição da pretensão punitiva do paciente porque, considerando a ocorrência dos fatos nos meses de dezembro de 2001 e maio de 2002, o prazo prescricional de 12 anos, previsto abstratamente para o delito previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, expirou em maio de 2014.

A pretensão no sentido do reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva longe está de ser acolhida. Ainda que se considerassem, como termo inicial do prazo prescricional, os meses de dezembro de 2001 e maio de 2002, mesmo assim o fenômeno da prescrição jamais teria ocorrido, pois o curso do referido lapso temporal não só foi interrompido pelo recebimento da denúncia, em 10 de novembro de 2008 (fls. 26), mas também suspenso entre 25 de novembro de 2009 e 07 de julho de 2017, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal (fls. 46).

Ademais, é cediço que, conforme entendimento sedimentado nos

Acesso ao Sumário

Tribunais Superiores e consolidado pela Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, o termo inicial do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, oportunidade em que se verifica a consumação do delito, bem como o preenchimento da condição objetiva de punibilidade necessária à deflagração da ação penal.

"EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Penal. Prescrição da pretensão punitiva estatal não consumada. Crime de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90). Consumação do delito com a constituição definitiva do crédito tributário, que é o termo a quo para a contagem do prazo prescricional. Inteligência da Súmula Vinculante nº 24/STF. Precedentes. Tese de que a observância da súmula vinculante em questão importaria, no caso concreto, interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. Não ocorrência. Verbete que representa tão somente a consolidação da jurisprudência da Corte a respeito do tema. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. 1. Não prospera a tese do recorrente de que a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 24, no caso concreto, importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. A Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que "a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição" (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/7/05). 2. Pretensão de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a consumação da prescrição, que, à luz do entendimento suso mencionado, não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados, não transcorreu prazo superior a oito (8) anos, lapso temporal necessário a sua consumação (CP, art. 109, inciso IV), considerando-se a pena concretamente aplicada. 3. Recurso ao qual se nega provimento".[1]

"HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 inicia-se no momento da constituição definitiva do crédito tributário, ocasião em que é, efetivamente, consumado o delito e preenchida a condição objetiva de punibilidade necessária para a deflagração da ação penal. 2. Desprezando-se o aumento de pena efetivado pela continuidade delitiva (Súmula n. 497 do STF), a reprimenda a ser considerada

1 - RHC 122774/RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 19/05/2015 - Órgão Julgador: Primeira Turma. - DJe-111 DIVULG 10-06-2015 PUBLIC 11-06-2015.

Acesso ao Sumário

para a análise da prescrição é de 2 anos de reclusão, cujo prazo prescricional é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, c/c os arts. 109, parágrafo único, e 110, caput, todos do Código Penal. 3. A ação fiscal levada a efeito pela Secretaria da Receita Federal - Ministério da Fazenda (na qual se apurou em definitivo o crédito tributário) foi encerrada em 9/5/2004, data que, portanto, constitui o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Não tendo decorrido prazo superior a 4 anos entre os marcos interruptivos da prescrição, descabe declarar extinta a punibilidade do paciente. 4. Habeas corpus não conhecido".[2]

"Súmula Vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

No caso em apreço, portanto, o início do prazo prescricional se deu, em 22 de agosto de 2005, com a inscrição do débito tributário na dívida ativa (fls. 127), o qual, conforme assinalado alhures, já sofreu interrupção com o recebimento da exordial acusatória e suspensão preconizada no artigo 366 do Código de Processo Penal, estando, obviamente, longe de alcançar os 12 anos necessários para fulminar a pretensão punitiva.

Por outro lado, narra a denúncia que, nos meses de dezembro de 2001 e maio de 2002, na Rua Sete de Setembro, nº 961, Centro, na cidade e Comarca de Agudos, o paciente e o corréu Wallace Antonio Miziara, agindo em concurso e com unidade de desígnios, na qualidade de representantes da empresa "Delta Comércio e Exportação", fraudaram, em tese, a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documentos exigidos pela lei fiscal.

Consta, ainda, da exordial acusatória que o paciente e o corréu Wallace, no período mencionado, então representantes da empresa "Delta Comércio e Exportação", transferiram créditos de ICMS, sem a devida observância dos requisitos previstos na legislação, pois não apresentaram os comprovantes da efetiva exportação das mercadorias nem comprovaram regularidade do imposto lançado como crédito acumulado, tendo se apropriado e transferido de maneira irregular.

No entanto, a conduta descrita na incoativa jamais pode ser atribuída ou imputada ao paciente e ao corréu Wallace Antonio Miziara, uma vez que dados constantes em ficha cadastral da Junta Comercial do Estado de São Paulo e de Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda de São Paulo revelam que eles ingressaram como sócios na empresa "Delta Comércio e Exportação Ltda.", em 19 de dezembro de 2002, ou seja, mais de seis meses depois da ocorrência dos

Acesso ao Sumário

2 - HC 219752 / SC - HABEAS CORPUS - 2011/0230278-6 - Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158) – Órgão Julgador - T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento - 13/10/2015 - Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2015.

fatos narrados na denúncia.[3]

Não bastasse isso, verifica-se que os autos de infração e imposição de multa foram lavrados nos dias 05 de agosto de 2004 e 25 de novembro de 2004,[4] bem como que débito tributário teve sua inscrição na dívida ativa efetivada em 22 de agosto de 2005,[5] quando o paciente e o corréu já não faziam parte da "Empresa Delta – Comércio e Exportação Ltda.", pois se retiraram da sociedade em 24 de julho de 2003.

Ora, se se considerar que o paciente e o corréu não faziam parte da sociedade por ocasião da fraude à fiscalização tributária, com inserção de elementos inexatos em documentos exigidos pela lei fiscal, nem no momento da consumação do delito que, nos termos da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, é o do lançamento definitivo do tributo, a imputação do crime a eles, por terem integrado a empresa em certo período, mesmo que este coincida com a fase de apuração administrativa do débito tributário, evidencia inadmissível situação de responsabilização objetiva.

Logo, os dados que emergem dos autos do presente *mandamus* revelam a ausência do *fumus commissi delicti*, pois desponta, *prima facie*, a ausência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente e ao corréu Wallace Antonio Miziara e, portanto, falta justa causa para ação penal.

Importa anotar, por fim, que, embora não se descarte hipótese de responsabilidade tributária do paciente e do corréu a ser discutida na seara própria, jamais se pode pretender que a eles se impute fato criminoso sem que tenham praticado, participado ou concorrido para a prática de atos tendentes à consumação do delito.

Frente a esse contexto, evidenciado o constrangimento ilegal contrário ao ordenamento jurídico com que acena o ilustre e agonístico pródico impetrante, exsurge imperiosa a concessão do remédio heroico, extensiva ao corréu Wallace Antonio Miziara por apresentar-se na mesma situação jurídica (art. 580, CPP), ficando prejudicada a análise da alegada inépcia da denúncia, de caráter meramente formal.

3. Pelo exposto, **concede-se** a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal, por falta de justa causa, não só em relação ao paciente, mas também ao corréu Wallace Antonio Miziara, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal. Comunique-se.

Acesso ao Sumário

3 - p. 80/86.

4 - p. 85.

5 - p. 127.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2153052-89.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes NAYANE CARVALHO DE BRITO, AMANDA FERREIRA DE SOUZA NUCCI e LUIZ FERNANDO SIQUEIRA DE ULHOA CINTRA e Paciente RICARDO ANUAR DIB.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Cassada a liminar, determinaram o prosseguimento do inquérito policial e concederam parcialmente a ordem para determinar que o exame pericial requerido pelo Ministério Público seja realizado por meio do Instituto de Criminalística, nos termos do artigo 159, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente sem voto), FERNANDO TORRES GARCIA e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Deferimento de perícia médica junto ao Conselho Regional de Medicina, a pedido do Ministério Público – Constrangimento ilegal alegado, tendo em vista que o réu foi absolvido em ação cível de reparação de danos – Inquérito – Policial – Trancamento – Impossibilidade – Ordem parcialmente concedida apenas para que a perícia médica seja realizada junto ao Instituto de Criminalística.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ***Habeas Corpus*** impetrado pelos Advogados ***Luiz Fernando Ulhôa Cintra*** em favor de ***RICARDO ANUAR DIB*** alegando que este sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito do DIPO, nos autos do Inquérito Policial nº 0092155-02.2012.8.26.0002, fundado na decisão que deferiu pedido do membro do Ministério Público para realizar perícia médica por perito não oficial, especificamente pelo Conselho Regional de Medicina, ignorando o fato de que já existe laudo sobre os fatos, elaborado por perito do Juízo, nos autos da Ação de Danos Morais e Materiais nº 0092155-02.2012.8.26.0002, que tramitou perante o Juízo da 7ª Vara Cível de Santos

Amaro, em violação aos princípios da celeridade e economia processual e do artigo 159, do Código de Processo Penal.

Postulam, em liminar, a concessão da ordem, para suspender a marcha processual do Inquérito Policial nº 0001759-52.2014.8.26.0052. No mérito, pugnam pelo reconhecimento da nulidade para cancelar a perícia requisitada pelo Ministério Público, bem como, seja determinado o trancamento do Inquérito Policial uma vez que ausentes os indícios de autoria.

A liminar foi deferida (fls. 221/222), para o fim de suspender o andamento do inquérito policial. Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 228/231), opinou a douta Procuradoria de Justiça pela parcial concessão da ordem para que, em prosseguimento às investigações do Inquérito Policial, seja determinado que o exame pericial requerido pelo Ministério Público, seja realizado pelo Instituto de Criminalística, nos termos do artigo 159, do Código de Processo Penal (fls. 267/270).

É o relatório.

Por portaria datada de 18 de fevereiro de 2014, a autoridade policial determinou a instauração de inquérito policial para esclarecer as circunstâncias da morte da vítima José Antônio Carqueijo, ocorrida em 24/12/2009, no Hospital Beneficência Portuguesa, tendo como ***causa mortis sepsis***, abdômen agudo perfurativo, transplantado renal (fls. 19).

Segundo consta do boletim de ocorrência de fls. 21/22, familiares da vítima passaram a desconfiar que teria ocorrido perfuração de seu intestino durante a realização de um exame de colonoscopia no Laboratório Delboni Auriemo, sendo que após tal exame, José passou a se queixar de dores insuportáveis em sua região abdominal, motivo pelo qual foi encaminhado ao Hospital Beneficência Portuguesa, local em que veio a permanecer internado até a data de seu óbito, que ocorreu aproximadamente dozes horas após a realização de uma cirurgia na qual foi confirmada a existência da mencionada perfuração, justificando ainda que a cirurgia realizada naquele nosocômio havia sido feita visando realizar a limpeza da infecção decorrente .

Instaurado o inquérito policial, o feito foi remetido ao d. Promotor de Justiça oficiante, que requereu, entre outras diligências, nova perícia, pois no seu sentir, aquela realizada no juízo cível, apresentou-se insuficiente para a formação da ***opinio delicti***, posto que não houve exame aprofundado da ficha clínica do paciente junto ao Hospital Beneficência Portuguesa. Requereu, ainda, que se oficiasse ao Conselho Regional de Medicina para que fosse indicado médico Coloproctologista, especialista em intestino que deverá ser nomeado Perito Médico, para responder aos quesitos apresentados (fls. 210/212).

Acesso ao Sumário

Segundo consta, foi interposta Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais por parte da esposa de José Antônio. No curso dessa ação cível teria sido

realizada perícia médica, que concluiu não ter havido perfuração do intestino durante a colonoscopia e a ação foi julgada improcedente (fls. 144/148). O Tribunal de Justiça também negou provimento ao recurso e manteve a decisão de primeira instância (fls. 175/182).

O núcleo da controvérsia consiste em identificar se o julgamento pela improcedência do pedido de reparação de danos, na esfera cível, confirmada em segunda instância – teria o condão de obstar o inquérito policial que fora instaurado em razão dos mesmos fatos que deram ensejo à ação cível. Além disso, questiona-se a possibilidade de se determinar a realização de perícia médica pelo Conselho Regional de Medicina.

A ordem deve ser parcialmente concedida.

A pretensão de trancamento do inquérito policial não tem cabimento.

A persecução penal relativa à suposta prática do crime de homicídio culposo, previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal, independe do desfecho na ação cível de reparação de danos, ante a independência das instâncias.

Impossível vincular o Juízo criminal à avaliação feita por juízo cível.

De acordo com entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *"O fato de já existir uma decisão judicial em sede de ação de indenização por danos morais proposta na seara cível não prejudica a instauração de regular inquérito policial para apuração de eventual crime de perigo de contágio de moléstia grave praticado pelo indiciado, tendo em vista a independência, via de regra, entre as instâncias civil e penal"* (STJ, RHC 12.468, Relator Ministro Félix Fischer, 5ª Turma, julgado em 10/09/2002. Publicado em DJ 14/10/2002).

Julgada improcedente a ação de reparação de danos intentada contra o paciente, esta não projeta efeitos para o Juízo Criminal. Poderá, à luz do contraditório, ajudar no convencimento do Magistrado.

Isso porque, as decisões do juízo cível não tem força determinante para a esfera criminal, pois para isso seria preciso lei que assim o previsse, como o artigo 935, do Código Civil[1], **e não há.**

Na ação penal é possível a produção de prova suficiente para a formação de convencimento condenatório, diante do caráter mais profundo da instrução criminal.

Por isso, as instâncias penal e cível são independentes, havendo repercussão da primeira sobre a segunda apenas na hipótese de reconhecimento de inexistência do fato ou negativa de autoria.

De acordo com o requerimento feito pelo Ministério Público, a perícia

1 Artigo 935, do Código Civil – "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

Acesso ao Sumário

médica realizada no juízo cível "*que concluiu não ter havido perfuração do intestino durante o procedimento de colonoscopia realizado*" pelo paciente "*apresenta-se como insuficiente para a formação de nossa* ***'opinio delicti'****, posto que não houve exame aprofundado da ficha clínica do paciente junto ao Hospital Beneficência Portuguesa*" (fls. 210).

In casu, encontra-se presente o ***fumus boni iuris*** que configura a justa causa para a instauração do inquérito policial, onde se apura a ocorrência de eventual crime de homicídio culposo.

Só é concebível o trancamento de inquérito policial quando for constatado, ***prima oculi***, que se trata de procedimento abusivo, ou que são atípicos os fatos investigados, sob pena de impedir o trabalho da Polícia e do Ministério Público, caso se trate de delito de ação penal pública.

A instauração de inquérito policial tem exatamente a finalidade de produzir as provas que servirão de base para eventual propositura de Ação Penal, sendo desaconselhável que se obste seu prosseguimento, sob pena de se impossibilitar a real apuração dos fatos ocorridos.

Confira-se a Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "1. A se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à Segurança Pública (Capítulo III do Título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Mecanismo integrante do sistema de segurança pública, normada pela Magna Carta de 1988 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). Donde o cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais sério ainda, de trancamento de inquérito para fins penais. 2. Nessa linha de orientação, trancamento de inquérito policial pela via do ***habeas corpus***, segundo pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, constitui medida excepcional, admissível tão-somente "quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do investigado" (HC 90.580, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski). (...) 6. Ordem denegada. (HC 103725, Relator. Min. Ayres Britto, DJe 01.02.2012).

Não há, ainda, como obstar a realização de perícia médica.

Ao contrário do alegado, o Ministério Público justificou o pedido para elaboração do exame pericial.

Porém, assiste razão aos impetrantes quando alegam a impossibilidade de a perícia criminal ser realizada pelo Conselho Regional de Medicina, pois obrigatório a utilização de perito oficial nos termos do artigo 159, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Penal.

Não há justificativa plausível para se determinar que o Conselho Regional de Medicina, órgão com atribuição de disciplina e fiscalização da atividade dos profissionais da medicina, indique profissional para realização de tal mister.

A perícia deverá ser realizada nos termos do artigo 159, do Código de Processo Penal, por perito oficial.

No mais, a alegação posta à análise inexistência de crime é matéria afeta à criteriosa apreciação judicial, sob o pálio do contraditório, após eventual propositura de ação penal, e por ocasião de seu julgamento.

Posto isto, cassada a liminar, determina-se o prosseguimento do inquérito policial e concede-se parcialmente a ordem para determinar que o exame pericial requerido pelo Ministério Público seja realizado por meio do Instituto de Criminalística, nos termos do artigo 159, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2156562-13.2017.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é paciente JOILSON DOS SANTOS BARRETO, Impetrantes HEITOR ALVES e LETICIA PITOLI.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Advogado Dr. Luiz Felipe Maganinem e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente) e JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de setembro de 2017.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Indeferimento da indicação de duas testemunhas que figuraram como advogados do paciente na fase extrajudicial – Impedimento previsto em lei – Magistrado que, dentro do seu discernimento, tem o poder de deferir ou indeferir as provas requeridas e a oitiva das testemunhas arroladas – Inexistência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de "*habeas corpus*" impetrado pelos advogados HEITOR ALVES e LETICIA PITOLI, em favor de **JOILSON DOS SANTOS BARRETO**, alegando que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por parte do Douto Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro, que indeferiu a oitiva de duas testemunhas da defesa. Objetiva o deferimento da oitiva das duas testemunhas. Aduz, em síntese, que as testemunhas são presenciais aos fatos e imprescindíveis para a busca da verdade real, sendo que o indeferimento das oitivas caracteriza cerceamento de defesa. Alega, ainda, que a oitiva pode ocorrer, invocando o disposto no artigo 447, §2º, do Código de Processo Civil e artigo 207 do Código de Processo Penal (fls. 01/09).

Negada a liminar (fls. 332), a autoridade impetrada prestou as informações de praxe (fls. 335/336).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 341/343).

É o relatório.

É caso de denegação.

Ao que se verifica, o paciente foi denunciado em 12/06/2017, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, porque no dia 09/05/2017, por volta das 21h40min, no interior de sua residência, tinha em depósito e vendia drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, consistentes em nove embalagens com pedras de crack, com peso líquido de 223,111g; duas pedras de crack, com peso líquido de 352,76g; e uma porção de cocaína, com peso líquido de 25,16g.

Apresentada defesa preliminar, foram arroladas, dentre outras, duas testemunhas que figuraram como advogados do paciente na fase pré-processual.

A denúncia foi recebida em 18/07/2017 e na mesma decisão foi indeferida a indicação dos advogados, Doutores Daiana Deise Pinho Carneiro e Ricardo Gobbi e Silva como testemunhas, por terem assistido o paciente no feito em questão na fase extrajudicial.

Acesso ao Sumário

Agiu com seu costumeiro acerto o Juiz *a quo.*

Isto porque, assim dispõe o artigo 3º, do Código de Processo Penal:

"A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

E assim prevê, o artigo 447, §2º, inciso III, do Código de Processo Civil:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

(...).

§ 2º São impedidos:

(...)

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

Pelo que se depreende dos documentos acostados aos autos, os advogados Daiana e Ricardo foram chamados pelo paciente, por ocasião da sua prisão em flagrante, a fim de prestar-lhe orientação técnico-jurídico.

Aliás, o próprio paciente, em seu interrogatório, afirmou que, em razão da presença policial em sua residência, achou melhor acionar a Dra. Daiana e o Dr. Ricardo, por serem seus advogados (fls. 24).

Diante de tais circunstâncias, é nítido que estão impedidos de prestar declarações como testemunhas no feito sob análise.

De mais a mais, o magistrado, dentro do seu discernimento, tem o poder de deferir ou indeferir as provas requeridas e a oitiva das testemunhas arroladas.

Desta forma, como o paciente não está sofrendo constrangimento ilegal, o *writ* deve ser rejeitado.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2130626-83.2017.8.26.0000, da Comarca de Pitangueiras, em que é impetrante LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA e Paciente JOSE AMANCIO PEREIRA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, conheceram parcialmente a ordem, vencido o E. Relator sorteado, nos termos do voto do E. Relator designado, Des. Edison Brandão, para conceder a ordem para que, sustado o cumprimento do mandado de prisão e início do cumprimento de pena, em 60 dias seja elaborado laudo oficial, remetendo-se "incontinenti" ao juízo da execução para fins de exame de regime inicial de cumprimento de pena, caso haja possível letalidade apontada em laudo, "secundum eventum litis", comunicando-se posteriormente à Câmara o resultado do laudo. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Luiz Gustavo Vicente Penna e, usou da palavra, a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sueli Pereira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.136)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDISON BRANDÃO, vencedor, CAMILO LÉLLIS, vencido, LUIS SOARES DE

Acesso ao Sumário

MELLO (Presidente).

São Paulo, 12 de setembro de 2017.

EDISON BRANDÃO, Relator Designado

Ementa: HABEAS CORPUS – Ameaça e desacato – Modificação do édito condenatório – Regime inicial aberto e substituição da pena corporal – Inadequação da via eleita, que não comporta análise aprofundada de elementos fático-probatórios – Não conhecimento – Pedido de prisão domiciliar, em face de doença grave – Inteligência do art. 117, inciso II, da LEP, e art. 318, inciso II, do CPP – Necessidade de comprovação da letalidade apontada por meio de laudo oficial, a ser apreciado pelo MM. Juízo da Execução, para fins de determinação de regime – Ordem concedida para que se proceda à suspensão do cumprimento do mandado de prisão expedido, até a mencionada apreciação por parte do MM. Juízo singular.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente **JOSE AMANCIO PEREIRA**, alegando, em síntese, que estaria sofrendo constrangimento ilegal, por parte do MM. Juízo do Colégio Recursal da Comarca de Pitangueiras.

Esclarece o impetrante, em síntese, que foi o paciente condenado à pena de 01 ano e 07 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, o que se revela medida desproporcional, uma vez que até mesmo ao crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, é possível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos e a fixação de regime mais benéfico.

Sublinha, outrossim, que o paciente encontra-se acometido por doença grave, de forma que, ainda que se trate de condenação a ser descontada em regime semiaberto, com fulcro no art. 117, inciso II, da LEP, e no art. 318, inciso II, do CPP, faz jus à substituição por prisão domiciliar, restando homenageadas, assim, diversas garantias fundamentais, dentre as quais a da dignidade da pessoa humana.

Assinala, todavia, que, formulado pedido de prisão domiciliar perante o MM. Juízo *a quo*, este o indeferiu sob o fundamento de que tal pleito teria de ser realizado perante o Juízo das Execuções Criminais quando do cumprimento do mandado de prisão e instauração da guia de recolhimento.

Acesso ao Sumário

Requer, assim, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, sustando-se, assim, a sentença proferida, e com a expedição de contramandado de prisão. Subsidiariamente, pugna pela concessão de prisão albergue domiciliar (fls. 01/21).

A liminar foi indeferida pelo E. Desembargador Camilo Léllis, às fls. 85/86, não sendo acolhidos os pedidos de reconsideração (fls. 130/131 e 155).

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 81/82), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, por sua denegação (fls. 90/92).

Relatei.

Em sessão de julgamento realizada em 12/09/2017, o Exmo. Sr. Desembargador Relator Sorteado, Dr. Camilo Léllis dos Santos Almeida, entendeu pelo conhecimento em parte da presente ordem e, nesse particular, por sua denegação.

Prevaleceu, contudo, por maioria de votos, o entendimento segundo o qual deve ser a presente ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida para que, sustado o cumprimento do mandado de prisão e início do cumprimento de pena, em 60 dias seja elaborado laudo oficial, remetendo-se *incontinenti* ao juízo da execução para fins de exame de regime inicial de cumprimento de pena, caso haja possível letalidade apontada em laudo, *secundum eventum litis*, comunicando-se posteriormente à Câmara o resultado do laudo.

Com efeito, de se verificar que parte da pretensão do impetrante é obter a modificação do r. édito condenatório, o que é incompatível com a estreita via do *habeas corpus*, não comportando o presente remédio nesse ponto, pois, conhecimento.

Como se sabe, o remédio heroico não se presta para dito fim, vez que para tal é via inadequada, nem pode substituir o recurso próprio previsto na legislação processual penal.

É este o entendimento:

"Refoge à alçada do 'habeas corpus' o exame da fixação da pena do réu e do respectivo regime de cumprimento, estabelecidos à luz da análise dessas circunstâncias fáticas. Eventual desacerto dessa parte sentencial poderá ser reparado pela via recursal, ante o estudo mais aprofundado de todas as circunstâncias do caso, defesa ao estreito campo do writ a penetração maior, para anular a sentença por essas razões." **(TJSP, Rel. Nóbrega de Salles, RT 639/298).**

Além disso, as matérias atinentes à fixação do regime inicial e de pena substitutiva já restaram devidamente enfrentadas pelo Colégio Recursal de Jaboticabal, em 30/08/2016, em sede do recurso de apelação nº 0003299-78.2014.8.26.0459 (fls. 54/60), ocasião em que a imposição do regime

Acesso ao Sumário

compatível e a impossibilidade de substituição da pena corporal foram devidamente fundamentadas, sob os seguintes termos: *"(...) Nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59, caput, ambos do Código Penal Brasileiro, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o inicial semiaberto, tendo em vista a reincidência e os maus antecedentes. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque é incidente na espécie as vedações expressas contidas nos incisos II e III, do art. 44, do Código Penal. Ademais, insuscetível o agraciamento com o sursis (art. 77, I, do CP)."*

Por sua vez, no tocante à concessão de prisão albergue domiciliar, com fulcro no art. 117, inciso II, da LEP, não se descura, é bem verdade, quanto à possibilidade de sua aplicação, ainda que se trate de condenação a regime prisional diverso do aberto.

Nesse sentido, vem se pronunciando o C. STJ, conforme se pode extrair do aresto a seguir transcrito:

> *"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DE DOENÇA GRAVE. ASSISTÊNCIA MÉDICA. OMISSÃO DO ESTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2.* ***O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento do tratamento adequado no estabelecimento prisional. (Precedentes.)*** *3. No caso dos autos, a prisão domiciliar foi deferida ao paciente pelo Juízo da da execução, "considerando o teor dos laudos médicos carreados aos autos, bem como a manifestação favorável do MP, estando presentes as condições previstas no artigo 117, II, da LEP". 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão que concedeu ao paciente prisão domiciliar, salvo se, por outro motivo, estiver preso." (HC nº 345.803/RJ, Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 03/05/2016, DJe 10/05/2016) (g.n.).*

Todavia, para tanto e tal como assinalado no aludido julgado, faz-se necessária a comprovação irretorquível de que tal medida é imprescindível à situação concreta, sendo certo que, no presente caso, a despeito da documentação acostada, verifica-se que inexiste laudo oficial, sendo mais recomendável, portanto, que, a fim de que se comprove efetivamente ser o ora paciente portador de doença grave, de letalidade expressiva, seja determinada sua elaboração, no prazo de 60 dias, por parte do MM. Juízo das Execuções Criminais, o qual

Acesso ao Sumário

se tornou competente para as questões relativas ao cumprimento das penas impingidas, em face do trânsito em julgado da condenação respectiva, para que possa ele, então, com lastro suficiente, decidir pela modalidade de cumprimento de pena mais adequada à condição do paciente.

Confira-se:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. 1. É admitida a concessão de prisão domiciliar humanitária ao condenado acometido de doença grave que necessite de tratamento médico que não possa ser oferecido no estabelecimento prisional ou em unidade hospitalar adequada. 2. No caso, ***a avaliação médica oficial realizada por profissionais distintos e renomados atestou a possibilidade de continuação do tratamento no regime semiaberto e a inexistência de doença grave.*** *3. Agravo regimental a que se nega provimento."*

(EP 23 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 11-11-2014 PUBLIC 12-11-2014) (g.n.).

Posto isto, por maioria de votos, vencido o E. Relator sorteado, **CONHECERAM EM PARTE** a presente ordem e, na parte conhecida, a **CONCEDERAM** para que, sustado o cumprimento do mandado de prisão e início do cumprimento de pena, em 60 dias, seja elaborado laudo oficial, remetendo-se *incontinenti* ao juízo da execução para fins de exame de regime inicial de cumprimento de pena, caso haja possível letalidade apontada em laudo, *secundum eventum litis*, comunicando-se posteriormente à Câmara o resultado do laudo.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2159086-80.2017.8.26.0000, da Comarca de Capivari, em que é impetrante (...), é impetrado M. J. DO J. E. C. E C. DO F. DE C.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.578)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE e SOLIMENE.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

Acesso ao Sumário

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Suposto delito ambiental cometido por pessoa jurídica. Artigo 60 da Lei 9.605/98. Instalar e fazer funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, sem licenças prévias de instalação e de operação. Liminar de suspensão da audiência para proposta de *sursis* processual indeferida. Mérito. Alegação de inépcia da inicial, por não ter demonstrado: a vantagem ou o benefício auferido pela empresa, a decisão tomada por dirigente da pessoa jurídica e o caráter poluidor das atividades desempenhadas no local. Pretende a anulação da ação penal *ab initio*. Sem razão. Denúncia apta. É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Desnecessidade de se demonstrar explicitamente qual a vantagem econômica obtida pelo empreendimento. Atividade potencialmente poluidora que poderá ser comprovada no decorrer do processo penal. Plausibilidade na tese jurídica apresentada pela acusação, que autoriza o prosseguimento da ação penal. Denegação da segurança.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por (...), por seus advogados, Drª. Clarissa da Silva Gomes Oliveira e Dr. Pedro Brasileiro Leal, objetivando, em liminar, a suspensão da audiência designada pela Juíza *Drª. Ana Sylvia Lorenzi Pereira*, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Capivari (processo nº 0000427-54.2016.8.26.0125), para o dia 21 de agosto de 2017 às 10h05m, para proposta de *sursis* processual, previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, e, no mérito, a anulação da ação penal, por inépcia da inicial, já que não demonstradas: a vantagem ou o benefício auferido pela empresa, a decisão tomada por dirigente da pessoa jurídica e o caráter poluidor das atividades desempenhadas no local (fls. 01/247).

Referida pessoa jurídica foi denunciada por incursa no artigo 60 da Lei 9.605/98 c/c artigos 57, inciso II, 58, 58-A, inciso III, e 62, inciso III, do Decreto Estadual 8.468/76, porque, no decorrer de agosto de 2014, instalou e fez funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, sem licença prévia de

Acesso ao Sumário

instalação emitida pela CETESB, e também de operação. A empresa exerceu suas atividades, armazenando no local e ao ar livre borracha e material metálico, sem as respectivas licenças, até 3 de junho de 2016, quando as regularizou.

Alega que a ação civil pública relacionada aos mesmos fatos foi extinta a pedido do próprio órgão acusatório, após este ser informado pela CETESB sobre a aprovação e emissão da licença prévia de instalação no local. Apesar disso, as investigações continuaram e, ainda assim, o laudo pericial resultou inconclusivo para o potencial poluidor dos resíduos encontrados na área em questão. Por essas razões, o procedimento criminal deveria ser arquivado, não havendo elementos mínimos para a ação penal. Assim, havendo direito líquido e certo e sob pena de causar dano irreparável contra a impetrante, pretende o cancelamento, em liminar, da referida a audiência e, no mérito, a anulação do processo criminal desde o início, sendo a inicial inepta.

Antes do oferecimento da denúncia, o Ministério Público ofertou transação penal, recusada pela pessoa jurídica, por meio de seus representantes legais.

Indeferida a liminar (fls. 249/250), vieram as informações da autoridade apontada como coatora, noticiando que o benefício da suspensão condicional do processo não foi aceito pela impetrante, sendo a denúncia recebida naquela mesma audiência (fl. 252).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Promotor Designado *Dr. Luiz Eduardo Siegl* é pela não concessão da segurança (fls. 257/259).

RELATADOS, passo a decidir.

Não se concede o *mandamus.*

Conforme afirma a impetrante, suas atividades iniciaram-se no local após as devidas licenças de instalação e de operação. Todavia, em 20 de agosto de 2014, a fiscal da CETESB exigiu que se licenciasse uma área sobressalente do terreno, isto é, maior do que aquelas licenciadas anteriormente, havendo, ao sentir da impetrante, inequívoco erro do órgão ambiental, pois já existiam as outras licenças. A empresa foi advertida pela CETESB e requereu a ampliação da área licenciada. Segundo a impetrante, por falha interna do órgão foi, inicialmente, atestado que as exigências necessárias não haviam sido cumpridas mas, em 3 de junho de 2016, foi aprovada e emitida a licença de instalação da área sobressalente. A CETESB informou o Ministério Público, o qual requereu a extinção da ação civil pública, na qual se discutiam esses fatos, sendo o pedido acatado pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Capivari. Apesar de a ação civil pública ter sido extinta, as investigações na seara criminal continuaram, mas o laudo pericial resultou inconclusivo para o potencial poluidor dos resíduos encontrados na área em questão e a fiscal da CETESB afirmou que, em nova

Acesso ao Sumário

vistoria no local, constatou que as supostas irregularidades já haviam sido sanadas. Com o fim do inquérito, o Ministério Público requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Capivari. O órgão acusatório propôs transação penal, recusada pela impetrante. Apresentada a denúncia, foi ofertada a suspensão condicional do processo em audiência realizada após o indeferimento da liminar, na qual se almejava o cancelamento deste ato, mas essa benesse também não foi aceita. A inicial, então, foi recebida.

Esses são os fatos.

Em que pesem as alegações da combativa defesa, não há direito líquido e certo da impetrante a ser amparado na via mandamental.

Inicialmente, cumpre destacar que, a partir da Lei 9.605/98, que materializou o enunciado contido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, tornou-se possível a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental. Com efeito, a pessoa jurídica, através de seus administradores, é capaz de transgredir normas penais, recebendo a pena como prevenção, a fim de que não volte a delinquir.

Pois bem.

A assertiva de que a denúncia é inepta não se sustenta.

De sua leitura, percebe-se que, ainda que de forma sucinta, a exordial explicita com clareza a conduta que é imputada à pessoa jurídica: no decorrer de agosto de 2014, instalou e fez funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, sem licença prévia de instalação emitida pela CETESB, e também de operação. A empresa exerceu suas atividades, armazenando no local e ao ar livre borracha e material metálico, sem as respectivas licenças, até 3 de junho de 2016, quando as regularizou.

O artigo 41 do Código de Processo Penal prescreve que "*a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas*".

De fato, não se admite imputação vaga, que impossibilite ou dificulte o exercício da defesa. Todavia, essa não é a situação dos autos, pois, mesmo que sem minúcias, a impetrante teve descrita a sua conduta, possibilitando que, frente ao princípio do contraditório, promova sua defesa.

No que se refere ao argumento de que a denúncia não teria discriminado a vantagem econômica obtida com o ilícito em tese praticado, não se ignora que o artigo 3º da Lei Ambiental prevê que "*as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado,* ***no interesse ou benefício da sua entidade***" (grifei).

Acesso ao Sumário

É necessário, portanto, que o ilícito cometido traga algum proveito à pessoa jurídica.

In casu, percebe-se que a instalação e operação na área sobressalente, sem as devidas licenças ambientais, beneficiou a pessoa jurídica. Caso contrário, não haveria a estocagem sem os cuidados necessários.

No que tange à ausência de demonstração de que a decisão foi tomada por dirigente da empresa ou órgão colegiado, realmente, as Cortes Superiores, adotavam a "Teoria da Dupla Imputação" em crimes contra o meio ambiente, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica não poderia prescindir da imputação concomitante da pessoa física que agia em nome daquela, uma vez que somente à pessoa natural poderia ser atribuído o elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo).

Entretanto, passaram, posteriormente, a refutá-la, admitindo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização de pessoa física pelo mesmo crime.

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas*

Acesso ao Sumário

físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido."

(STF, RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213 divulg 29/10/2014, public 30/10/2014).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AO DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA DUPLA IMPUTAÇÃO EM CRIMES AMBIENTAIS, QUANDO HÁ DENÚNCIA EM DESFAVOR SOMENTE DA PESSOA FÍSICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 2. Devidamente descrito o fato delituoso, com indicação dos indícios de materialidade e autoria, não há como trancar a ação penal, em sede de habeas corpus, por falta de justa causa ou inépcia da denúncia, pois plenamente assegurado o amplo exercício do direito de defesa, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. 3. De acordo com o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o ato judicial que recebe a denúncia, ou seja, aquele a que se faz referência no art. 396 do Código de Processo Penal, por não possuir conteúdo decisório, prescinde da motivação elencada no art. 93, IX, da Constituição da República (AgRg no HC n. 256.620/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1º/7/2013). 4. A responsabilidade da pessoa física que pratica crime ambiental não está condicionada à concomitante responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo possível o oferecimento da denúncia em desfavor daquela, ainda que não haja imputação do delito ambiental a esta. 5. Recurso em habeas corpus improvido."

(STJ, RHC 53.208/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 1/6/2015).

Acesso ao Sumário

Em relação ao caráter poluidor das atividades desempenhadas no local, exigido pelo artigo 60 da Lei 9.605/98, e que não teria sido demonstrado na inicial, conquanto o laudo pericial tenha sido inconclusivo, percebe-se haver plausibilidade, ao menos teoricamente, na tese jurídica apresentada pela acusação, que imputa à pessoa jurídica a instalação e o funcionamento, entre agosto de 2014 e 3 de junho de 2016, de estabelecimento potencialmente poluidor na área sobressalente do terreno, sem as licenças emitidas pela CETESB, vindo a ali armazenar borracha e material metálico.

Tal fato, em tese, amolda-se ao tipo penal descritos no artigo 60 da Lei

9.605/98 ("*Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes*"), a evidenciar que a denúncia atende o disposto no artigo 41 do Código do Processo Penal, sendo inviável o prematuro encerramento da persecução penal.

Assim, a alegação de que o crime não se configurou, ante a falta de comprovação do potencial poluidor da atividade, esbarra na necessidade de dilação probatória.

O fato de existir nos autos da ação penal laudo pericial inconclusivo sobre os danos ambientais, por si só, não tem o condão de atestar a inocorrência do delito, sendo certo que a aludida prova pericial deve ser valorada pelo magistrado em conjunto com os demais elementos de prova, a serem produzidos, por ocasião da análise do mérito da acusação, não havendo que se falar em falta de justa causa para a persecução penal.

Por esses motivos, deve ser possibilitada ao Ministério Público a oportunidade de produzir outras provas em contraditório, inexistindo motivos para que se anule *ab initio* o procedimento.

Finalmente, cumpre registrar que, no que diz respeito a crimes ambientais, como no caso em comento, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, dispõe que "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*".

Desse modo, malgrado tenha sido extinta sem resolução do mérito a ação civil pública, esse fato não afasta uma possível responsabilidade na esfera penal, visto que há independência entre os âmbitos, penal, civil e administrativo.

Sendo assim, as consequências nas esferas cível e administrativa não serão aproveitadas no âmbito penal, razão pela qual a alegação do Direito Penal como *ultima ratio* não cabe aqui como fundamento para o trancamento da ação.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA CONDUTA APONTADA COMO DELITUOSA NÃO AFASTADA. 1. A assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, ente o Ministério Público e o estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do quantum das penas a serem impostas. 2. A assinatura do termo de ajustamento, in casu, não revela ausência de justa causa para a

Acesso ao Sumário

ação penal e, por ausência de previsão legal nesse sentido, não constitui causa de extinção da ilicitude da conduta potencialmente configuradora de crime ambiental. 3. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de exceção, somente cabível quando, pela mera exposição dos fatos verifique-se, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de prova da materialidade do delito ou ausência de uma das condições de procedibilidade do feito. 4. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1294980/MG, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j: 18/12/12).

Nesse contexto, constata-se que o órgão acusador apontou, satisfatoriamente, a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, capazes de justificar a *persecutio criminis*, não sendo razoável, portanto, o trancamento da ação penal, que seria providência precipitada.

Ademais, para a primeira fase da persecução penal somente é necessário juízo de probabilidade, existente nos autos.

Demais incursões nesta seara implicariam em exame de provas, o que é inviável em sede de mandado de segurança.

Diante da inexistência de direito líquido e certo, pelas razões acima, inviável a concessão da segurança, devendo a ação penal manter seu regular prosseguimento.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2158124-57.2017.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é impetrante DANILO PANZUTI BASILE, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, para autorizar que o exibidor da fiança, ora impetrante, nos termos do art. 347 do Código de Processo Penal, possa levantar o correspondente valor depositado, depois de deduzidos eventuais encargos a que a ré acaso estiver obrigada. Comunique-se ao Juízo impetrado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.967)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 21 de setembro de 2017.

DE PAULA SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Insurgência contra o indeferimento do pedido de levantamento da fiança formulado pelo exibidor, ora impetrante – Inteligência do artigo 347 do Código de Processo Penal – Fiança que deve ser levantada por quem efetivamente a prestou – Posterior concordância da ré, representada por seu novo defensor, com a pretensão em tela, apresentada por aquele que realizou, pessoalmente, o recolhimento e figurou como exibidor, ou seja, pelo advogado da empregadora da acusada, o qual agiu em nome próprio – Segurança concedida, para se autorizar que o exibidor da fiança, ora impetrante, possa levantar o correspondente valor depositado, depois de deduzidos eventuais encargos a que a ré estiver obrigada.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Danilo Panzuti Basile, contra ato do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Santo André (Processo nº 0013015-67.2016.8.26.0554), consistente no indeferimento do pedido de levantamento da fiança, formulado pelo exibidor, ora impetrante, que foi quem efetuou o recolhimento.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a ré, Sra. Josefa Girliane de Lima Rodrigues, trabalhava no supermercado da bandeira Mini-Extra (nome fantasia da Companhia Brasileira de Distribuição, CNPJ 47.508.411/0001-56), localizado na Rua Carijós, 2273, Jardim Alvorada - Santo André/SP. Em vistoria realizada no referido estabelecimento, foram encontrados produtos com o prazo de validade expirado, produtos sem as devidas informações de rastreabilidade, bem como produtos químicos supostamente armazenados de forma inadequada, razão pela qual referida funcionária foi presa em flagrante, sob acusação de haver praticado crimes contra o consumidor. O ora impetrante, que é advogado e presta serviços à Companhia Brasileira de Distribuição, foi chamado para acompanhar a funcionária detida e garantir que ela fosse posta em liberdade, exibindo o valor de fiança, fixado em R$ 5.280,00, valor este fornecido pela empregadora. Após o pagamento da fiança, a interessada foi posta em liberdade e denunciada como incursa no artigo 7º, incisos II e IX, da Lei nº 8.137/90. Contudo, optou por constituir novo advogado, declinando do auxílio do impetrante e dos advogados disponibilizados pela empresa. A interessada foi absolvida, por sentença já transitada em julgado. Nos termos do art. 347 do Código de Processo Penal, o ora impetrante, como exibidor da fiança, postulou seu levantamento, o que foi indeferido pelo magistrado, sob o fundamento de que não há, nos autos,

Acesso ao Sumário

procuração da ré que o autorize a levantar o valor. Porém, a quantia foi fornecida de boa-fé pela Companhia Brasileira de Distribuição para colocar a Sra. Josefa em liberdade e deve ser devolvida. O novo patrono da Sra. Josefa, em clara demonstração de má-fé, peticionou postulando o levantamento do valor. Afirma que, nos termos da legislação, o titular da fiança é o exibidor e não, necessariamente, o réu da ação penal. Aduz que inexiste qualquer dispositivo legal que condicione o levantamento da fiança pelo exibidor à aceitação do réu absolvido em processo-crime. Afirma que a autoridade impetrada criou uma exigência sem embasamento legal. Requer a concessão da "*tutela de urgência, 'inaudita altera pars', determinando que a ínclita autoridade impetrada se abstenha de conceder o levantamento dos valores depositados a título de fiança para a Sra. Josefa Girliane de Lima Rodrigues ou a qualquer procurador por ela constituído, até o julgamento final do presente writ",* e que, ao final*, "seja confirmada a segurança definitiva ao presente writ, autorizando que o exibidor da fiança, ora impetrante, possa levantar os valores depositados em juízo, sem a necessidade de apresentar procuração da ré, autorizando o levantamento da fiança por este causídico*".

Deferida a medida liminar (fls. 252-255), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 260/262).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 316/319).

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra ato praticado pelo douto Juízo *a quo*, consistente no indeferimento do pedido de levantamento da fiança apresentada pelo exibidor, ora impetrante.

Eis o que consta da decisão impetrada (fls. 27): "*Diante do teor da manifestação do Ministério Público, que adoto como razão de decidir, indefiro o pedido de levantamento da fiança pleiteado*".

E da citada manifestação do *Parquet* havia constado: "*Fls. 202/203 Pelo indeferimento do pedido, uma vez que não consta dos autos procuração da ré autorizando o levantamento da fiança pelo causídico*" (fls. 305).

Diante das peculiaridades vislumbradas na espécie, das características da decisão proferida quanto ao quesito fundamentação e dos argumentos alinhavados na inicial, para arredar qualquer perspectiva de prejuízo indevido, foi concedida a liminar postulada, "para efeito de determinar que, nos autos do processo nº 0013015-67.2016.8.26.0554, não haja o levantamento da fiança até o julgamento do presente mandado de segurança pelo colegiado desta 13ª Câmara de Direito Criminal".

Observe-se o que constou das informações prestadas, na sequência, pelo Juízo *a quo*:

Acesso ao Sumário

"Em data de 20 de julho de 2016, Josefa Girliane de Lima Rodrigues foi presa em flagrante delito (fls. 4/13). Foi expedido alvará de soltura em seu favor (fls. 39) **após a exibição de fiança pelo impetrante, advogado da empregadora de Josefa** (fls. 40).

"Josefa foi denunciada como incursa no art. 7º, incisos II e IX, da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 18, § 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (fls. 1/2).

"Recebida a denúncia, foi determinada a citação de Josefa para apresentação resposta à acusação, por escrito, nos termos do art. 396, *caput*, e art. 396-A, ambos do Código Penal (fls. 70).

"Josefa foi citada e apresentou resposta escrita (fls. 71/84). Não sendo caso de absolvição sumária, houve designação de audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 100 e 101), oportunidade em que foram ouvidas uma testemunha arrolada pela acusação (fls. 156) e três testemunhas arroladas pela defesa (fls. 157, 158 e 159). Josefa foi interrogada (fls. 155).

"As partes se manifestaram em debates (fls. 150/151) e sobreveio sentença, que absolveu Josefa, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 151/152).

"A sentença transitou em julgado para as partes em 16 de novembro de 2016 (fls. 199) e foi determinado o arquivamento dos autos (fls. 201).

"O impetrante requereu o levantamento do valor recolhido a título de fiança (fls. 202/203), com o que discordou o Ministério Público (208) e tal pedido resultou indeferido (fls. 209).

"O advogado constituído por Josefa requereu a restituição do valor pago a título de fiança (fls. 215/216), contudo desistiu de tal pedido (fls. 238).

"O impetrante informou a este juízo sobre o presente Mandado de Segurança e solicitou seja aguardado o julgamento do writ para determinar o levantamento da fiança (fls. 220/222).

"Os autos foram encaminhados ao Ministério Público (fls. 210 e 237) e estão aguardando manifestação sobre os pedidos" (grifei).

Nota-se, segundo o informado pelo Juízo *a quo*, o novo advogado constituído por Josefa veio a desistir do pedido de levantamento do valor da fiança que havia formulado.

Deveras, constata-se que, na recente petição apresentada ao Juízo a quo pela ré, representada por esse novo advogado, reconheceu-se que é verídico o relatado pelo impetrante: "*JOSEFA GIRLIANE DE LIMA RODRIGUES, já devidamente qualificada nos autos cuja numeração encontra-se em epígrafe, por seu Advogado in fine assinado, vem perante Vossa Excelência, expor e requerer o quanto segue: Pois bem, em contato com a ré, esta informou a este signatário que a fiança então fixada para a sua soltura foi de fato paga*

Acesso ao Sumário

pela empresa 'Mini Mercado Extra'. E diante de tal informação, a mesma foi orientada a outorgar procuração com poderes específicos para o respectivo advogado possa pleitear o levantamento do respectivo montante. Assim sendo, é a presente para DESISTIR do seu pedido de restituição do valor então pago a título de fiança" (fls. 313).

Observe-se, nesse diapasão, o disposto no artigo 347 do Código de Processo Penal: "*Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue* ***a quem houver prestado a fiança,*** *depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado*" (grifei).

Acerca da questão consigna Damásio de Jesus (in Código de Processo Penal anotado, 25ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 315): "*Devolução do valor da fiança. Faz-se a quem a prestou, depois de saldados os encargos do réu*".

Assim, resta claro que o valor da fiança, na hipótese de restituição, deverá ser entregue àquele que efetivamente realizou seu pagamento. E, pelos documentos de fls. 19/20, restou comprovada a legitimidade do impetrante para obter o levantamento da quantia, pois foi ele, pessoalmente, quem, à época, figurou como exibidor e efetuou o recolhimento.

Note-se, outrossim, que não existe previsão legal que vincule o levantamento da fiança à necessidade de autorização da ré.

Nesse sentido é o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça: "*Inicialmente, cabe ressaltar que, tendo o processo crime respectivo sido definitivamente encerrado com sentença absolutória e inexistindo notícia de eventual quebramento da fiança, seu valor integral deverá ser entregue a quem a houver prestado, nos termos do art. 347 do Código de Processo Penal. Ora, no caso em tela, o impetrante comprovou ter sido o exibidor da quantia recolhida a título de fiança em favor de Josefa Girliane, conforme atestam as cópias dos termos de fls. 19 e 20, tendo, portanto, demonstrado sua legitimidade para obter sua restituição*" (fls. 318).

Logo, consideradas as peculiaridades do presente caso, que o distinguem de outros, constata-se que a insurgência do impetrante merece guarida.

Diante do exposto, **concede-se a segurança**, para autorizar que o exibidor da fiança, ora impetrante, nos termos do art. 347 do Código de Processo Penal, possa levantar o correspondente valor depositado, depois de deduzidos eventuais encargos a que a ré acaso estiver obrigada. Comunique-se ao Juízo impetrado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança

nº 2102480-32.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é impetrante C.A.T.A., é impetrado Mm. Juiz(a) de Direito da 4ª Vara Criminal de Santos.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.897)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA ASSECURATÓRIA – SEQUESTRO – PRETENDIDA A CONCESSÃO DE SEGURANÇA CONTRA R. DECISÃO QUE DETERMINOU O AGUARDO DE TRÂNSITO EM JULGADO DE EVENTUAL SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA APRECIAR ALEGAÇÕES RELATIVAS À ORIGEM LÍCITA DOS BENS SEQUESTRADOS, BEM COMO REJEITOU A PRETENSÃO DE LEVANTAMENTO DO SEQUESTRO PELA SUPERAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 131, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO HÁ OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO A DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS EMBARGOS AO SEQUESTRO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA FORMA DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – O PRAZO PREVISTO NO ART. 131, INCISO I, DA LEI ADJETIVA PENAL COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO NAS HIPÓTESES EM QUE HOUVER JUSTO MOTIVO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL APÓS O DECURSO DE MAIS DE 60 DIAS DA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA ASSECURATÓRIA – PRECEDENTES – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por C.A.T.A., apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca

de Santos (autos nº 0011071-40.2015.8.26.0562), que rejeitou embargos de declaração opostos contra a r. decisão de **indeferimento** de pedido de levantamento de sequestro de bens anteriormente decretado contra o impetrante, deduzido em sede de embargos aos sequestro.

Resumidamente, o presente mandado de segurança é impetrado, visando a determinação de levantamento do sequestro, porquanto (i) os bens sequestrados foram adquiridos de forma lícita; e (ii) o prazo de sessenta dias para ajuizamento da ação penal, contados da efetivação do sequestro e não de outras diligências, restou superado, tendo em vista que, efetivada a medida em dezembro de 2.015, a ação penal somente foi ajuizada em fevereiro de 2.017 (fls. 270/294).

A liminar foi **indeferida** nos termos da decisão de fls. 297/300.

Prestadas as informações pela Douta Autoridade indicada como coatora a fls. 304/310.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 314/320 manifestando-se pela **denegação** da segurança.

Cumprida a determinação de regularização do feito de fl. 322 a fl. 326.

É o relatório.

A segurança deve ser **denegada.**

Com efeito, após a regular tramitação do feito, confirma-se a ausência de violação a direito líquido e certo titulado pelo impetrante passível de coibição pela presente via mandamental.

Conforme leciona Fernando Capez[1], sequestro é medida assecuratória de natureza cautelar levada a efeito no juízo penal visando à constrição de bens móveis ou imóveis adquiridos com proventos de infração penal.

Trata-se de medida precária e instrumental com vistas à adoção de providência futura, a depender da eventual procedência de pedido condenatório, notadamente aquela prevista no art. 91, inciso II, alínea b, do Código Penal – perda de toda e qualquer vantagem diretamente ou indiretamente obtida com a prática de ilícito penal.

Na espécie, tem-se que o impetrante – C.A.T.A., investigado por suposta coordenação de associação criminosa, lavagem de dinheiro e exploração de jogos de azar[2], teve sequestrados por ordem da Douta Autoridade indicada como coatora[3]:

(i) Todos os veículos eventualmente registrados em nome do impetrante (Automóvel marca GM, Modelo Montana, ano 2.009/2.010 e automóvel

Acesso ao Sumário

1 CAPEZ, FERNANDO. CURSO DE PROCESSO PENAL. 21ª ED. SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA, 2.014. P. 520/521.

2 Fl. 304, dos autos digitais nº 0011071-40.2015.8.26.0562.

3 Fl. 329, dos autos digitais nº 0011071-40.2015.8.26.0562 e fl. 6 do presente mandado de segurança.

BMW Modelo 530i, ano 2.008/2.009);

(ii) Imóvel sito à Rua Carolino Rodrigues n° 16, apto. 31 – Santos/SP;

(iii) Imóvel consistente em unidade autônoma nº 34 do Condomínio Hanga Roa I, sito ao Km 216-333, 32, na Rodovia BR101 – Bertioga/SP; e

(iv) Ordem de bloqueio de R$5.000.000,00 expedida ao BACEN.

Inconformado, o impetrante opôs embargos ao sequestro, sendo determinado pela Douta Autoridade indicada como coatora a suspensão de seu julgamento até o trânsito em julgado da ação principal (fls. 224/225), nada obstante as alegações do ora impetrante no sentido da origem lícita dos ativos sequestrados.

Opostos embargos declaratórios com fundamento na negativa de vigência ao artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal, que trata do prazo de vigência do sequestro antes do ajuizamento da ação penal, o recurso foi rejeitado pelo juízo impetrado, ao argumento de que as diligências encetadas pelo *parquet* ainda não se encerraram e, portanto, não restou superado o prazo de 60 dias previsto em tal artigo de lei (fls. 251/252).

Ambas as alegações, ora reiteradas no presente *mandamus*, não prosperam, sem prejuízo de cognição exauriente sobre o tema pelo Juiz Natural, no momento e via processuais oportunos.

A pretensão de reconhecimento da origem lícita dos bens por revolvimento da prova documental coligida aos autos é questão cuja análise está sujeita à apreciação prejudicial do mérito da ação penal ajuizada em desfavor do impetrante.

Com efeito, o conhecimento da origem lícita dos bens sequestrados depende do conhecimento de sua eventual qualificação como proveito ou produto de crime, o que, por óbvio, não poderá ser declarado antes de sentença transitada em julgado nos autos da ação penal nº 0011071-40.2015.8.26.0562.

Em decorrência de tal imperativo de ordem lógica, resta positivada no ordenamento jurídico pátrio a regra do art. 130, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

> *Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.*

Ademais, a decretação de sequestro não exige prova plena suficiente à condenação, a qual, evidentemente, apenas poderá existir após o curso regular do devido processo legal.

Antes, basta à decretação da medida em comento a existência de *indícios veementes*, ou seja, a séria probabilidade de que determinados ativos tenham origem ilícita, os quais se constatam, em princípio e em tese, presentes na espécie.

Acesso ao Sumário

Mais ainda, não comporta concessão a segurança ao argumento de violação ao disposto no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal.

Conquanto estabeleça tal dispositivo legal que "*o sequestro será levantado* **[...]** *se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência*", a eventual extrapolação do referido lapso temporal não confere, por si só, direito líquido à cessação da constrição patrimonial.

Com efeito, na aplicação da lei, o Magistrado deverá conformar os preceitos gerais e abstratos à realidade concreta por eles regida, sob pena de se contrariar o próprio escopo dos institutos consagrados no ordenamento jurídico vigente.

A teleologia que informa a medida assecuratória em comento é evitar que o acusado, aproveitando-se da dilação temporal natural do processo criminal informado pelo contraditório e ampla defesa, dissipe a vantagem econômica obtida com a prática de ilícito penal, tornando impossível o futuro confisco ou penalidade de perda de bens.

A aplicação incauta e irrestrita do prazo previsto no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal pode, em determinadas situações concretas excepcionais, redundar na frustração de eventual sentença condenatória.

Por tal razão, consagrou-se na jurisprudência a orientação de que **não se deve proceder ao levantamento do sequestro se houver justo motivo para a superação do prazo de sessenta dias para propositura da ação penal, contados da efetivação da medida assecuratória**. Confira-se: TACrim SP: RT549/329, RT 369/292; TARS: RT 677/396; TACrimSP: MS 393648/0. 12ª Câmara, Rel. Barbosa Almeida, j. 25/2/2002; LEXSTJ 125/354, 111/339; RTJ 82/596.

Na espécie, é presente a excepcional circunstância que autoriza a relativização do prazo previsto no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de investigação complexa visando à apuração do crime tipificado no art. 1°, *caput*, da Lei nº 9.613/98 por cinco vezes, cada uma delas combinada na forma do art. 71, do Código Penal, por diversas vezes e, entre si, na forma do art. 69, também do Código Penal (fls. 270/294).

O feito apura a imputação de delito a diversos réus, e envolve práticas criminosas de corrupção ativa, associação criminosa armada, e contravenção penal de exploração de jogos de azar apuradas nas ações penais nº 0018527-59.2012.8.26.0590 e 0013030-93.2014.8.26.0590, ambas em trâmite perante Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente.

Os crimes de lavagem de dinheiro apurados na ação penal nº 0011071-40.2015.8.26.0562 envolvem inúmeras operações praticadas com intermédio de

pessoas jurídicas, mescla de valores de origem lícita com aqueles de origem criminosa, a análise de ao menos 138 lançamentos emitidos por pessoas relacionadas à exploração de jogos de azar e análise da evolução patrimonial dos envolvidos (fls. 270/294), o que justifica a excepcional dilação no tempo do sequestro efetivado em 1º dezembro de 2.015, até o oferecimento da denúncia em 6 de fevereiro de 2.017.

À míngua de qualquer ilegalidade passível de coibição de plano, a r. decisão impugnada deve ser integralmente mantida, sem prejuízo de apreciação exauriente de seu acerto ou desacerto no momento e via procedimentais adequados.

Ante o exposto, **DENEGO** a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 9000001-51.2017.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ÉLIO APARECIDO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, comunicando-se ao juízo de primeiro grau para a expedição de mandado de prisão imediatamente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.812)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 24 de agosto de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Decisão que indeferiu pedido de execução provisória da pena imposta ao recorrido, condenado a descontar vinte anos de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de homicídio qualificado (tentado e consumado). Orientação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292,

Acesso ao Sumário

ratificada recentemente em regime de repercussão geral (ARE 964246), possibilitando a execução provisória da pena. Condenação confirmada por esta Corte de Justiça. Pedido de execução provisória da pena apreciado e indeferido pelo Presidente da Seção Criminal da Corte, em sede de admissibilidade de recurso especial, que não impede o reexame da questão. Recurso especial, ademais, inadmitido, não conhecido pelo STJ o agravo interposto contra tal decisão. Recurso provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO de decisão que, nos autos de ação penal intentada contra ÉLIO APARECIDO DE OLIVEIRA, na qual foi condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, duas vezes, uma delas c.c. o artigo 14, inciso II, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal, indeferiu pedido de execução provisória da pena (fls. 22).

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da irresignação (fls. 47/51).

É o relatório.

O recorrido foi condenado à pena de vinte anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV (vítima Humberto) e 121, incisos I e IV, c.c. o artigo 14, inciso II (vítima Josué), na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Irresignadas, a acusação e a defesa interpuseram recursos de apelação, aos quais esta Colenda Câmara Criminal, sob a relatoria do signatário, afastadas as preliminares, negou provimento, por votação unânime (fls. 08/16).

Inadmitido o recurso especial defensivo, o Ministério Público requereu, na origem, a decretação da prisão imediata do recorrido, em execução provisória da pena (fls. 02/07). O MM Juízo *a quo*, contudo, indeferiu a pretensão, posto que já apreciada e afastada pelo Presidente da Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, ressaltando, ainda, o caráter não vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Cor*pus 126.292/SP, e entendendo que a inadmissão do recurso especial não motivaria o decreto prisional, a não existirem fatos supervenientes para justificar tal medida (fls. 22).

O inconformismo volta-se contra tal decisão, sob o argumento de que,

Acesso ao Sumário

negado provimento ao apelo defensivo, com manutenção do decreto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri, já tendo sido inadmitido o recurso especial e não conhecido o subsequente recurso de agravo pelo Superior Tribunal de Justiça, está autorizada a execução provisória da pena imposta ao recorrido, em conformidade com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, ratificada recentemente em regime de repercussão geral (ARE 964246). Aduz-se que tal medida não afronta a decisão proferida pelo eminente Desembargador Presidente da Seção Criminal, que, em outro momento processual, indeferira tal pleito. Requer-se, portanto, a reforma da decisão, com a decretação imediata da prisão do recorrido, em execução provisória da pena.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, reafirmando o entendimento manifestado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que o disposto no artigo 283, do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADCs) nº 43 e nº 44.

E, da mesma forma, decidiu em regime de repercussão geral "***que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal***" (ARE 964246/SP).

Diante disso, desde que confirmada por esta Corte a condenação do ora recorrido pelo Tribunal do Júri, inexiste óbice à execução provisória da pena, anotando-se que o indeferimento de idêntico pleito pelo douto Presidente da Seção Criminal, na fase de admissibilidade do recurso especial interposto contra o v. acórdão condenatório, não impede o reexame da questão, mesmo porque o recurso especial foi inadmitido e a Ministra Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo tirado em face de tal decisão.

Também não há se falar em maltrato ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, pois se cuida, no caso, de entendimento jurisprudencial, ao qual não se aplica a vedação constitucional.

Finalmente, conforme decidiu recentemente a Sexta Turma do Superior Tribunal, nem mesmo o fato de a sentença, eventualmente, ter permitido ao acusado "recorrer em liberdade", ou condicionado a expedição de ordem de captura ao trânsito em julgado, em razão de na época vigorar o entendimento de que não era possível a execução provisória da pena, impede a emissão de mandado de prisão após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição (HC nº 374.713/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 06.06.2017).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, comunicando-se ao juízo de primeiro grau para a expedição de mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0000851-55.2013.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é recorrente ELIAS BENTO DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para desclassificar a conduta, eis que não verificado tratar-se de crime doloso contra a vida, determinando-se, por consequência, a redistribuição do feito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.045)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Acusação de crime doloso contra a vida. Impossibilidade. O agente que, voluntariamente desiste de consumar a ação, não comete crime doloso contra a vida, eis que incide a desistência voluntária. Desclassificação para delito de outra natureza.

Recurso provido para este fim.

Acesso ao Sumário

VOTO

ELIAS BENTO DA SILVA foi pronunciado pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú para ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri por suposta infração ao art. 121, *caput,* c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 252/256).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso pleiteando a despronúncia ou a desclassificação para o crime de lesão corporal (fls. 252/256).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 258/260) e mantida a decisão (fl. 261), a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 269/273).

É o relatório.

Elias foi pronunciado porque, no dia 24 de setembro de 2.012, teria tentado matar *Valdir Soares de Oliveira*, não consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Os fatos dos autos são incontroversos, considerando a unicidade dos relatos do acusado, da vítima e das testemunhas ouvidas em juízo.

Na zona rural de Jaú, em uma habitação coletiva, Valdir bebia e discutiu com Elias por motivos desconhecidos. A mãe de Elias, Maria Aparecida, interveio na discussão, momento em que Valdir acertou dois golpes com um facão no seu ombro (laudo de fl. 10), fugindo em seguida. Furioso, Elias tomou um facão de cortar cana e encontrou Valdir trancado em um cômodo. Arrombou a porta e o atingiu diversas vezes, nos locais apontados no laudo de fl. 60 (têmpora, mão esquerda, tórax posterior, membro superior direito). Após os golpes, Valdir "perdeu os sentidos" e Elias alegou que se desesperou e fugiu, não consumando a ação. Na Delegacia, todos declararam perdão e preferiram acordar entre si (fls. 18/19 e 37, 31/32, 33/34 e audiovisual de fls. 162 e 225).

Apesar de se tratar de fase de pronúncia, entendo que o caso não revela indícios de um crime doloso contra a vida, subtraindo a competência do Tribunal do Júri para a análise.

Sem dúvida, Elias iniciou a execução de um homicídio. Após ver a mãe ser agredida por Valdir, ingressou na casa deste arrombando a porta e, munido de um facão, o golpeou diversas vezes em regiões vitais, revelando *animus necandi*. Entretanto, antes de consumar a ação, **desistiu** ao se desesperar, fugindo em seguida.

Dessa forma, o acusado tinha plena possibilidade de consumar a ação, eis que a sua frente se encontrava uma vítima já desfalecida, mas ao invés de dar cabo à vida, fugiu, **deixando voluntariamente de consumar a ação.**

Assim, se está diante da figura da **desistência voluntária prevista no art. 15, do Código Penal**, indicando ser atribuível ao agente unicamente os atos já praticados, no caso, a lesão corporal de natureza grave.

A diferenciação entre a tentativa e a desistência voluntária reside exatamente na vontade do agente. Na primeira, um elemento alheio ao agente obsta o prosseguimento do *iter criminis*, ao passo que na desistência era perfeitamente possível consumar o crime de homicídio, mas o não o faz por vontade própria.

Note-se que Elias viu o acusado desacordado, ou seja, ainda vivo, se desesperou e fugiu. Ou seja, ao perceber a gravidade da consequência de seus atos, deixou de consumar a ação e, antes de ceifar a vida de Valdir, fugiu.

A desistência fica ainda mais evidenciada ante o perdão ostentado tanto por Valdir em relação a Elias, como de Maria Aparecida em relação a Valdir.

Acesso ao Sumário

Parece, sem dúvida, uma constatação de que se tratou de um evento isolado, cujas consequências fugiram do controle em razão da exaltação decorrente do uso imoderado de bebida alcóolica. Felizmente, não houve mortes.

Dessa forma, constatado não se estar diante de um crime doloso contra à vida, entendo ser o caso de desclassificar a conduta para outra, determinando o retorno dos autos à primeira instância para que se apure a ocorrência de um crime de lesão corporal em juízo competente para tanto.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para desclassificar a conduta, eis que não verificado tratar-se de crime doloso contra a vida, determinando-se, por consequência, a redistribuição do feito.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0042265-95.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é peticionário MARCELO NOBREGA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, deferiram o pedido de Marcelo Nóbrega dos Santos para absolvê-lo do crime de latrocínio, limitando suas penas àquelas impostas pelo roubo majorado, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo unitário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.198)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa:

1. Nulidade – Inépcia da denúncia – Improcedência – Exordial regular – Descrição suficiente da conduta.

2. Latrocínio – Policial à paisana morto e desapossado

Acesso ao Sumário

de seu revólver por corréus armados, acionados pelo peticionário para assaltar acompanhante do ofendido, após saída de banco – Concurso de agentes – Não configuração – Assunção do risco de morte, mas ausência de vínculo subjetivo com a subtração da arma – Absolvição.

3. Roubo majorado – Participação de menor importância – Não ocorrência – Indicação da vítima a ser roubada.

VOTO

Marcelo Nóbrega dos Santos foi condenado pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Diadema a 25 (vinte e cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 157, § 3º, segunda parte, e no art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 276/284 dos autos originais).

Tanto o réu quanto o Ministério Público apelaram e, por unanimidade, a C. 16ª Câmara Criminal deste E. Tribunal negou provimento aos recursos (fls. 336/342).

Irresignado, Marcelo pretende desconstituir a coisa julgada por intermédio do presente pedido revisional. Suscitando inépcia da denúncia, pede anulação do processo. Se assim não for, busca o reconhecimento da participação de menor importância e do concurso formal de delitos.

Requisitados e apensados os autos originais, a D. Procuradoria da Justiça opina pelo indeferimento do pleito.

É o relatório.

1. Não procede a nulidade arguida.

A denúncia descreve, a contento, o modo pelo qual o peticionário teria concorrido para os fatos, subsumindo a conduta aos tipos atribuídos, como exige o art. 41 do Código de Processo Penal. Logo, permitiu o pleno conhecimento da acusação, não causando qualquer embaraço ao exercício da garantia constitucional da ampla defesa. Tanto é que, em alegações finais e nas razões recursais, o acusado pôde rebater pontualmente as imputações.

2. Segundo a denúncia, Marcelo observava os saques em agência bancária, para indicar potenciais vítimas aos corréus Wanderson Soares Cardoso e Arthur de Sousa Nogueira. Ao ver João Carlos Basso retirar R$ 2.000,00, telefonou para os comparsas. Assim, quando o cliente deixou o banco acompanhado de Clauber Rocha Vieira, Wanderson e Arthur os seguiram em motocicletas. Interceptando-os mais adiante, os codenunciados anunciaram o assalto e, empunhada arma de

Acesso ao Sumário

fogo por Wanderson, determinaram que os ofendidos encostassem na parede, com as mãos levantadas. Nesse momento, Arthur notou que Clauber era policial e estava armado. Avisado, Wanderson avançou para apanhar o revólver e, iniciada luta, efetuou disparos contra Clauber, nele provocando ferimentos que foram a causa de sua morte. Na sequência, na posse do dinheiro sacado por João Carlos e da arma do policial, os agentes fugiram numa das motos.

Interrogado, Marcelo negou envolvimento nos fatos, declarando que estava no banco a serviço (fls. 227 e 239).

Os autos foram desmembrados em relação aos corréus (fl. 193).

João Carlos reconheceu Marcelo como uma das pessoas na fila da agência bancária. Enquanto esperava para ser atendido, apareceu seu amigo Clauber, que lhe pediu para pagar conta. Depois saíram juntos. A caminho da empresa para a qual sacara o dinheiro, ele e Clauber foram rendidos por assaltantes em motocicletas, um deles com arma. O outro ofendido reagiu ao ser identificado como policial armado e, em meio a luta, foi baleado. Os agentes levaram o dinheiro e o revólver (fl. 227).

O policial civil Sebastião Soares Júnior disse que Marcelo já era suspeito de participação em "saidinhas de banco". Identificado em filmagem dentro da agência e delatado por denúncia anônima, confessou ter indicado vítima para os codenunciados (fl. 227).

Na mesma linha o relato do investigador Alcydes Gomes Filho (fl. 227).

O policial militar Islei dos Santos contou que, alertado dos disparos, encontrou Clauber caído. Soube dos fatos por João Carlos (fl. 227).

Como se pode ver, bem demonstrado pela prova oral que Marcelo apontou João Carlos para ser assaltado pelos corréus.

Por outro lado, igualmente evidenciado que isso era tudo que pretendia e, por conseguinte, a ação contra Clauber constituiu desdobramento de todo além dos propósitos do peticionário. Nesse aspecto, portanto, ausente adesão à conduta dos codenunciados.

Não se ignora que, sabendo armados os comparsas, bem como que Clauber saía junto da agência com João Carlos, Marcelo poderia imaginar que algum dos dois fosse morto. Em princípio, ante a assunção de tal risco, presente o dolo eventual.

Ocorre que mais complexa a situação sob exame. Cumpre lembrar que o policial também sofreu subtração, circunstância inesperada para o peticionário, que só apontara João Carlos.

Ora, a decisão de tomar a arma de Clauber foi unicamente dos codenunciados, ocorrendo inclusive de inopino, ante a constatação de que se tratava de policial. Marcelo sequer sabia da arma e tampouco poderia supor seu

porte pela vítima. Quando acionou os corréus, reitere-se, assim o fez pretendendo exclusivamente a subtração do dinheiro sacado por João Carlos.

Incabível, desse modo, a responsabilização de Marcelo pelo latrocínio, impondo-se sua absolvição em relação a tal delito.

Vale salientar que, no caso, presente mero nexo causal com a conduta do requerente e, como se sabe, isso não é o bastante para reconhecimento do concurso de agentes. Imprescindível que cada concorrente tenha consciência de contribuir para a atividade do outro, isto é, que haja adesão subjetiva à vontade do autor. E, como manifesto nos autos, inexistia tal liame entre Marcelo e os comparsas no tocante a Clauber.

Quanto ao roubo contra João Carlos, inviável o reconhecimento da participação de menor importância. A vítima só foi abordada pelos corréus porque indicada por Marcelo. Sem tal ação do peticionário, o delito simplesmente não teria ocorrido.

As penas permaneceram nos patamares mínimos cominados para a forma majorada do roubo.

O regime prisional não foi impugnado.

3. Frente ao exposto, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, defere-se o pedido de Marcelo Nóbrega dos Santos para absolvê-lo do crime de latrocínio, limitando suas penas àquelas impostas pelo roubo majorado, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo unitário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0067973-50.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é peticionário M.A.A.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e julgaram improcedente a presente revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.664)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

REINALDO CINTRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Art. 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas. Reincidência. Não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Motivos e circunstâncias do crime que indicam a insuficiência da substituição. Art. 44, III, do CP. Regime inicial fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Revisão criminal não provida.

VOTO

Trata-se de revisão criminal (fls. 13/27) interposta em face do v. acórdão prolatado pela E. 14ª Câmara Criminal (fls. 180/185), alcançado pelo trânsito em julgado, que deu parcial provimento ao recurso do revisionando para reduzir a sua pena.

Insatisfeito, o requerente, condenado pela prática do crime do artigo 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, a uma reprimenda equivalente a 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, pleiteia que seja absolvido por insuficiência probatória. Caso assim não se entenda, requer:

a) aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; b) seja afastada a agravante da reincidência; b) alteração do regime inicial para o semiaberto; e c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido revisional, mantendo integralmente a r. sentença condenatória (fls. 29/35).

É o relatório.

Consta da exordial acusatória que, no dia 09 de março de 2012, na Rua Arlinda Pereira Dias, o peticionário, agindo em concurso e com identidade de propósitos com três adolescentes, trazia consigo para venda ilícita a terceiros aproximadamente 1kg (um quilo) de maconha e 190g (cento e noventa gramas) de cocaína.

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina em razão da realização de bailes funk no local. Ao adentrar na referida via, notaram que o peticionário gritou, alertando um dos adolescentes sobre a presença da Polícia Militar, e evadiu-se, tendo sido alcançado pelos policiais.

Acesso ao Sumário

Antes de qualquer enfoque, cumpre ressaltar que o escopo da revisão criminal é o reexame de sentença condenatória ou decisão condenatória proferida por tribunal, cujo trânsito em julgado tenha se verificado. Assim, por meio desta ação autônoma de impugnação, excepciona-se a coisa julgada, o que pode implicar na alteração da classificação da infração, absolvição do réu, modificação da pena ou anulação do processo.

Nos termos do art. 621, do CPP, a revisão criminal é cabível nos seguintes casos:

> ***I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;***
>
> ***II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;***
>
> ***III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.***

O seu pressuposto lógico de cabimento é a ocorrência do trânsito em julgado, salientando-se, por oportuno, que não se trata de uma via ampla, pois presentes os requisitos específicos de admissibilidade. Não se trata, destarte, de nova ação.

Tecidas tais considerações, cumpre salientar que, a rigor, atendo-se ao texto do Diploma Processual, seria o caso de não se conhecer do recurso.

Todavia, em respeito à jurisprudência deste E. Tribunal, pautada no amplo exercício do direito de defesa, (***v. RC nº 0034109-55.2014.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 8.1.2016***), conhece-se do pleito revisional.

No tocante ao pedido de absolvição por insuficiência probatória, entendo que não deve ser acolhido.

A materialidade do delito de tráfico de drogas restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/18), boletim de ocorrência (fls. 19/23), auto de exibição e apreensão (fls. 25/27), laudo de constatação provisória (fls. 33), exame químico-toxicológico (fls. 79/80) e prova oral (fls. 91/112, 128 e 135).

De igual modo, não há dúvidas quanto à autoria do peticionário na prática do crime de tráfico de drogas e não há qualquer prova nova indicada pela defesa em suas razões.

Os policiais militares Valdir da Cruz e Rodrigo Mesquita de Paiva prestaram depoimentos coerentes entre si. Informaram que estavam realizando patrulhamento, com motocicletas, pela região do Campo dos Alemães, em uma operação batizada de "Balada Legal", visando combater a realização de bailes funk, a prostituição de menores e a venda de entorpecentes.

Ao entrarem no local dos fatos, perceberam que o acusado gritou "olha

Acesso ao Sumário

o ar" e, logo em seguida, o peticionário e um adolescente empreenderam fuga, tendo suas características sido irradiadas para outros policiais. Ao mesmo tempo, outro adolescente jogou uma sacola plástica no telhado de uma casa, na qual encontraram os entorpecentes. Outra equipe conseguiu deter o peticionário. Afirmaram que o local já é conhecido como ponto de tráfico.

Sobre a palavra dos policiais, cumpre observar que há muito se entende que "***Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória***" (STJ, HC nº 115516/SP, C. 5ª Turma, j. 3.2.2009).

No mesmo sentido, já se manifestou o E. STF:

> ***"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."*** (HC 74.608-0, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.2.97).

Ou seja, não existe razão para desmerecer os depoimentos dos policiais, notadamente porque nada emergiu dos autos que indicasse que tinham motivos para atribuir crime de tal gravidade ao peticionário.

Ademais, não surpreende que o peticionário negue a autoria do delito, a fim de livrar-se da responsabilidade criminal, mas, ante tais depoimentos, restou infirmada sua palavra.

Destarte, nada há a demonstrar que os policiais militares quisessem, graciosamente, incriminar pessoa desconhecida, razão pela qual, pensa-se que a condenação pela traficância era mesmo medida de rigor, já que estribada na vertente preponderante do conjunto probatório.

Patentes, pois, a autoria e materialidade do delito, sendo de rigor a manutenção da condenação imposta.

Quanto à dosimetria de pena, tem-se que necessária a preservação da fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código Penal e art. 42, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a reincidência, maus antecedentes, a quantidade de droga apreendida, bem como a variada natureza (maconha e cocaína) e a participação de adolescentes, circunstâncias estas que refletem de maneira negativa na reprimenda.

Acesso ao Sumário

Ademais, não era mesmo o caso de se considerar a aplicação da redutora do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, pois o réu é reincidente. O próprio §4º do artigo 33 veda a aplicação da causa de diminuição para acusado que não seja primário e com bons antecedentes:

> ***§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.***

Neste ponto, novamente vale lembrar que mesmo que a questão impusesse valoração de forma diversa das provas regularmente produzidas, o que não é o caso, não seria possível se atropelar a questão já decidida em colegiado, salvo se flagrantemente contrária à evidência dos autos, o que definitivamente não se verifica no caso em tela. Tudo isso em respeito à segurança jurídica e considerando a excepcionalidade da via da revisão criminal.

Inviável, também, que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, XLIII).

E tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais, relacionados ao combate à traficância, os quais o País é signatário.

Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

> ***"TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO SUBSIDIÁRIO – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO – INADMISSIBILIDADE – REGIME INICIAL FECHADO – ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE – DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO – INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. "Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado". RECURSO NÃO PROVIDO."*** (TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antônio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013).

> ***"Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts.***

Acesso ao Sumário

33, 'caput', e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06). (...) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas." (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013).

"Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido." (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Por fim, quanto ao pedido de conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos, observe-se que, em que pese a recente edição da Resolução nº 5 do Senado Federal, que suspendeu a expressão "***vedada a conversão em penas restritivas de direitos***", presente no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, tal benefício não é possível diante das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista os efeitos nocivos do crime de tráfico de entorpecentes, que geram profundas feridas na sociedade atual, e revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública e o bem estar social, o que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do art. 44, do Código Penal (CP), qual seja, "***os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente***".

Acesso ao Sumário

Desta feita, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, inciso III, do CP).

A respeito vale lembrar o entendimento do C. STJ:

"Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou" (HC nº 203.403/SP, C. 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21/06/2011).

Ante o exposto, **CONHECE-SE** e **JULGA-SE IMPROCEDENTE** a presente revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0018614-97.2016.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é peticionário FÁBIO APARECIDO GONÇALVES.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, conheceram do pedido, porém o INDEFERIRAM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Roubo majorado – Artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal – Preliminar de declaração da nulidade do feito a partir da audiência de instrução – Incogitável – Absolvição por insuficiência de provas – Decisão contrária à prova dos autos – Impossibilidade – Redução da fração de aumento da pena-base para o patamar de 1/6 – Inviável – Afastamento da causa de aumento da pena relativa ao emprego de arma de fogo – Incabível – Autoria e materialidade comprovadas – Robusto

Acesso ao Sumário

conjunto probatório – Pena e regime mantidos – Preliminar afastada e pedido indeferido.

VOTO

Vistos.

Nos autos do processo n° 1323/05, que tramitou perante o Juízo da 01ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos/SP, o peticionário **FABIO APARECIDO GONÇALVES** foi condenado à pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 20 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (fls. 189/194 do feito principal).

Apelou a Defesa, sendo que a Colenda Décima Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de Acórdão relatado pelo eminente Desembargador Cardoso Perpétuo, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena do peticionário para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 266/272 do feito principal).

Transitada em julgado a decisão (fl. 274 do feito principal), o peticionário, inconformado, propõe a presente ação pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do feito a partir da audiência de instrução, em decorrência da afronta ao princípio da ampla defesa e ao contraditório. No mérito, postula, em síntese, pela desconstituição da r. sentença impugnada, alegando que a condenação é contrária à evidência dos autos, postulando, assim, a absolvição. Requer, ainda, a redução da fração de aumento da pena-base para o patamar de 1/6, bem como o afastamento da causa de aumento da pena relativa ao emprego de arma de fogo (fls. 13/17).

Apensados os autos do processo principal, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 19/33).

É o relatório.

A Revisão Criminal não se cuida de mera medida impugnativa empregada para manifestar o inconformismo da Defesa acerca da solução condenatória, como se segunda apelação fosse, repisando os argumentos fartamente analisados ao largo de toda a persecução penal.

A revisão não se presta a funcionar como nova apelação e, bem por isso, inadmissível o reexame de matéria probatória já exaustivamente debatida no bojo do processo de conhecimento e em sede de apelação, nem pode servir para ensejar nova interpretação da evidência dos autos ou para adotar outra corrente jurisprudencial, ainda que predominante.

E, para evitar ofensa ao corolário da segurança jurídica, apenas aquelas hipóteses excepcionais, albergadas pelo rol taxativo do artigo 621 do Código

de Processo Penal, autorizariam a desconstituição de decisão já alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

Da leitura do petitório é possível verificar que a presente revisão criminal não atende os pressupostos legais, porquanto manejada unicamente com o objetivo de reexaminar o conjunto de provas amealhado aos autos.

Assim, a presente ação sequer poderia ser conhecida. No entanto, em homenagem ao princípio da ampla defesa, permite-se a cognição e o julgamento desta ação revisional, em caráter excepcional, nos termos que seguem.

Deste modo conhece-se, pois, o pedido, porém para indeferi-lo.

Com relação à preliminar de nulidade, esta não merece acolhimento.

A defesa alega ter ocorrido afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em decorrência da realização da audiência de oitiva da vítima Cláudio e das testemunhas Ricardo e Flávio sem a presença do peticionário, o qual estava preso e não foi apresentado na data designada para a realização do ato.

Importa destacar, desde logo, que o peticionário foi devidamente requisitado para comparecer à referida audiência, conforme se depreende à fl.137 dos autos principais.

No dia aprazado, ante a sua ausência, a Defensora que o assistia foi consultada, tendo então anuído expressamente à realização da audiência sem a sua presença, o que ficou constatado na respectiva ata de audiência.

Outrossim, como bem pontuado pelo i. Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO, por ocasião do julgamento da Revisão Criminal nº 0051219-33.2015.8.26.0000, de sua relatoria (TJSP, 4º Grupo de Câmara Criminais, j. em 9.3.2017, v.u.), "o ordenamento jurídico veda, no âmbito processual, a adoção de comportamentos contraditórios pelas partes ("É que no sistema das invalidades processuais deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono aos princípios da boa-fé e lealdade processuais": STF, HC nº 104.185/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 02.08.2011, Ementário 2580-1/063. No mesmo sentido: STF, ACO nº 652/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, v.u., j. 08.10.2014, DJe 213; STF, HC nº 126254/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 03.03.2015, DJe 65), não sendo outra a razão do legislador impedir a declaração de nulidade de determinado ato a que deu causa o próprio peticionário, nos termos do artigo 565 do Código de Processo Penal".

Dessa forma, não se vislumbra a ocorrência de qualquer nulidade hábil a ensejar a nulidade do presente feito.

Ademais, no Processo Penal, é princípio básico o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal que só se declara nulidade quando evidente o

Acesso ao Sumário

efetivo prejuízo para o acusado, fato que não ocorreu no presente caso.

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 ao réu, não há que se falar em nulidade.

Nesse sentido, já se posicionou a jurisprudência: "Anoto, ainda, 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 ao réu, não há que se falar em nulidade" (TJSP, 6ª Câmara de Dir. Criminal - Apelação Criminal nº. 990.10.000925-7 Rel. Desembargador Marco Antônio Marques da Silva).

Deste modo, a preliminar arguida fica afastada.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao peticionário.

Ressalte-se que a decisão contrária à evidência dos autos é aquela que se revela inteiramente divorciada do contexto probante produzido, não se confundindo com a mera argumentação de insuficiência probatória.

Comentando esse dispositivo, preleciona Júlio F. Mirabete:

"A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase de julgamento, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual" (Júlio F. Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 8ª. Ed, pág.1352).

Sustenta ainda o referido jurista:

"A revisão, porém, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação" (op. cit, 11ª ed., Ed. Atlas, pág. 1623).

A hipótese dos autos não autoriza a revisão, vez que a condenação se encontra em prefeita sintonia com a prova coligida. Senão vejamos.

Acesso ao Sumário

Depreende-se do conjunto probatório que no dia 28 de fevereiro agosto de 2002, por volta das 23h45min, no interior do estabelecimento comercial denominado "ULTRAGÁS", situado na Rua Treze de Maio, n° 662, no município de Ourinhos, o peticionário subtraiu para si, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de arma de fogo, praticada contra o ofendido Cláudio Elias de Souza, um veículo Fiat Uno de placas ALM 8990 - Cambará/PR, um simulacro de pistola automática aparentemente pintada de preto, com as inscrições MOD. 92F-CAL9, um aparelho de fax, uma mala de modelo executivo, um aparelho de telefone sem fio sem a base, dois cofres, uma calculadora, uma aliança de ouro, um relógio de pulso, uma sela de montaria,

um aparelho de som MD/CD, um tampão traseiro com alto-falantes e potência, cerca de trinta compact discs, bem como a quantia de R$ 130,00.

Ao que se apurou, o ofendido Cláudio, porteiro da ULTRAGÁS, estava em serviço, quando foi abordado pelo peticionário, que entrou bruscamente na sala onde ele se encontrava, portando uma arma de fogo.

De imediato, o peticionário ordenou à vitima que se deitasse ao chão e entregasse sua arma, sendo que o ofendido respondeu-lhe que possuía apenas um simulacro de uma pistola automática em uma gaveta. Apossando- se deste objeto, o peticionário efetuou um disparo contra a cabeça do ofendido, pretendendo, com isso, amedrontá-lo.

Na sequência, proferindo ameaças de morte com emprego de sua arma de fogo, o peticionário abriu a máquina registradora e subtraiu a quantia aproximada de R$ 120,00 (cento e vinte reais). Apossou-se, ainda, do relógio de pulso, da aliança e da quantia de R$10,00 (dez reais) pertencentes a Cláudio e pediu a chaves do cofre, informando que queria coisas de maior valor.

Nestas condições, ordenou à vítima que carregasse dois cofres que ali se encontravam e os colocassem no interior do automóvel Fiat Uno, pertencente a Anselmo Oliveira Leite, veículo este que também foi subtraído. Ao voltarem ao escritório, o peticionário mandou que Cláudio deitasse ao chão e o amarrou enquanto procurava outros produtos para serem furtados, subtraindo, por fim um telefone sem fio. Toda a conduta foi praticada mediante arma de fogo e graves ameaças de morte.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada nos autos, através do boletim de ocorrência de fls. 08/10, auto de exibição e apreensão de fls. 11 e 25, laudos de fls. 15/24, auto de depósito de fl. 26, autos de avaliação de fls. 27/28, auto de entrega de fl. 29, bem como pelas provas orais colhidas nos autos.

A autoria do delito também é certa.

O peticionário, na fase inquisitiva, admitiu a prática ilícita, descrevendo que, armado com um revólver, subtraiu uma pistola de brinquedo do mencionado guarda noturno e obrigou-o a colocar os dois cofres no interior de um veículo estacionado no pátio da empresa. Afirmou que subtraiu R$ 10,00 e um relógio do funcionário do local, imobilizando-o antes de se evadir. Esclareceu que "estourou" um dos cofres e retirou talonários de cheques e aproximadamente três mil e quinhentos reais (R$ 3.500,00). Declarou que arremessou os cofres no mato, juntamente com uma bolsa cheia de cheques. Por fim, frisou que indicou para os policiais o local em que lançou os cofres e confirmou que os agentes públicos localizaram a citada arma de brinquedo no interior de sua residência (fls. 43/44 dos autos principais). Em juízo, mudou sua versão; negando os fatos (fl. 113 e verso dos autos principais).

Acesso ao Sumário

A vítima Cláudio Elias de Souza, vigia da Ultragás, ouvida em ambas as fases da persecução, narrou que Fábio adentrou bruscamente no seu local de trabalho, munido de uma arma de fogo, ordenando que deitasse no chão e exigindo coisas de valor. Destacou que o acusado pegou uma arma de brinquedo (que estava em uma gaveta e continha "bolinhas"), e efetuou um disparo contra a sua cabeça, ameaçando-o com mais vigor. Disse que fora subtraído aproximadamente R$ 120,00 do caixa e ele foi forçado a ajudar o apelante a colocar dois cofres em um automóvel. Detalhou que o réu lhe subtraiu um relógio, uma aliança e dez reais R$ 10,00, em dinheiro; e da empresa roubou, também, um aparelho de fax, um telefone, uma mala, uma calculadora, entre outros objetos. Acrescentou, ainda, que o criminoso amarrou-o com uma corda e se evadiu; mas, com esforço, conseguiu se soltar (fls. 70/71 e 138 e verso dos autos principais).

O ofendido Anselmo Oliveira Leite, proprietário do aludido veículo, disse que laborava na empresa Ultragás e pediu para que Cláudio tomasse conta de seu carro, pois iria viajar. Frisou que o referido automotor fora roubado e depois localizado, desprovido de alguns pertences (fl. 69 dos autos principais).

O representante da empresa vítima Flávio José da Silva declarou que recebeu a notícia dos fatos e deparou-se com o vigia chorando no local. Ressaltou que notou a falta de diversos bens e que alguns cheques subtraídos foram encontrados em um matagal (fl. 140 e verso dos autos principais).

O policial civil, Ricardo José Pereira Scarabelo relatou que recebeu diversas denúncias anônimas, dando conta de que Fábio, foragido da Justiça, praticara vários roubos. Salientou que, na residência do peticionário, encontrou bens produtos de ilícito e ele admitiu, informalmente, os fatos (fl. 139 e verso dos autos principais). Seus dizeres vieram a contribuir com a elucidação do caso em tela, de algum modo.

Eis que para invalidar o conjunto probatório amealhado contra sua pessoa, cumpria ao peticionário apresentar justificação irrecusável, demonstrativa de inocência ou, no mínimo, geradora de dúvida insuperável sobre a sua culpabilidade, ônus do qual ele não se desincumbiu minimamente.

Conclui-se, portanto, que a decisão do juízo, optando pela versão da acusação, não está em antagonismo com todos os elementos probatórios carreados ao processo, e, assim, não é contrária à evidência dos autos.

Nesse sentido:

"somente há decisão contrária à evidência dos autos quando esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo" (RTJ 85/278).

"em sede de Revisão Criminal somente se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão inteiramente despojada de lastro probatório, ficando excluídas as decisões que expressem convicção plasmada por

Acesso ao Sumário

interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório" (JUTACRIM 48/492 e, ainda, RT 769/618, 678/296).

"Diante do princípio do livre convencimento do juiz, não se por afirmar que a decisão que se fundou num elemento de prova seja contrária à evidência. Como já decidiou o STF, somente há decisão contrária Pa evidência dos autos quanto esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo (RTJ 85/278)"(Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, 24ª Ed., Editora Saraiva, pág. 621).

Ademais, em sede de revisão criminal, não cabe discutir se a prova era suficiente ou insuficiente ao reconhecimento da culpabilidade do peticionário, mas tão somente verificar se a condenação foi contrária à evidência dos autos. Em outras palavras, se se está diante de uma sentença condenatória sem suporte em qualquer prova, sem arrimo em nenhum elemento de convicção. E esse não é o caso dos autos, como já visto.

Dessa forma, o pedido de absolvição não merece prosperar. Isto porque, só se pode cogitar de contrariedade à evidência dos autos, nos termos do artigo 621, I, do Código de Processo Penal, quando a decisão se apresenta totalmente divorciada do conjunto probatório trazido aos autos, não encontrando amparo em elemento de convicção algum, o que, como se viu, não é o caso em tela, posto que a materialidade e a autoria delitiva restaram comprovadas, sobretudo, pelos depoimentos acima apontados.

O conjunto probatório, portanto, é francamente desfavorável ao peticionário, sobrepondo-se às alegações defensivas. Se mostrando, não só correta, mas necessária, a decisão condenatória tomada pelo juízo de primeira instância.

Com relação à fixação da pena, a mesma foi fixada dentro dos limites legais, e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, não se cogitando de redução.

O peticionário foi condenado em ¼ acima da pena-base, perfazendo 05 anos de reclusão e 12 dias-multa, no valor mínimo legal, diante do extenso rol de maus antecedentes, ostentando sete execuções criminais.

Dessa forma, não há que se falar em redução da fração de aumento da pena-base para 1/6, uma vez que a pena foi devidamente majorada, de acordo com o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Incabível o pleito do peticionário quanto ao afastamento da causa de aumento da pena, visto que a vítima foi categórica ao afirmar que foi ameaçada com arma de fogo.

Ocorre que também neste ponto deve prevalecer a palavra da vítima, que asseverou ter sido ameaçada através do uso de arma de fogo, justificando, assim, a presença da referida causa de aumento de pena.

Acesso ao Sumário

Neste sentido já se posicionou a jurisprudência:

"Se a palavra da vítima é aceita como suficiente para marcar a autoria do roubo, também deve ser acolhida a propósito das demais circunstâncias do crime, como as qualificadoras, quando nada nos autos exista para demonstrar de forma contrária" (RJDTACrim 25/288).

"ROUBO QUALIFICADO - Emprego de arma - Não apreensão do artefato utilizado pelo agente - Irrelevância - Vítima que afirma categoricamente que um dos agentes portava um revólver - Aplicação do art. 157, § 2.º, I, do CP" (TJSP) - RT 852/568.

Ademais, desnecessária a apreensão do artefato e perícia para aferir a potencialidade lesiva da arma utilizada. A jurisprudência das Cortes Superiores admite de forma pacífica a viabilidade de incidência da majorante, desde que amparada por outros elementos probatórios. Senão vejamos:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. (...) 2. É desnecessária a apreensão, e consequente perícia da arma de fogo empregada no roubo, para comprovar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que existentes outros meios de prova (EREsp n. 961.863/RS, Relator p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 06/04/2011). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ. AgRg no REsp 756331/RS. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Órgão Julgador: T6 – Sesta Turma. Data do Julgamento: 05/06/2012).

"Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I). DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTE DO PLENO. ORDEM DENEGADA. I. A apreensão da arma de fogo no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que sua efetiva utilização pode ser demonstrada por outros meios de prova (Precedentes: HC 96099/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENÁRIO, DJe 5.6.2009). II. É assente na Corte que: "PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, I). DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. ORDEM DENEGADA. 1. A perícia da arma de fogo no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova (Precedente: HC 96099/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENÁRIO, DJe 5.6.2009).

Acesso ao Sumário

Outrossim, a vítima não é obrigada a saber se a arma tem potencialidade lesiva ou não, bastando, portanto, o emprego da arma para a vítima sofrer grave ameaça.

Por derradeiro, correta a fixação de regime fechado para o início de cumprimento da pena, já que este tipo de regime é o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes dessa natureza, e a concessão de regime diverso a autores de crime de roubo anula a finalidade intimidante da pena, estimulando a subtração da coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Sendo este o entendimento que prevalece na jurisprudência:

"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).

"No crime de roubo, o regime inicial fixado para cumprimento da pena deve ser o fechado, pois delitos dessa natureza vêm aumentando a cada dia, bem como a violência e a audácia com que são praticados, o que denota a personalidade agressiva de seus agentes e menosprezo pela integridade corporal, psicológica e até pela própria vida das vítimas, exigindo pronta resposta penal, sendo certo que, apesar de não justificar a exacerbação da pena mínima legal cominada abstratamente por serem inerentes à própria natureza da infração, tais circunstâncias – prevista no art. 59 do CP – devem ser sopesadas na fixação da modalidade prisional, nos exatos termos do § 3º do art. 33 do referido Diploma Legal" (RJTACRIM 61/123).

Nesse sentido, também já se pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 990.08.070972-0/São Paulo (j. 18.12.2008), 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 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."

Ante o exposto, pelo meu voto, afastada a preliminar, conheço o pedido,

Acesso ao Sumário

porém o **INDEFIRO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0057603-75.2016.8.26.0000, da Comarca de Ibiúna, em que é peticionário A.A.S.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – APELAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE – TRÂNSITO EM JULGADO – DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO – DOSIMETRIA – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL – IMPOSSIBILIDADE – PLEITO REVISIONAL COM MESMA CAUSA DE PEDIR E PEDIDO DA APELAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REVISÃO INDEFERIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

A.A.S. foi condenado, em Primeira Instância, à pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infringência do artigo 217-A, "***caput***", c.c. o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 117/119vº). Foi-lhe facultado o direito de recorrer em liberdade, em razão de ter respondido fora do cárcere ao trâmite processual.

Apelou o increpado A. (fls. 131/143) e a Colenda 2ª Câmara Criminal

Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do réu para 08 (oito) anos de reclusão, mantendo, no mais, a r. sentença de Primeiro Grau (fls. 169/175).

Opostos embargos de declaração pelo condenado A. (fls. 179/193), foram rejeitados por votação unânime (fls. 196/200).

O v. acórdão transitou em julgado, em 19 de outubro de 2015, para o recorrente A. (certidão – fls. 202).

Busca o ora peticionário, por meio da presente revisão criminal, resumidamente, a concessão de medida liminar para a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento da presente revisão; no mérito, postula a reforma do v. acórdão, com a modificação do regime inicial para a modalidade semiaberta (fls. 02/11).

Indeferida a liminar, pela ausência dos pressupostos autorizadores de sua concessão, foi determinada a juntada dos autos da ação penal relativa à Apelação nº 0002331-03.2012.8.26.0238 ao presente pedido revisional, nos termos do parágrafo 2º do artigo 625 do Código de Processo Penal para, em seguida, ser aberta vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, para oportuna manifestação (fls. 20/21).

A i. Procuradoria Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 24/29, opinou no sentido do não conhecimento do recurso; alternativamente, pelo indeferimento do pedido revisional.

O peticionário A., por meio de seu advogado, protocolou petição, contendo a determinação concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, no ***Habeas Corpus*** nº 376.951/SP, oriundo do Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 34/35; 36/45).

É o relatório.

Nos exatos termos em que se fundamenta a razão da presente revisão, ou seja, no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 02), deve ser ressaltado que, em vista da sua natureza de "*ação autônoma de impugnação*" ("**apud**" **Eugênio Pacelli** e **Douglas Fischer**, "***in***" "*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*", 7ª edição, 2015, Editora Atlas, São Paulo, pág. 1.312; no mesmo sentido: STF, HC nº 114.164/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 03.11.2015, *DJe 232*), "*A revisão criminal, apesar de não ter a amplitude da apelação, quando ajuizada com fundamento no artigo 621, I do Código de Processo Penal, requer se proceda à reavaliação, e não ao reexame, do contexto fático-probatório. Não fosse assim, seria impossível chegar-se à conclusão de que a condenação fora, ou não, proferida contrariamente 'à evidência dos autos'.*" (STF, HC nº 92.341-1/SP, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, v.u., j. 0910.2007, *Ementário* 2308-4/832),

Acesso ao Sumário

pois, "*Diversamente da apelação da defesa, a qual, salvo limitação explícita no ato de sua interposição, devolve ao Tribunal todas as questões relevantes do processo, o âmbito de devolutividade da revisão criminal restringe-se às questões especificamente argüidas e que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal*." (STF, HC nº 92.956-7/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 01.04.2008, *LEXSTF* vol. 30, nº 358, 2008, págs. 439/449).

Ressalte-se que "*O que não se pode admitir, contudo, em sede revisional – não obstante ampla a possibilidade de análise, discussão e valoração da prova, especialmente a de natureza testemunhal – é a exoneração, daquele que requer a revisão criminal, do ônus probatório que lhe incumbe satisfazer com absoluta exclusividade*." "[…] *inverte-se, na ação de revisão criminal, o onus probandi, que passa a incidir sobre o peticionário que a ajuíza*." (STF, HC nº 68.437-8/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *RTJ* 135/698).

Nos termos acima delineados, deve ser ressaltado que a tese exposta na presente revisão já foi rebatida no v. acórdão:

"*4.2. O regime para início de cumprimento da reprimenda, de seu turno, somente poderia ser o fechado, mercê da elevada reprovabilidade da conduta da vítima, uma menina de apenas 11 anos de idade, sendo que os abusos foram praticados em duas oportunidade, dados empíricos a postulam que a execução seja encetada no regime mais severo, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito*."

(fls. 175).

Nos termos acima delineados, deve ser observado o teor do artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidencia dos autos;

[…]

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena"

Da atenta leitura dos presentes autos, constata- se que a questão colocada na inicial já foi analisada pelo v. acórdão, por ocasião do julgamento do recurso de apelação criminal também interposto pelo peticionário.

Nas razões da presente revisão criminal (fls. 02/11), não foram apontados quaisquer fatos novos que justificassem o ajuizamento da ação, assim como não foi trazida prova nova alguma sobre os fatos que pudesse inocentar o condenado ou para mitigar suas penas. Em outras palavras, é evidente que a intenção do

Acesso ao Sumário

ora peticionário é o reexame do conjunto de provas, pretensão já realizada pelo v. acórdão (fls. 169/175), portanto, impossibilitado o exame pretendido, nos termos em que foi formalizado, em razão da ausência de expressa previsão em quaisquer dos três incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que, submetido a julgamento pela Magistrada de 1º Grau, foi decidido por meio da r. sentença que o ora revisionando praticou a conduta delituosa contra ele imputada.

E, finalmente, em sede de apelação, após novo exame dos elementos do conjunto fático-probatório, a Colenda 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena do réu para 08 (oito) anos de reclusão, mantendo, no mais, a r. sentença de Primeiro Grau.

Dessa forma, por mais que seja a primeira revisão criminal proposta pelo peticionário, verifica-se que se trata do mesmo pedido e causa de pedir da apelação (razões, fls. 143).

Idêntico tratamento é previsto no artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o qual enuncia que a revisão criminal só pode ser reiterada se fundada em novas provas.

Portanto, ilógico simplesmente se reanalisar o conjunto fático-probatório e atribuir entendimento diverso do quanto já examinado por este Tribunal, sem que provas novas tenham sido produzidas, quando o próprio Código de Processo Penal disciplina que não se pode reiterar pedido.

Não obstante a legislação não seja expressa neste sentido, é a solução mais adequada ao caso, sob pena de tratar a revisão criminal como uma segunda apelação ou, o equivalente, a primeira apelação como uma revisão criminal (decisão contrária à evidência dos autos).

No mais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem sua jurisprudência pacificada sobre a impossibilidade do presente pleito:

> *"CRIMINAL. RESP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DAS PROVAS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *I. Hipótese em que foi deferido o pleito de revisão criminal, para absolver o peticionário, sob o fundamento de precariedade de provas da autoria.*
>
> *II. Fere o sistema processual penal brasileiro a decisão que, não obstante ter se fulcrado no art. 621, I, do CPP, embasou toda a sua fundamentação na fragilidade e precariedade das provas produzidas, transformando o pedido revisional em recurso de apelação criminal.*
>
> *III. A expressão 'contra a evidência dos autos' não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova. Precedentes.*

Acesso ao Sumário

IV. Recurso provido."

(STJ, REsp nº 1.173.329/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, v.u., j. 13.03.2012, *DJe* 20.03.2012).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 621, I, DO CPP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. DÚVIDA QUE NÃO PERMITE O JUÍZO RESCISÓRIO. NECESSIDADE DE QUE A CONTRARIEDADE ENTRE A CONDENAÇÃO E AS PROVAS DOS AUTOS SEJA PATENTE. DESPROVIMENTO.

1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal.

2. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas.

3. O Tribunal a quo, reexaminando o conjunto fático-probatório, acolheu o pedido revisional com fulcro na suposta insuficiência da prova da autoria, o que fere o sistema processual penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ, AgRg no REsp nº 1.295.387/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 11.11.2014, *DJe* 18.11.2014).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.078.152/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, v.u., j. 23.06.2009, *DJe* 03.08.2009.

"RESP – PROCESSUAL PENAL – REVISÃO CRIMINAL – RECURSO. EXTENSÃO NORMATIVA – A revisão criminal não se confunde com o recurso (CPP, art. 621). A diferença implica tratamento próprio. Não basta rever a sentença condenatória. Impõe-se demonstrar as hipóteses dos incisos I, II e III, que limitam a causa de pedir e, em conseqüência, o pedido."

(STJ, REsp nº 57.221-5/RJ, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, v.u., j. 15.08.1995, *DJ* 06.05.1996, pág. 14479).

O Supremo Tribunal Federal também não admite a pretensão recursal do peticionário, nos termos em que formulada:

"EMENTA – Revisão Criminal.

- Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apoia ela em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que

Acesso ao Sumário

o conjunto probatório não é convincente para a condenação (Precedentes do S.T.F.).

Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, RE nº 113.269-8/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, v.u., Ementário 1468-4/832).

"O art. 621, I, do Código de Processo Penal, reproduzido no art. 263, I, do RISTF, dispõe que a ação revisional será admitida 'quando a decisão condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos'. Diante da excepcionalidade desta espécie de ação, que afasta 'a intangibilidade da coisa julgada, em favor da justiça material das decisões judiciais' (HC 92435, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 25/03/2008, DJe de 17/10/2008), não se admite a mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto à matéria de direito, seja quanto à prova dos autos. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa 'ao texto expresso da lei penal', ou, quanto à matéria de fato, o desprezo 'à evidência dos autos'"

(STF, RvC nº 5.437/RO, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.12.2014, *DJe* 52).

No mesmo sentido: STF, HC nº 92.956-7/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 01.04.2008, *LEXSTF* vol. 30, nº 358, 2008, págs. 439/449.

No intuito do exaurimento da prestação jurisdicional deve ser assentado que, quanto ao pleito de modificação do regime inicial para a modalidade semiaberta, destaque-se a ausência de demonstração de quaisquer das hipóteses previstas para o cabimento da revisão criminal, por ter o peticionário A. manifestado, tão-somente, seu inconformismo com o critério utilizado na fixação da modalidade carcerária (nesse sentido: STJ, AgRg na RvCr nº 2.253/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, v.u., j. 23.04.2014, *DJe* 28.04.2014; STJ, RvCr nº 2.877/PE, Relator Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, v.u., j. 25.02.2016, *DJe* 10.03.2016).

Assim, por meu voto, seria **INDEFERIDA** a revisão Criminal.

Contudo, o Autor da revisão, peticionou informando que impetrou *Habeas Corpus* que recebeu o nº 376.951/SP, no Colendo Superior Tribunal de Justiça e de acordo com os documentos juntados, a ordem não foi conhecida. Porém, de ofício foi concedida para promover o Paciente para o regime aberto, razão pela qual a presente ação perdeu seu objeto uma vez que a pretensão foi atendida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, por não mais haver interesse no pedido, fica ele **INDEFERIDO.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0070047-48.2013.8.26.0000, da Comarca de Caieiras, em que é peticionário PEDRO BARBOZA NETO.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM a ação revisional proposta por PEDRO BARBOZA NETO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.183)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO, ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Revisão criminal – Sentenciado condenado pela prática de homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado – Nomeação de Defensor Público para arrazoar o pedido feito pelo próprio sentenciado – Defensor que entendeu não ser cabível o manejo da revisão criminal em razão da ausência dos requisitos previstos no artigo 621 do Código de Processo Penal – Possibilidade – Lei Complementar Estadual nº 988/06 que confere a prerrogativa aos Defensores Públicos de "deixar de patrocinar ação, quando manifestamente incabível" (art. 162, inc. VII) – Ação que não possui a natureza de uma segunda apelação ou 'terceira instância' de julgamento – Ação revisional não conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação revisional proposta por PEDRO BARBOZA NETO, que foi condenado (Processo Criminal nº 0001633-10.2009.8.26.0106) ao cumprimento de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos dos artigos 121, § 2º, inciso IV e 121, § 2º, inc. IV, cc. 14, inc. II, todos do Código Penal, requerendo a nomeação de Defensor Público para a apresentação das razões jurídicas do pedido.

A i. Defensora Pública nomeada, entretanto, entendeu "*não ser o caso*

de revisão criminal", argumentando que "*o processo não possui qualquer vício que o eive de nulidade* [bem como que] *a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se baseou em sólido conjunto probatório, ou seja, não foi claramente contrária à prova dos autos*" (fl. 8).

A E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, por seu indeferimento (fls. 10/15).

É o relatório.

O pedido revisional não merece ser conhecido, uma vez que ausentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

A i. Defensora nomeada para assistir o requerente, após exame dos autos originários, optou por não arrazoar o pedido elaborado pelo Peticionário, argumentando que "*não se vislumbra* [que a] *decisão tenha sido contraria à evidência dos autos ou ao texto legal; que tenha se fundado em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou, ainda, que tenham vindo à luz novas provas de inocência do acusado ou circunstância que determine ou autoriza diminuição da pena que lhe foi imposta*" (fl. 8v).

Cumpre salientar, desde logo, que a i. Defensora Pública, entendendo ser manifestamente incabível a ação revisional, não estava obrigada a arrazoa-lo, sem que essa opção caracterize inadimplemento de dever funcional ou ofensa ao direito do interessado de ser assistido por profissional habilitado a exercer sua defesa (cf. artigo 5º, LV, da CF/88).

Com efeito, dispõe o artigo 162, inciso VII, da Lei Complementar Estadual 988/06[1] que [sem destaque no original]:

> *"Artigo 162 - São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, além daquelas definidas na legislação federal:*
>
> *(...) VII - deixar de patrocinar ação, quando manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando ao Defensor Público superior imediato as razões do seu proceder, podendo este, se discordar fundamentadamente das razões apresentadas, propor a ação ou designar outro Defensor Público para que o faça;*

No caso *sub examen*, verifica-se que, uma vez cumpridas as fases processuais antecedentes e realizado o julgamento em Plenário, os jurados entenderam que os elementos de convicção que lhes foram apresentados constituíam fundamento suficiente para a condenação e o reconhecimento da qualificadora articulada na denúncia ("recurso que dificultou a defesa das vítimas") (fls. 286/291 – autos principais).

Como se observa, em análise perfunctória dos autos da ação penal

1 Lei que "*Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado*".

Acesso ao Sumário

originária, as fases procedimentais próprias dos processos de competência do Tribunal do Júri foram rigorosamente cumpridas, não sendo possível detectar qualquer nulidade ou invalidade capaz de macula-la.

É fácil concluir, assim, que a decisão condenatória contra a qual se insurge o requerente foi exarada como consequência natural de processo hígido, em cujo trâmite foi observado o direito à ampla defesa, exprimindo o veredicto a opinião legítima dos membros do Tribunal do Júri, expressada segundo as regras procedimentais previstas na lei vigente no país.

Como é dado a ver, portanto, o Requerente pretende, por meio desta ação revisional, apenas a obtenção eventual de algum beneplácito deste Tribunal, não estando seu inconformismo, contudo, lastreado em qualquer fundamento fático-jurídico apto a ensejar o reexame do conteúdo do título penal condenatório que fundamenta o direito do Estado de executar a pena a ele imposta como resultado do julgamento correspondente.

Ocorre que a jurisprudência brasileira já assentou que a tal não se presta o instituto da Revisão, como exemplificam as ementas a seguir reproduzidas:

> *REVISÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – Absolvição – Impossibilidade – Pretensão de que sejam reapreciadas teses já enfrentadas no julgamento anterior – Descabimento – A revisão criminal é ação autônoma, que visa desconstituir os efeitos da coisa julgada nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, não podendo ser utilizada como "segundo apelo" ou "terceira instância" de julgamento – Condenação mantida – Regime fechado inalterado. PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO. (TJSP, Revisão Criminal nº 0026041-19.2014.8.26.0000, Relator(a): Cesar Mecchi Morales; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 2º Grupo de Direito Criminal; Data do julgamento: 24/05/2016; Data de registro: 25/05/2016)*
>
> *REVISÃO CRIMINAL – Roubo majorado – Pretensão de desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões – Inviabilidade – Matéria analisada nos dois graus de jurisdição – Condenação calcada no exame da prova – Hipótese que não se enquadra na previsão do art. 621, I, II e III, do CPP – Mera pretensão, aqui, de modificação do julgado, com manejo da ação revisional como se de nova apelação se tratasse – Impossibilidade – Cabimento de revisão apenas nas hipóteses taxativamente enumeradas e em que há evidente erro judiciário – Pedido não conhecido. (TJSP, Revisão Criminal nº 0034292-26.2014.8.26.0000, Relator(a): De Paula Santos; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: 7º Grupo de Direito Criminal; Data do julgamento: 12/05/2016; Data de registro: 16/05/2016)*
>
> *"Na Revisão Criminal o reexame da prova dos autos é vedado e não se insere no propósito assentado pelo legislador, de assegurar um remédio eficaz que assegure a revisão daqueles casos teratológicos que desembocam no erro judiciário" (TACrimSP, Revisão 322.476/4, 7º*

Acesso ao Sumário

Grupo de Câmaras, Rel. Rui Stoco, j. 23.06.98).

Sobre a natureza da ação revisional, ainda, ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI[2], que "*O objetivo da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando um juiz dá a uma prova uma interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto*".

E desse entendimento não diverge MIRABETE[3], para quem "*a revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão do julgado, caso contrário haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo legislador processual, porque haveria uma reapreciação da prova já examinada em primeiro grau ou até mesmo em segunda instância (RT 717/401)*".

Assim as coisas, e considerando a ausência de qualquer argumento do requerente quanto aos requisitos dos incisos I, II e III do artigo 621 do CPP – que de resto não afloram do exame do processado –, a ação não deve ser conhecida.

Nesse sentido a jurisprudência desta Colenda Corte Bandeirante:

Revisão criminal. Defensor Público nomeado que deixa de arrazoar o pedido revisional, por entender que a impetração de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça melhor atende aos anseios do sentenciado. Pedido revisional não conhecido. (RC 0209504-95.2013.8.26.0000, Rel. Sérgio Coelho, 5º Grupo de Direito Criminal, j. 27/11/2014, DJe 03/12/2014).

REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA REVALORAÇÃO DAS PROVAS – Para que a Revisão Criminal seja admitida, deverá estar fundamentada em alguma das hipóteses previstas no art.621, do CPP. (...) Revisão não conhecida. (RC 0044962- 94.2012.8.26.0000, Rel. Paulo Rossi, 6º Grupo de Direito Criminal, j. 17/04/2013, DJe 22/04/2013).

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. Ausência de comprovação de que a decisão condenatória se fundou em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos. Ausência de novas provas. Defensor Público que deixou de requerer pedido revisional. A simples reapreciação dos meios de prova, já antes sopesados mediante livre convencimento do Magistrado, não conduz à finalidade visada pela revisão criminal. Rol do disposto no artigo 621 do Código de Processo Penal taxativo. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. (RC 0260057-88.2009.8.26.0000, Rel. Machado de Andrade, 3º Grupo de Direito Criminal, j. 17/03/2011, DJe 22/03/2011).

2 *Código de Processo Penal Comentado*, 14ª ed. São Paulo: Ed. RT, págs. 1239/1240.

3 *Código de Processo Penal Interpretado*. 8ª ed. atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2001, pág. 1354.

Acesso ao Sumário

Revisão Criminal – Não conhecimento – Possibilidade – Defensor público que deixou de arrazoar o pedido por não vislumbrar a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal – Revisão não conhecida. (RC. 0189134-37.2009.8.26.0000, Rel. Pedro Menin, 8º Grupo de Direito Criminal, j. 25/05/2010, DJe 15/06/2010).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** a ação revisional proposta por PEDRO BARBOZA NETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0026485-81.2016.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é peticionário NELSON BARBOSA DA MOTTA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente revisão criminal para extinguir a punibilidade do peticionário Nelson Barbosa da Motta, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa, com fundamento no art. 107, IV, art. 109, V, art. 110 § 1º, art. 115, c.c. art. 117, I e IV, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.547)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 14 de setembro de 2017.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão criminal – Crime de furto qualificado pelo concurso de agentes – Alegações requerendo a extinção da punibilidade do peticionário pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa e a fixação da pena-base no mínimo legal, ou diminuir o *quantum* foi exasperada e a indenização em seu favor – Procedência – Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa – Lapso prescricional decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da r. sentença – Pedido

referente a dosimetria da pena prejudicado – Indenização afastada – Pedido formulado sem fundamentação – Peticionário que não apelou da r. sentença – Tribunal de Justiça reconheceria naquela oportunidade a ocorrência da prescrição – Desídia do peticionário que não pode ser transferida ao Estado.

VOTO

NELSON BARBOSA DA MOTTA foi condenado perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Amparo/SP (Proc. nº 022.01.2003.006819-1/0000000-000 – controle 241/2003 em apenso), ao cumprimento das penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias multa, no piso mínimo legal, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, como incurso no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. (fls. 156/162).

O réu manifestou renúncia ao direito de recorrer, (fls. 169), ocorrendo o trânsito em julgado da r. sentença, (fls. 189Vº).

Pretende, agora, o peticionário, a extinção da punibilidade do peticionário pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa e a fixação da pena-base no mínimo legal, ou a diminuição do *quantum* foi exasperada e a indenização em seu favor.

Requisitados e apensados os autos originais, a douta Procuradoria Geral de Justiça, (fls. 26/29), opina pelo conhecimento parcial da presente revisão criminal, para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa.

É o relatório.

Razão assiste a Defensoria no tocante a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade estatal.

Com efeito, é que, tendo sido de 02 (dois) anos de reclusão a pena privativa de liberdade aplicada, o lapso prescricional é de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, c.c. art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Observa-se, **in casu**, que o apelante possuía 18 (dezoito) anos na data do fato – (fls. 41). Em sendo assim, a prescrição é reduzida pela metade, quando o agente era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, conforme preceitua o art. 115 do Código Penal.

Destarte, o prazo prescricional é de 02 (dois) anos. E esse prazo decorreu *in albis*, pois entre a data do recebimento da denúncia – 13.12.2004 – (fls. 75), e a data da publicação da r. sentença – 28.11.2007 – (fls. 162Vº), ultrapassou-se o lapso temporal entre estes marcos interruptivos.

Acesso ao Sumário

Assim, é de se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, art. 109, V, art. 110, § 1º, art. 115, c.c. art. 117, I e IV, todos do Código Penal, prejudicando o exame do mérito.

Destarte, prejudicada a análise do requerimento defensivo referente à dosimetria da pena.

Por fim, não é caso de se fixar a indenização prevista no art. 630 do Código de Processo Penal, uma vez que isto constou de forma solta na petição de fls. 19/24, apenas no tópico referente ao pedido, sem qualquer comentário anterior a respeito de eventual prejuízo em que isso teria consistido. Ademais, é importante frisar que a prescrição poderia ser reconhecida anteriormente, caso o peticionário tivesse apelado da r. sentença. Em razão de sua omissão é que se deu o trânsito em julgado, não se mostrando viável agora transferir para o Estado a responsabilização de sua desídia.

Ante o exposto, por meu voto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente revisão criminal para extinguir a punibilidade do peticionário **Nelson Barbosa da Motta**, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa, com fundamento no art. 107, IV, art. 109, V, art. 110 § 1º, art. 115, c.c. art. 117, I e IV, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0037457-81.2014.8.26.0000, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que são peticionários EZEQUIEL ANTONIO DA SILVA e KARINA CORREA DE SOUZA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.893)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão Criminal – Decisão condenatória de 2º Grau que não contraria a evidência dos autos, não se lastra em prova falsa, nem tampouco foi sucedida

por novos elementos de convicção, atestando inocência do condenado ou existência de situação que diminua a pena – Situação que não se enquadra nas hipóteses do art. 621, incisos I, II e III, do CPP – Exame do pedido revisional indeferido.

A Revisão Criminal consiste em ação autônoma, a ser intentada sempre em favor daquele que foi condenado ou absolvido impropriamente, por sentença ou por acórdão já transitados em julgado, e que é admissível apenas nas hipóteses expressamente relacionadas no art. 621 do CPP: I – condenação contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – condenação fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – descoberta, após a decisão, de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de sua pena.

Não se fazendo presente qualquer delas, não há como admiti-la, pois a Revisão Criminal não pode prestar-se à função de "segunda apelação" ou "terceira instância", na qual se procederia ao reexame do acervo probatório.

VOTO

Vistos,

EZEQUIEL ANTONIO DA SILVA e KARINA CORREA DE SOUZA ajuízam, por intermédio da Defensoria Pública, a presente Revisão Criminal do processo-crime nº 0003300-34.2010, da 3ª Vara Judicial da Comarca de Paraguaçu Paulista, no qual o acusado foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06, às penas 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, bem como absolvido da imputação do delito previsto no art. 35 da mesma norma, com base no art. 386, VI, do CPP. A acusada, a seu turno, foi absolvida das imputações do art. 33 e do art. 35, c.c. o art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/06, com base no art. 386, VI, do CPP (fls. 200/206 do apenso).

A acusação apelou da referida sentença, requerendo a condenação dos acusados nos termos da denúncia e a majoração das reprimendas (fls. 216/226 do apenso). A Defesa do acusado também interpôs recurso, pretendendo

Acesso ao Sumário

nulidade por suposto cerceamento à defesa, bem como sua absolvição, alegando fragilidade do conjunto probatório colhido para a condenação (fls. 259/266 do apenso).

A 10ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitou a preliminar suscitada e, no mérito, negou provimento no apelo Defensivo, bem como deu parcial provimento ao recurso da Acusação, para condenar o réu Ezequiel Antonio da Silva a também cumprir as penas de 04 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 952 dias-multa, pela prática do crime de associação para o tráfico, e, ainda, para condenar a ré Karina Correa de Souza a cumprir as penas de 05 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, pelo crime de tráfico de entorpecentes, e de 03 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 816 dias-multa pelo delito de associação para o tráfico. Foram dado como incursos no art. 33 e no art. 35, c.c. o art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/06 (fls. 302/314 do apenso). O respectivo Acórdão transitou oportunamente em julgado (fls. 316 e 322 do apenso).

Irresignados, buscam novamente, agora pela via revisional, suas absolvições, argumentando, ainda aqui, com a fragilidade do conjunto probatório colhido, bem como alegando ser caso de aplicação do princípio da insignificância. É feita menção, ainda, à existência de prova nova, tendo-se encartado relato de testemunha não ouvida em juízo, que prestou depoimento em ação cautelar de justificação criminal (fls. 43/49 e 51/63).

Apensados os autos da ação penal, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da presente revisão criminal ou, se conhecida, pelo seu indeferimento.

É o Relatório.

A presente revisão não comporta acolhimento.

Segundo restou comprovado, o casal Karina e Ezequiel Antonio, após terem se associado com o adolescente "J. F. dos S.", para o fim de comercializar entorpecentes, guardavam e tinham em depósito 0,3 gramas de cocaína, sob a forma de duas porções.

Conforme narrado na exordial, os peticionários entregavam entorpecentes ao adolescente, a fim de que ele guardasse os "produtos" em sua residência. Quando precisavam comercializar as substâncias estupefacientes, iam até a casa da família do menor e com ele pegavam os tóxicos lá guardados.

Na data dos fatos, Karina foi até a casa do adolescente para pegar as porções de cocaína que estavam sob os cuidados do menor. Enquanto ele pegava os tóxicos, contudo, os genitores de J. F. dos S. flagraram a ação, tendo tomado para si os entorpecentes e impedido a entrega das porções a Karina.

Com o petitório de fls. 43/49, os requerentes almejam novo exame do

Acesso ao Sumário

acervo probatório, que reputam insuficiente para embasar decreto condenatório.

A Revisão Criminal – cujas hipóteses de cabimento vêm expressas no art. 621 do CPP – não pode, com efeito, data vênia dos doutos entendimentos contrários, funcionar como uma segunda apelação ou, ainda, uma "Terceira Instância".[1]

É certo que se tem admitido, com maior amplitude, o conhecimento de revisionais nas situações em que a r. sentença monocrática não tenha sido analisada pela via recursal adequada.

Não é o que se verifica no caso vertente, uma vez que o r. *decisum* foi submetido ao crivo do Segundo Grau de Jurisdição.

Tanto é assim, que todo o conjunto probante foi efetivamente reexaminado pela Colenda 10ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no V. Acórdão de fls. 302/314 (apenso), conduzido pelo voto da Eminente Relatora Rachid Vaz de Almeida, que bem apreciou o acervo existente, e concluiu no sentido da reforma da sentença de primeiro grau, nos termos narrados no relatório.

Cabe, ainda, salientar que somente

> [...] é contrária à evidência dos autos a sentença que não se apoia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase da revisão, depois de longa aferição dos elementos probatórios de, muitas vezes, duas instâncias, não autoriza a revisão em face do nosso sistema processual.[2]

Analisando-se o V. Acórdão revidendo é possível constar, já *prima facie*, não padecer ele de aludido vício.

O quadro probatório produzido durante a instrução criminal é, pelo contrário, extremamente robusto. A materialidade delitiva restou, com efeito, plenamente demonstrada, consoante os autos de fls. 04 e os laudos de fls. 11/12 e 14/ 15 (todos do apenso); a prova oral colhida na instrução criminal (fls. 134/145), que conta com depoimentos de carcereiro, de investigador de polícia e dos pais do adolescente infrator, nos termos acima narrados, mostrou-se, outrossim, apta não apenas para comprovar a ocorrência do evento delituoso e sua dinâmica, tal qual reconhecidas no Acórdão atacado, como a vincular os peticionários à autoria delitiva. Resta, assim, impossível acolher-se a pretendida absolvição, tanto mais em âmbito revisional, no qual há inversão do ônus da prova.

1 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão Criminal nº 279.296/5 (Ação Penal nº 684/87), Taboão da Serra. Peticionário: Gilmar Trindade de Sousa. Relator: Juiz Xavier de Aquino. 6º Grupo de Câmaras. São Paulo, 04 de março de 1996.

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2007, 18. Ed. p. 705.

Acesso ao Sumário

Nesse ponto, cumpre destacar que o depoimento do adolescente infrator "J. F. dos S.", juntado aos autos após ação cautelar de justificação criminal não consubstancia nova prova apta a atestar a inocência, mediante a revisão do processo findo, nos termos do art. 621, III, do CPP.

Cumpre observar primeiramente que era plenamente possível à Defesa ter, de fato, arrolado o adolescente como testemunha; porém assim não procedeu, por sua própria escolha, até o término da instrução processual (fls. 135).

Não cabe agora, na via revisional, após inércia da Defesa nesse sentido durante o processo de origem, pretender que o relato do adolescente simplesmente invalide todas as demais provas colhidas e reconhecidas, em duplo grau de jurisdição, que foram reputadas mais do que suficientes à condenação dos peticionários.

É certo que as novas declarações do infrator passam a mencionar que o entorpecente com ele encontrado não pertenceria efetivamente dos peticionários. Falta evidentemente, contudo, isenção ao menor (que atualmente encontra-se preso), cuja opção, ao ser ouvido durante o inquérito policial, foi a de simplesmente permanecer silente sobre os fatos – fls. 47.

Quanto à incidência do princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela (não argumentada em momento algum no processo de origem), aduzida pela combativa Defesa, verifica-se não ser o caso de sua aplicação.

Mencionado princípio da insignificância traduz a ideia de não dever o Direito Penal ocupar-se de condutas que não importem em lesão minimamente significativa, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Eventual aplicação do princípio da insignificância acarretará a exclusão ou o afastamento da própria tipicidade penal, sendo necessária a seu reconhecimento a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Acesso ao Sumário

Destaque-se que, no caso em apreço, a apreensão, ainda que a quantidade de entorpecente seja pequena, versa cocaína. Houve, ademais, não apenas tráfico de entorpecentes envolvendo adolescente, como também com ele foi estabelecida associação para comércio de tóxicos. A conduta praticada pelos peticionários obviamente corresponde, portanto, a um comportamento reprovável, que revela evidente periculosidade social.

Não se vislumbra, com efeito, a existência de amparo legal para, na via especialíssima da Revisão Criminal, proceder à substituição dos critérios adotados pelo MM. Juízo Monocrático, e posteriormente alterados em parte pela Colenda Turma Julgadora, por outros que sejam eventualmente do agrado

dos Dignos componentes deste Colendo Quarto Grupo de Câmaras.

Por oportuno, confira-se:

> O conhecimento de revisões criminais fora das estritas hipóteses definidas na Lei Instrumentária Penal, além de afrontar a própria Lei em vigor, se constitui num injustificável estímulo à intenção de pedidos manifestamente descabidos, na maior parte das vezes, meras reiterações de teses já avaliadas, debatidas e esgotadas em dois graus de jurisdição.[3]

A dosimetria das penas, que sequer foi questionada em sede revisional, deu, por sua vez, integral atendimento ao sistema trifásico; o cálculo, como um todo, não merece, assim, qualquer reparo.

A) Ezequiel Antônio:

a) Tráfico de entorpecentes (penas fixadas na sentença e mantidas no Ven. Acórdão):

Entendendo-se desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, diante dos maus antecedentes por ele ostentados, a pena- base foi fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e 538 dias-multa (o que equivale ao mínimo legal, acrescido de 1/6).

Inaplicáveis circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permaneceram no mesmo patamar.

Ausentes causas de diminuição, as sanções foram elevadas de 1/6, em razão da incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, restando finalizadas em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

b) Associação para o tráfico (penas fixadas no Ven. Acórdão):

Entendendo-se desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, diante dos maus antecedentes por ele ostentados, a pena- base foi fixada em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa (o que equivale ao mínimo legal, acrescido de 1/6).

Inaplicáveis circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permaneceram no mesmo patamar.

Ausentes causas de diminuição, as sanções foram elevadas de 1/6, em razão da incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, restando finalizadas em 04 anos e 01 mês de reclusão e 952 dias-multa.

Reconhecido o concurso material entre os delitos, as reprimendas foram somadas, resultando em 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 1.632 dias-multa.

3 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão nº 259.778/1. São Paulo. Peticionário: Ivan de Lima Oliveira. Relator: Juiz Silva Rico. 8º Grupo de Câmaras. São Paulo, 18 de agosto de 1994. **Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 23, julho, agosto e setembro de1994 p. 492.

Acesso ao Sumário

B) Karina Correa de Souza:

a) Tráfico de entorpecentes (penas fixadas no Ven. Acórdão):

Entendendo-se favoráveis à ré as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias- multa.

Inaplicáveis circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permaneceram no mesmo patamar.

Ausentes causas de diminuição, as sanções foram elevadas de 1/6, em razão da incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, restando finalizadas em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

b) Associação para o tráfico (penas fixadas no Ven. Acórdão):

Entendendo-se favoráveis à ré as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 03 anos de reclusão e 700 dias- multa.

Inaplicáveis circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permaneceram no mesmo patamar.

Ausentes causas de diminuição, as sanções foram elevadas de 1/6, em razão da incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, restando finalizadas em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Reconhecido o concurso material entre os delitos, as reprimendas foram somadas, resultando em 09 anos e 04 meses de reclusão e 1.400 dias-multa.

Em sede de Revisão Criminal, ademais, somente se procede à alteração da pena, nas hipóteses em que se constatam flagrante erro de técnica ou clamorosa injustiça.

A propósito:

> A redução de pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever os critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão *contra legem*, autoriza redução da pena em sede revisional.[4]

Fica, por fim, mantido o regime inicial fechado, adequadamente fixado para ambos os peticionários.

Ante o exposto, indefere-se o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

4 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão nº 186.650/3, Cubatão. Relator: Juiz Marrey Neto. São Paulo, 07 de fevereiro de 1990. **Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 06, p. 250.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2228721-56.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO e PREFEITO MUNICIPAL DE CUBATÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "MANTIVERAM O V. ACÓRDÃO DE FLS. 305/312. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.761)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.599, 19 de agosto de 2013, do Município de Cubatão, que "permite ao Instituto de Educação e Cultura Unimonte S.A. o uso precário de bem imóvel do patrimônio municipal e dá outras providências" – Acórdão deste Colendo Órgão Especial que não conheceu do mérito (carência de ação) ao fundamento de se tratar de lei de efeitos concretos, insuscetível de controle abstrato de constitucionalidade – Interposição de Recurso Extraordinário sobrestado (artigo 1.036, do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil) – Juízo de adequação (artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil) – Julgamento do mérito do ARE-RG 878.911, repercussão geral tema 917 do Colendo Supremo Tribunal Federal – Hipótese que não guarda identidade com o julgamento da Suprema Corte, porquanto o acórdão não adentrou no exame da inconstitucionalidade da norma impugnada – AI-QO-RG 791.292, repercussão geral tema 339 do Colendo Supremo Tribunal Federal – "Reafirmada a jurisprudência da Corte a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem estabelecer, todavia, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas".

Acórdão mantido.

VOTO

1. Trata-se de processo encaminhado em cumprimento ao comando disposto no artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, para fins de manutenção ou adequação de Acórdão proferido por este Colendo Órgão Especial.

É o relatório.

2. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 3.599, de 19 de agosto de 2013, do Município de Cubatão, que "permite ao Instituto de Educação e Cultura Unimonte S.A. o uso precário de bem imóvel do patrimônio municipal e dá outras providências."

Acórdão deste Colendo Órgão Especial, relatado pelo eminente Desembargador Antonio Carlos Villen, indeferindo o requerimento do Município de Cubatão e não conhecendo da ação (fl. 305/312).

Acesso ao Sumário

De antemão, permito-me pequena digressão acerca da temática de fundo, a fim de que seja possível a fiel compreensão do arrimo do pedido.

Como consabido é, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto, posto que referida ação é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, isto é, dotadas de generalidade, o que exclui as que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto. No controle abstrato de normas visa-se apenas a uma finalidade, qual seja, a tutela da ordem constitucional, sem quaisquer vinculações a situações jurídicas de caráter individual ou concreto.

A propósito, observa Zeno Veloso[1]:

"Somente atos do Poder Público, com características de generalidade e abstração, podem ser submetidos à fiscalização de constitucionalidade, através de ação direta. '(...) A jurisprudência do STF não considera possível este controle, igualmente, sobre leis de efeito concreto ou atos individuais e concretos, sem caráter de generalidade. Leis no sentido apenas formal, mas cujo conteúdo encerre preceito que tem objeto determinado e destinatários certos ('leis casuísticas'), não se prestam ao controle abstrato de normas. Ao julgar a ADIN nº 767-AM, o Supremo Tribunal decidiu que a lei impugnada representava ato administrativo concreto, sob forma de lei, inexistindo os aspectos de abstração e generalidade que caracterizam o objeto idôneo da ação direta (RTJ, 146/483). No julgamento da ADIn nº 647-DF (Medida Liminar), o Relator, Ministro Moreira Alves, expôs a doutrina que tem sido seguida pelo Excelso Pretório: 'A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas *in abstrato*. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato' (RTJ, 140/41)."

O entendimento acima é reforçado por Alexandre de Moraes, ao salientar que **"atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito"** (*in* Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 9. ed., 2001, p. 584).

Cumpre ressaltar, ainda, os ensinamentos de Clemerson Merlin Clève a respeito do caráter objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade: **"(...) A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo (o que pode ocorrer, não obstante, de modo indireto e reflexo). A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação"** (*in* "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 142-143).

Acesso ao Sumário

1 VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: CEJUP, 1999, pp. 112-113.

Também Luís Roberto Barroso enfatiza: **"A norma impugnada por ação direta tem de ser dotada dos atributos de generalidade e abstração. Por vezes, sob a roupagem formal de uma lei, são editadas medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos. Esses atos de efeitos concretos, despojados de coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata, não são passíveis de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade"** (*in* "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158).

Sobre a matéria, cabe precisar a distinção entre normas gerais e normas de efeitos concretos ou de caráter individual, na reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence:

> **"É expressiva dessa orientação jurisprudencial a decisão que não conheceu da ADI n. 2.100, 17.12.1999, Jobim, DJ 1.6.2001: 'Constitucional – Lei de Diretrizes Orçamentárias – Vinculação de percentuais a programas – Previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados do orçamento anterior no novo – Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata – Ação não conhecida'.**
>
> **"A contraposição, no precedente, da disposição legal de efeitos concretos à regra geral e abstrata amolda-se à distinção, na obra póstuma de Hans Kelsen, entre a norma de caráter individual – quando se torna individualmente obrigatória uma conduta única – e a norma de caráter geral – na qual 'uma certa conduta é universalmente posta como devida' (Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, trad. de G. Florentino Duarte, Fabris Editor, 1986, p. 11). 'O caráter individual de uma norma' – explica o Mestre da Escola de Viena – 'não depende se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas a certas pessoas de modo geral. Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada, não apenas uma conduta única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa pessoa estabelecida em geral. Assim quando, por exemplo, por uma norma moral válida – ordem dirigida a seus filhos –, um pai autorizado ordena a seu filho Paul ir à Igreja todos os domingos ou não mentir. Essas normas gerais são estabelecidas pela autoridade autorizada pela norma moral válida; para os destinatários das normas, são normas obrigatórias, se bem que elas apenas sejam dirigidas a uma pessoa individualmente determinada. Se pela autoridade para tanto autorizada por uma**

Acesso ao Sumário

norma moral válida é dirigido um mandamento a uma maioria de sujeitos individualmente determinados e apenas é imposta uma certa conduta individualmente – como, porventura, no fato de um pai que ordenou a seus filhos Paul, Jugo e Friedrich felicitarem seu professor Mayer pelo 50º aniversário –, então, há tantas normas individuais quantos os destinatários da norma. O que é devido numa norma – ou ordenado num imperativo – é uma conduta definida. Esta pode ser uma conduta única, individualmente certa, conduta de uma ou de várias pessoas individualmente; pode, por sua vez, de antemão, ser um número indeterminado de ações ou omissões de uma pessoa individualmente certa ou de uma determinada categoria de pessoas. Esta é a decisiva distinção'." (ADI 2.535-MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 21.11.2003).

De mais a mais, **"os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – lei casuística – de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações.[2]"** (ADI-MC 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008).

Feitas essas breves considerações, *in casu*, com todas as vênias ao entendimento do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes (fl. 395), não se vislumbra aplicação do tema 917 da sistemática da repercussão geral (ARE-RG 878.911, DJe 11.10.2016), que reafirmou a jurisprudência da Suprema Corte **"no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, a, c e e, da Constituição Federal)"**, porquanto o acórdão deste Colendo Órgão Especial não conheceu do mérito (carência de ação) da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei nº 3.599, de 19 de agosto de 2013, do Município de Cubatão, ao fundamento de que o dispositivo impugnado não pode ser objeto de controle pela via concentrada da ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de lei de efeitos concretos.

Dessa forma, a Colenda Corte Especial deste Eg. Tribunal de Justiça não adentrou no exame da inconstitucionalidade da norma impugnada, azo pelo qual não se aplica, na espécie, o julgamento do C. Supremo Tribunal Federal (ARE nº 878.911, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.10.2016).

De outro lado, o Colendo Supremo Tribunal Federal, no tema de repercussão geral 339 (AI-QO-RG 791.292, DJe 13.8.2010), reafirmou **"a jurisprudência**

Acesso ao Sumário

2 Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", 5. ed., Coimbra, 1992, p. 625-6; Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 78.

da Corte a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem estabelecer, todavia, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas", que igualmente pertine ao mérito, pois o que se reclama de ausência de análise no Recurso Extraordinário é a matéria de mérito, razão pela qual não há falar em adequação do julgado.

Conclui-se, portanto, que o Acórdão de fl. 305/312 não comporta adequação, devendo ser mantido nos termos do artigo 1.041, do Código de Processo Civil.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, mantenho o Acórdão de fl. 305/312, nos termos suso alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2084656-60.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUATAPARÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUATAPARÁ.

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 47.493OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 816, de 3 de maio de 2017, do Município de Guatapará, que 'autoriza o executivo municipal a implantar no sistema

Acesso ao Sumário

educacional a inclusão, nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, em seus níveis infantil, fundamental e médio, do ensino da língua brasileira de sinais – LIBRAS, como parte integrante dos parâmetros curriculares nacionais – PCNs, e dá outras providências'.

Preliminar – Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município – Inadmissibilidade – Ausência de parametricidade.

Mérito – Tema relacionado a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência – Art. 24, XIV da CF/88 – Competência normativa da União para estabelecer regras gerais – Ausência de singularidade no texto da norma a justificar a regulação da matéria no âmbito do Município – Violação de regra de repartição constitucional de competência legislativa e, por consequência, do princípio federativo de que trata o art. 144 da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente."

VOTO

O Prefeito do Município de Guatapará ajuizou ação direta, objetivando a declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 816, de 3 de maio de 2017, que "autoriza o executivo municipal a implantar no sistema educacional a inclusão, nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, em seus níveis infantil, fundamental e médio, do ensino da língua brasileira de sinais – LIBRAS, como parte integrante dos parâmetros curriculares nacionais – PCNs, e dá outras providências".

Argumenta o autor que o ato afronta a ordem constitucional, pois editado com vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos poderes, tendo o legislativo disposto sobre matéria inerente à Administração Pública e típica do Poder Executivo. Aduz, ainda, que o projeto cria despesa pública não prevista em lei. Na ótica do requerente, o ato viola os arts. 5º e 25 da CE/89 e o art. 72, da LOM de Guatapará.

A liminar foi deferida, fls. 208/209.

A Câmara Municipal, representada por seu Presidente, além de defender a validade da norma, em suas informações nega violação ao art. 25 da CE/89 e afirma sua conformidade com o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que recepcionou como emenda constitucional a Convenção Internacional sobre os

Acesso ao Sumário

Direitos das Pessoas com Deficiência, fls. 221/231.

Instado a se manifestar para os fins do art. 90, § 2º, da CE/89, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local, fls. 234/235.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, para declarar inconstitucional a Lei Municipal nº 816, de 3 de maio de 2017, do Município de Guatapará, fls. 237/244.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Guatapará em face de ato normativo editado pela Câmara de Vereadores, que autoriza o Poder Executivo a incluir o ensino da Língua Brasileira de Sinais, nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, editado na forma da Lei nº 816, de 3 de maio de 2017, argumentando o requerente que a lei viola o princípio constitucional da separação dos poderes, porque o Legislativo dispôs sobre matéria inerente à Administração Pública e típica do Poder Executivo, além de criar despesa pública não prevista em lei. Em sua ótica, a norma afronta os arts. 5º e 25 da CE/89 e o art. 72 da Lei Orgânica do Município de Guatapará.

Eis o texto da norma atacada:

"Art. 1º – Nos termos da Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002, fica reconhecida em nosso município, como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais – Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constitui um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Art. 2º – Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais – Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil.

Art. 3º – As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.

Art. 4º – O sistema educacional municipal deve garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis infantil, fundamental e médio, do ensino da Língua Brasileira de Sinais – Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais –

Acesso ao Sumário

PCNs, conforme legislação vigente.

Parágrafo único. A Língua Brasileira de Sinais – Libras não poderá substituir a modalidade escrita da língua portuguesa.

Art. 5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.".

De início, afasta-se análise de violação ao art. 72 da Lei Orgânica do Município e a dispositivos da Constituição Federal que não sejam de observância obrigatória pelos Estados e Municípios ou que não foram reproduzidos pela Constituição Estadual, pois apenas a Constituição Estadual deve ser parâmetro de controle abstrato de normas, art. 125, § 2º, CF/88. Também a contrariedade reflexa ou indireta ao texto da constituição não podem ser aferidas por via principal.

No mais, em sede de ação direta, por vigorar o princípio da causa de pedir aberta, o Tribunal não fica preso aos fundamentos jurídicos lançados na inicial, podendo reconhecer a inconstitucionalidade da norma por fundamento não apontado expressamente. Como se verá, porque o assunto foge à competência legislativa do Município, já que compete à União legislar sobre normas gerais de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, o ato normativo viola o pacto federativo, devendo, por isso, reconhecer sua inconstitucionalidade.

Dispõe o art. 24, XIV, e seu parágrafo 1º:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.".

No modelo de federação adotado no Brasil, a Constituição Federal atribuiu às pessoas políticas de Direito Público Interno parcelas de poder de modo a permitir-lhes a auto-organização político-administrativa, ao exercer as competências administrativa, legislativa e tributária inerentes a cada ente federado.

"A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se

preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar." (José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 33ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 479).

Cotejando o texto da lei municipal com os preceitos da CF/88 utilizados como parâmetro de constitucionalidade, verifica-se a ocorrência de usurpação de competência legislativa da União Federal, pelo Município de Guatapará, na medida em que a norma contrariou o conceito de Federação, mais precisamente os princípios que regem a matéria da repartição constitucional de competências. A pretexto de regulamentar o ensino da Língua Brasileira de Sinais – Libras, para garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva no âmbito do município, o legislador local imiscuiu em matéria normativa referente a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, tema para o qual ao Município compete apenas suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, art. 30, I e II, da CF/88. E no caso da norma em análise, não há singularidade em seu texto a justificar a regulação da matéria no Município.

De outra banda, já existe um complexo normativo federal que dispôs sobre a Língua Brasileira de Sinais e sobre normas gerais para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 e Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.

Aliás, o legislador do Município de Guatapará utilizou a mesma redação da Lei Federal nº 10.436/02 para editar a norma ora impugnada, fazendo alterações pontuais no seu texto, apenas para adaptar sua aplicação em seu território. Para fins de comparação, segue abaixo o texto da lei mencionada:

"Art. 1º. É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais – Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Art. 2º. Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais – Libras como meio de comunicação

Acesso ao Sumário

objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil.

Art. 3º. As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.

Art. 4º. O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais – Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais – PCNs, conforme legislação vigente.

Parágrafo único. A Língua Brasileira de Sinais – Libras não poderá substituir a modalidade escrita da língua portuguesa.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Dessa forma, ao autorizar o Poder Executivo a implantar o ensino da Língua Brasileira de Sinais, o Município dispôs sobre proteção e integração das pessoas com deficiência, invadindo competência legislativa da União, sendo patente a ocorrência de vício formal, já que, como ficou demonstrado, ao ente federal compete estabelecer normas gerais sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. Por isso a Lei nº 816/17 desrespeitou a repartição de competência prevista pela Constituição Federal e violou o princípio federativo.

Este Órgão Colegiado já decidiu caso análogo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 534, de 02 de outubro de 2013, do Município de Jundiaí, que 'regula promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida' – Disposições que já haviam sido objeto de tratamento em legislação federal e estadual – Usurpação de competência legislativa concorrente da União e do Estado para legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (artigo 24, inciso XIV, da Constituição Federal) – Afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante) – Lei municipal de iniciativa parlamentar que estabelece obrigações e impõe tarefas típicas de administração ao Poder Executivo – Inconstitucionalidade – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV, e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2171562-87.2016.8.26.0000, rel. des. Ricardo Anafe, j. em 7-12-2016).

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do eminente Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico, dr. Nilo Spinola Salgado Filho, cuja ementa tem o seguinte teor:

Acesso ao Sumário

"Constitucional. Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 816, de 03 de maio de 2017, de iniciativa parlamentar, Município de Guatapará, que 'autoriza o executivo municipal a implantar no sistema especial a inclusão, nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, em seus níveis infantis, fundamental e médio, do ensino da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, como parte integrante dos parâmetros curriculares nacionais – PCNS'. Inconstitucionalidade formal. Competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislar sobre normas de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. (Art. 24, XIV, da CF). Ausência de interesse local a justificar a normatização municipal da matéria (Art. 30, I e II, da CF). Invasão de competência da União para legislar sobre normas gerais. Processo objetivo. Causa de pedir aberta. 1. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial. 2. A definição de formas de inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência, principalmente quando atinentes ao uso da linguagem de sinais, é objeto da competência normativa geral da União. 3. Procedência do pedido.

Portanto, a iniciativa da Câmara Municipal viola o princípio federativo, por invadir competência legislativa da União, art. 144, da CE/89 e art. 24, XIV, da CF/88, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a Lei nº 816, de 3 de maio de 2017, do Município de Guatapará, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 816, de 3 de maio de 2017, do Município de Guatapará.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2117789-93.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPETININGA e PREFEITO MUNICIPAL DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.865)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA

SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 184 a 187, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, na redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015, do Município de Itapetininga – Servidor público – Vantagens pecuniárias – Cargos de provimento em comissão – Gratificação de representação – Ofensa aos princípios da separação de Poderes e legalidade – Violação à reserva de lei – Cargos de provimento efetivo – Adicional de nível universitário – Vantagem concedida a servidores cuja graduação é condição *sine qua non* para investidura no cargo público – Não atendimento ao interesse público e às exigências do serviço – Vedação constitucional – Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 111, e 128, da Constituição Estadual.

Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar.

Pedido procedente, com observação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 184 a 187, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, na redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015, do Município de Itapetininga, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Itapetininga, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, 111 e 128, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que a normativa em foco contrasta com a separação de Poderes e a exigência da reserva de lei para instituição da remuneração. Sustenta, ainda,

Acesso ao Sumário

que os dispositivos impugnados tratam de vantagem pecuniária que não se afina aos princípios explicitados no artigo 111 da Constituição do Estado e não atende efetivamente o interesse público e às exigências do serviço, tal como exige o artigo 128 da Carta Bandeirante. Acrescenta que, não bastasse a lei não estabelecer seu valor nem parâmetros para tanto, delega essa tarefa a ato administrativo do Chefe do Poder Executivo ou de seus auxiliares diretos, o que permite a adoção de critérios incompatíveis com os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 184 a 187, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, na redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015, do Município de Itapetininga.

A liminar foi deferida (fl. 293/300).

O Presidente da Câmara Municipal de Itapetininga, notificado, prestou informações a fl. 348/351, bem como a Prefeita do Município a fl. 388/389.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa dos dispositivos impugnados (fl. 374/375).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 380/385, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, do Município de Itapetininga, dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Itapetininga, e no tocante às vantagens pecuniárias de gratificação a título de representação e adicional de nível universitário estabelece:

> **"Art. 184. A gratificação a título de representação será arbitrada pela autoridade competente, e poderá ser concedida mensalmente ao funcionário titular de cargo de provimento em comissão.**
>
> **Art. 185. A gratificação de representação será arbitrada pelo Prefeito Municipal ou Secretário Municipal no âmbito da Administração direta e indireta, e concedida mediante Portaria ou Resolução.**
>
> **Art. 186. O funcionário titular de cargo de provimento efetivo para cujo ingresso ou exercício seja exigido, pela legislação municipal ou federal, diploma de curso de nível superior, terá direito a perceber um adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o seu vencimento base, a título de adicional de nível universitário.**
>
> **§ 1º. O disposto neste artigo não se aplica aos servidores que tenham estatuto próprio.**
>
> **§ 2º. O adicional a que se refere este artigo se incorpora automaticamente ao patrimônio do funcionário municipal, para**

Acesso ao Sumário

todos os efeitos.

Art. 187. Ao funcionário portador de diploma de curso de nível superior, titular de cargo efetivo que não exige essa escolaridade, poderá ser concedido um adicional de até 10% (dez por cento) sobre o seu vencimento base, desde que as atribuições de seu cargo estejam relacionadas com a formação universitária, contribuindo, em tese, para a eficiência do serviço público, conforme estabelecido em regulamento.

§ 1º. O disposto neste artigo não se aplica aos servidores que tenham estatuto próprio.

§ 2º. A concessão do adicional, por ato do Prefeito, do Secretário Municipal, ou de dirigente de autarquias e fundações, dependerá de requerimento do funcionário e da comprovação dos requisitos mencionados no *caput*, em processo administrativo regular."

Por sua vez, o artigo 187 da Lei Complementar nº 26/08 recebeu nova redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015:

"Art. 1º O artigo 187 da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 187. Ao funcionário portador de diploma de curso de nível superior, titular de cargo efetivo que não exige essa escolaridade, será concedido um adicional de até 10% (dez por cento) sobre o seu vencimento base, desde que as atribuições de seu cargo estejam relacionadas com a formação universitária, contribuindo, em tese, para a eficiência do serviço público.

§ 1º. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos servidores que tenham estatuto próprio.

§ 2º. A concessão do adicional referido no *caput* se dará por ato do Prefeito, do Secretário Municipal, ou de dirigente de autarquias e fundações, dependerá de requerimento do funcionário e da comprovação dos requisitos mencionados no *caput*, em processo administrativo regular.

§ 3º O adicional a que se refere o *caput* deste artigo se incorporará automaticamente ao patrimônio do funcionário Municipal, para todos os efeitos.' (NR)

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação."

Como se vê, os artigos 184 e 185, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, instituem gratificação de representação ao servidor público investido em cargo de provimento em comissão sem indicação de seu valor e parâmetro para tanto, de modo que sua atribuição decorre de arbitramento, em ato administrativo (portaria ou resolução), do Prefeito Municipal ou Secretário

Acesso ao Sumário

Municipal.

Ora, à remuneração dos servidores aplica-se o princípio constitucional da reserva de lei, de modo que a fixação e graduação do valor da gratificação conferida à discricionariedade da autoridade viola o princípio da legalidade.

Cumpre esclarecer que gratificações, para Diógenes Gasparini, são **"vantagens de ordem pecuniária outorgadas aos servidores públicos que desempenham serviços comuns em condições incomuns ou anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, ou concedidas a título de ajuda em face de certos encargos pessoais" (...) "São acréscimos remuneratórios que se justificam nos fatos e situações de interesse da Administração Pública e do servidor"** (*in* "Direito Administrativo", Saraiva, 13. ed., p. 232/233).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto refere-se às gratificações como um dos dois tipos de vantagens (o outro seriam os adicionais), subdividindo-as em **"gratificações de serviço, para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, e gratificações pessoais, concedidas para atender os servidores que estão em situações individuais especiais, assim por lei consideradas."** (*in* "Curso de Direito Administrativo", Ed. Forense, 12. ed., p. 307).

Na espécie, a norma não fixou critérios objetivos ou fundamentos para a concessão da gratificação; mas o fez de modo genérico, sem descrever ou justificar a adoção do benefício, com o intuito de beneficiar servidor ou grupo de servidores (comissionados), a fim de lhes majorar a remuneração, em clara ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, previstos no artigo 111, da Constituição Bandeirante.

De outro lado, importante ressaltar que se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação.

Com efeito, a Constituição Bandeirante condiciona a criação de vantagens pecuniárias à observância ao efetivo atendimento ao interesse público e as exigências do serviço (CF. artigo 128).

A seu turno, o artigo 186 da Lei Complementar nº 26/2008 concede adicional de nível universitário ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo e cuja investidura depende de diploma de curso superior, e o artigo 187 estende idêntico adicional ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo, desde que portador de diploma de curso superior e haja correlação entre as atribuições do cargo e a formação universitária, com margem de liberdade para fixação de seu valor ("poderá ser concedido um adicional de até 10% (dez por cento) sobre o seu vencimento base") (Cf. Lei Complementar nº 106/2015).

Nessa quadra, para determinados cargos, a escolaridade de nível superior

é condição inerente ao seu provimento e exercício, de tal arte que a instituição do adicional de nível universitário a qualquer servidor pelo simples fato de possuir qualificação que é da própria natureza do cargo que ocupa, não atende efetivamente ao interesse público.

De mais a mais, da forma como concebido pelo ato normativo impugnado, o adicional de nível universitário não se justifica por não trazer nenhum benefício à atividade administrativa, e como bem anotou o d. Subprocurador-Geral de Justiça, a lei permite "a escolha aleatória de percentual dentro dos limites máximo e mínimo, subvertendo a separação de poderes e a imprescindibilidade da reserva legal e favorecendo à percolação na sua atribuição da adoção de critérios desigualitários, pessoais, secretos, subjetivos, imorais (arts. 5º, 24, § 2º, 1, e 111, CE/89)" (fl. 384).

A propósito, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCISO IV DO ARTIGO 91, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL DE TAUBATÉ/SP, QUE INSTITUI AOS SERVIDORES MUNICIPAIS "GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO CORRESPONDENTE A QUARENTA POR CENTO DOS VENCIMENTOS PARA OS CARGOS E EMPREGOS QUE EXIJAM A FORMAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO, E QUE TENHA O SERVIDOR ESSA FORMAÇÃO" – VIOLAÇÃO AOS PARÂMETROS INSCULPIDOS NO ART. 128, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA, PARA FIXAÇÃO DE VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA A SERVIDOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO – GRATIFICAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO POR TITULAÇÃO EM ENSINO SUPERIOR DIRECIONADA APENAS AOS CARGOS CUJO PROVIMENTO EXIGE, JUSTAMENTE, O PREENCHIMENTO DESTE REQUISITO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA, EXPRESSOS NO ARTIGO 111 DA CARTA BANDEIRANTE – IRREPETIBILIDADE DAS PARCELAS PAGAS ATÉ A DATA DESTE JULGAMENTO – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E SEGURANÇA JURÍDICA – PEDIDO INICIAL PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÕES." (ADI nº 2021354-57.2017.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 7/6/2017).

"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 67 da Lei Complementar n. 4.314, de 03 de fevereiro de 2016 e, por arrastamento, art. 59 da Lei 2.924, de 19 de dezembro de 1997, ambas do Município de Taquaritinga (o primeiro, ao dispor sobre a incorporação das gratificações de representação criadas pelo art. 59 que, por seu turno, autoriza o Chefe do Poder Executivo

atribuir gratificação de representação aos servidores 'sempre que julgar necessário') – Inconstitucionalidade, por ausência de critérios efetivos em sua criação – Afronta aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público – Adoção do princípio da reserva de lei – Afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 111 e 128, da Constituição Estadual – Cuida-se, ainda, de indiscriminado e disfarçado 'reajuste', alheio aos parâmetros que regem o interesse público – Precedentes – Incorporação das gratificações ao salário dos servidores que, por seu turno, afronta os princípios da razoabilidade e moralidade, já que não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, mostrando-se desproporcional (além da inexistência de qualquer contraprestação para justificar essa incorporação) – Ação procedente." (ADI nº 2003616-56.2017.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 21/06/2017).

Portanto, flagrante a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 111 e 128, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, conclui-se que, declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos combatidos, com efeito retroativo (*ex tunc*), não há cogitar da devolução de valores já percebidos pelos servidores, diante da natureza alimentar do benefício, que impede a repetição de valores recebidos de boa-fé.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 184 a 187, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, na redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015, do Município de Itapetininga, com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135062-85.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ELIAS FAUSTO e PREFEITO MUNICIPAL DE ELIAS FAUSTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.878)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 4 DE ABRIL DE 2016, DO MUNICÍPIO DE ELIAS FAUSTO, QUE DISPÔS SOBRE A INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DOS SERVIDORES EFETIVOS E DEU OUTRAS PROVIDÊNCIAS – NORMA QUE NÃO ATENDE O INTERESSE PÚBLICO, NEM AS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO E CONTRARIA OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA, VIOLANDO OS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO *EX TUNC* E SEM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça contra a Lei Complementar nº 80, de 4 de abril de 2016, do Município de Elias Fausto, que dispôs sobre a incorporação de gratificação dos servidores efetivos e deu outras providências.

O autor alega que a norma não atenta para os princípios da impessoalidade, moralidade e isonomia. Afirma ofensa aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual.

Foi concedida a medida liminar.

Foram prestadas as informações.

O douto Procurador Geral do Estado declinou de sua intervenção.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Eis o texto na norma impugnada:

Art. 1º – Fica incorporado à remuneração dos Servidores Públicos efetivos do Município de Elias Fausto o valor integral de toda gratificação recebida há mais de 12 (doze) meses consecutivos, contados da entrada em vigor da presente Lei.

§1º – Esta Lei não se aplica aos servidores que recebem gratificação com base na Lei Municipal nº 1.627/1989 (profissionais da saúde), na Lei Municipal nº 3.078/2015 (controle interno) e na Lei Complementar Municipal nº 36/2010 (comandante guarda municipal).

§2º – Os servidores efetivos que tiverem direito à incorporação prevista no "caput" deste artigo não terão direito à diferença salarial em função do exercício de cargo em comissão enquanto desempenharem ou vierem a desempenhar a mesma função pela qual se deu a incorporação.

Art. 2º – O valor da gratificação que for incorporado com fundamento nesta Lei deverá ser destacado do salário base, e não poderá servir de base de cálculo para a concessão de quaisquer outros benefícios que vierem a ser concedidos posteriormente, salvo para o reajuste salarial que for fixado em caráter geral, na data base, e para o cálculo da diferença salarial em função do exercício de cargo em comissão.

Art. 3º – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias já consignadas no orçamento vigente.

Art. 4º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se disposições em contrário.

A referida norma foi proposta pelo Poder Executivo após a declaração de inconstitucionalidade por este Órgão Especial nos autos da ADI nº 2145442-41.2015.8.26.0000, do artigo 35 da Lei nº 1751/1991, do Município de Elias Fausto. Sob a lavra do Exmo. Des. João Negrini Filho, o v. acórdão decidiu que:

(...)

Por sua vez, cumpre reconhecer também a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 1.751/91, que assim estabelece:

"Art. 35 – Fica o Poder Executivo autorizado a conceder aos servidores que vierem a desempenhar Função Gratificada, na forma do artigo anterior, um acréscimo salarial de até 100% (cem por cento), incidente sobre o respectivo padrão do servidor designado.

Parágrafo único – O pagamento com acréscimo salarial decorrente do exercício de Função Gratificada, será realizado em parcela destacada."

Acesso ao Sumário

A vantagem em tela, a toda evidência, não atende o interesse público e as exigências do serviço público e contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, violando os artigos 111 e 128 da CE.

Segundo as informações prestadas pela Prefeitura, o servidor que realiza Função Gratificada executa trabalhos extraordinários, permanecendo de manhã até a noite em serviço, viajando constantemente à cidade de São Paulo e a outros lugares, atendendo à população e aos vereadores, tudo isso além dos seus encargos normais.

Disso se depreende que tal servidor exerce cargo comissionado. Portanto, é da natureza de sua função que não se subordine a jornada fixa de trabalho, permanecendo à disposição do agente a que se destinam suas atribuições. Por esse motivo já auferem remuneração diferente, normalmente superior à dos demais cargos, e não percebem hora extra, tampouco gratificação, bonificação ou qualquer outra vantagem por dedicação exclusiva.

No caso, percebe-se que a gratificação tem a finalidade concreta de conceder aumento de remuneração para este grupo de servidores municipais.

Destarte, é certo que a concessão de vantagem pecuniária nessas circunstâncias não atende ao interesse público, tampouco às exigências do serviço, com evidente violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que, ao privilegiar o interesse pecuniário de uma parcela dos funcionários públicos municipais, não traz qualquer benefício para o serviço a ser prestado à população.

Assim já decidiu este C. Órgão Especial na ADI nº 0065458-47.2012.8.26.0000.

Vale registrar, sem prejuízo do acima exposto, em resposta à argumentação da Prefeitura e da Câmara Municipal, que embora o Município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I, da Constituição Federal), é imperiosa a conformidade da lei municipal à Constituição do Estado e da República. E, como demonstrado acima, no caso em tela as normas municipais contrariaram ditames constitucionais, notadamente da CE.

Como justificativa ao projeto de lei que, aprovado, deu origem à norma ora impugnada, o então prefeito municipal afirmou (pág. 138):

(...)

Considerando os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2145442-41.2015.8.26.0000, ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do estado de São Paulo em desfavor do Presidente da Câmara

Acesso ao Sumário

Municipal de Elias Fausto e também do Prefeito Municipal, que julgou inconstitucional os dispositivos 35 e 36 da Lei nº 1751/1991, se faz necessária a aprovação do presente projeto de lei visando a regularização da situação legal dos servidores públicos municipais.

Com efeito, foram declarados inconstitucionais os artigos 35 da Lei nº 1751/1991, que prevê o pagamento de gratificação aos funcionários efetivos e também o artigo 36, anexo III da mesma lei, que prevê sobre a criação de todos os cargos em comissão do Município, sejam eles ocupados por servidores efetivos ou puramente comissionados, em razão da falta de atribuição de atividades aos cargos.

Dessa forma, faz-se necessária a incorporação da gratificação que já vem sendo recebida pelos servidores efetivos à sua remuneração, a fim de se evitar prejuízos aos nossos servidores municipais decorrentes da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo aos cofres públicos municipais. [sic]

Não obstante a preocupação do Poder Executivo com os servidores públicos, a Lei Complementar nº 80, de 4 de abril de 2016, do município de Elias Fausto padece de inconstitucionalidade semelhante àquela já enfrentada pela ADI nº 2145442-41.2015.8.26.0000, ou seja, continua não atendendo o interesse público e as exigências do serviço público e contraria os princípios da impessoalidade, moralidade e isonomia, violando os artigos 111 e 128 da Constituição Estadual.

A norma incorpora à remuneração dos servidores públicos efetivos, o valor integral de **toda gratificação** recebida há mais de 12 (doze) meses consecutivos, contados de sua entrada em vigor, não se aplicando aos profissionais da saúde e ao comandante da guarda municipal.

Gratificações são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos servidores e podem se apresentar como gratificação pelo serviço ou gratificação pessoal.

Segundo Hely Lopes Meirelles[1]:

A gratificação é retribuição de um serviço comum prestado em condições especiais (...)

(...) gratificação é, por índole, vantagem transitória e contingente (...)

Em última análise, a gratificação não é vantagem inerente ao cargo ou à função, sendo concedida em face das condições excepcionais do serviço ou do servidor.

Nesse sentido, a gratificação pelo serviço (*pro labore faciendo* e *propter laborem*) só deve ser percebida enquanto o servidor estiver prestando o serviço

Acesso ao Sumário

1 Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, Malheiros, 2009, p. 500

que a enseja, ou seja, cessado o trabalho ou o motivo que a justificou, cessa o pagamento. Doutra parte, há gratificações pessoais (*propter personam*) que são concedidas diante de fatos ou situações individuais do servidor como, por exemplo, o salário-família.

Destarte, as gratificações não consistem em generosidade fornecida por parte da Administração Pública, mas sim prerrogativas por estar o servidor público sujeito a condições diferenciadas de trabalho e, portanto, não podem incorporar ao vencimento.

Oportuno observar que, por ter as gratificações relação com a especificidade da situação fática de exercício da função, para ter ciência se essa verba é uma gratificação ou adicional, o mais importante não é observar o nome da vantagem pecuniária conferida, já que muitas vezes uma gratificação tem nome de adicional. Portanto, é adequado analisar na norma, a forma que o fato que deu origem a prerrogativa é apresentado.

Na espécie, a Lei Complementar nº 80, de 4 de abril de 2016, do Município de Elias Fausto, incorpora à remuneração dos servidores efetivos municipais, **toda e qualquer gratificação** sem diferenciação, ofendendo os princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade, motivação e interesse público que constam do artigo 111 da Constituição Federal e que devem ser observados pelos municípios, conforme artigo 144 da mesma Carta.

Como anteriormente já destacava o Exmo. Des. João Negrini Filho, nos autos da ADI nº 2145442-41.2015.8.26.0000, *percebe-se que a gratificação tem a finalidade concreta de conceder aumento de remuneração para um grupo de servidores municipais*. Sendo certo que *a concessão de vantagem pecuniária nessas circunstâncias não atende ao interesse público, tampouco às exigências do serviço, com evidente violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que, ao privilegiar o interesse pecuniário de uma parcela dos funcionários públicos municipais, não traz qualquer benefício para o serviço a ser prestado à população*.

A situação fática é muito semelhante. A nova norma cometeu os mesmos erros porque concede aumento de remuneração a parcela dos servidores, não especifica as gratificações e suas naturezas de forma a demonstrar o interesse público e as exigências do serviço, privilegia claramente o interesse pecuniário dos servidores atingidos pela declaração de inconstitucionalidade na ADI supra.

Ademais, o ato normativo impugnado, ao buscar, sem justificativa beneficiar determinado grupo de servidores, conferiu tratamento desigual injustificadamente em ofensa ao princípio da isonomia assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da isonomia não exige tratamento idêntico, em quaisquer circunstâncias, para todas as pessoas. Tal princípio constitucional pressupõe

Acesso ao Sumário

um dever de igualdade para o Poder Público, desdobrando-se em tratamento igualitário se as situações consideradas apresentarem circunstâncias iguais e autorizando tratamento diferenciado, se as situações forem diversas. E não havendo uma justificativa razoável para a adoção do tratamento diferenciado, tem-se configurada a violação ao princípio da igualdade, e a manutenção da desigualdade jurídica.

Ou seja, **o princípio da isonomia traz a autorização, mesmo que implícita, para que o Estado promova tratamento desigual desde que o faça justificadamente.**

Segundo preleciona **J. J. Gomes Canotilho**, haverá observância da igualdade *quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. (...)* ***existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável***. (CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1995. p.401). [grifo nosso]

Mais não é necessário discorrer para declaração da inconstitucionalidade da norma.

Por todo o exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 80, de 4 de abril de 2016, do Município de Elias Fausto, com efeitos *ex tunc* e sem modulação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2103790-73.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29387/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO,

Acesso ao Sumário

PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 9.315, de 07 de abril de 2017, que institui o programa "Cidade com Grama" no município de Presidente Prudente – Interesse local dentro das atribuições constitucionais do município – Competência para legislar sobre meio ambiente que é concorrente de todos os entes federativos e que pode ser exercida, de forma geral e abstrata, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo – Inconstitucionalidade não configurada – Regulamentação de tema dentro dos limites da atuação do poder – Incidência da norma sobre bens pertencentes ao Poder Público que invade a competência privativa de administração do Executivo – Parcial procedência para estabelecer a interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, devendo a norma ser interpretada no sentido de ser aplicável apenas sobre imóveis particulares e não nos de propriedade do poder público – Ação parcialmente procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Presidente Prudente, impugnando a Lei Municipal nº 9.315, de 07 de abril de 2017, que instituiu o programa "Cidade com Grama".

Em apertada síntese, argumenta que a norma é inconstitucional por ofender o princípio da separação de poderes, tendo em vista que, sendo de iniciativa parlamentar, há invasão em matéria de gestão administrativa, privativa do Chefe

Acesso ao Sumário

do Poder Executivo, a quem incumbe o planejamento administrativo.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 39/40, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local, manifestou-se pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado.

Por seu turno, a Câmara Municipal, nas informações de fls. 21/28, defendeu a constitucionalidade da norma com a assertiva de que ela não versa sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo e se encontra dentro da competência concorrente de todos os entes federativos.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 43/53, opinou pela parcial procedência da ação.

É o relatório.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

O texto legal objeto desta lide trata da instituição de programa governamental ("Cidade com Grama") para promover o plantio de grama nos lotes urbanos não edificados e nos destinados a programas habitacionais.

Certo é que decorre da própria Constituição Federal a competência dos municípios para tratarem das questões de interesse local, administrando-os e legislando sobre o tema (art. 30, I, CF). Por sua vez, o tópico deste feito se enquadra perfeitamente como sendo de interesse local, podendo constar dos atos administrativos e de suas respectivas leis, porquanto trata-se de norma suplementar de direito ambiental ligada diretamente à proteção dentro da municipalidade.

Pelo teor da legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema, todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, possuem o dever de resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, evitando a

adoção de condutas lesivas e figurando como responsáveis em caso de eventual prejuízo.

É sabido que, pela Constituição Federal, em seu art. 24, VI e VIII, a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente, ficando a cargo da União a elaboração de normas gerais e aos demais entes federativos as normas de caráter suplementar. Outrossim, a competência material, de acordo com o art. 23, VI e VIII, da CF, é comum, cabendo a todos (União, Estados e municípios) adotar medidas protetivas em igualdade.

Desse modo, não obstante o demandante argumente que a norma impugnada caracterizou invasão da competência do Executivo pelo Legislativo, da leitura da norma, infere-se que se trata de questões gerais a serem adotadas na localidade para a complementação da proteção do meio ambiente, regulamentando-se o tema ambiental e não específica e diretamente a questão administrativa. Não se vislumbra, assim, vício na iniciativa do Poder Legislativo, tendo, este, atuado dentro dos limites constitucionais.

Nesta hipótese, em que foram obedecidos os limites da iniciativa na matéria, quando da efetiva implantação do texto legal, deverão ser adotadas, na prática, as regulamentações e medidas necessárias pela Administração Pública. Como mencionado, a competência de todos os entes federativos na proteção do meio ambiente é comum, conforme as regras decorrentes da própria Constituição Federal, de modo que a sua fiscalização e o efetivo cumprimento das respectivas leis são inerentes à função do respectivo Poder Executivo, o qual possui o dever de amparo através do poder de polícia.

Sobre situação semelhante, este C. Órgão Especial já decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.370/2016, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, QUE "INSTITUI A POLÍTICA MUNICIPAL DE COLETA, TRATAMENTO E RECICLAGEM DE ÓLEO E GORDURA DE ORIGEM VEGETAL OU ANIMAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO INEXISTENTE. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, NO ÂMBITO ESTADUAL, SOMENTE PODE TER POR PARÂMETRO, A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA ESFERA PRIVATIVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. NÃO CABIMENTO. NORMA QUE ESTABELECEU REGRAS GERAIS A SEREM REGULAMENTADAS PELO PODER EXECUTIVO. ADEQUAÇÃO DA LEI IMPUGNADA AO COMANDO CONTIDO NO ARTIGO 193, INCISO XV DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROCLAMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

Acesso ao Sumário

IMPUGNADA. A competência para legislar sobre meio ambiente é concorrente, para Municípios, Estados e União, nos termos do inciso VI, artigo 23, da Constituição Federal e tanto o Executivo, quanto o Legislativo Municipal podem iniciar o processo legislativo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, c.c., artigo 144, ambos da Constituição Estadual. Na hipótese, houve apenas o estabelecimento de regras gerais, sem invasão da esfera privativa do Poder Executivo, a quem caberá a regulamentação da matéria. Os óleos de origem vegetal ou animal, destinados ao consumo humano, lastimavelmente não estão abarcados pelo sistema instituído pela Lei de PNRS (Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010). Tampouco existe notícia de que haja acordos setoriais regulamentando a logística de descarte dos óleos de origem animal ou vegetal. AÇÃO IMPROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2157468-37.2016.8.26.0000 – Relator: Amorim Cantuária; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 15/02/2017; Data de registro: 01/03/2017)

Corretamente assentou a douta Procuradoria Geral de Justiça que "a lei cuida de medidas que têm por objetivo a tutela do meio ambiente, determinando o plantio de grama, não ofendendo o art. 5º da Constituição do Estado. A matéria tratada na lei impugnada não é objeto de reserva de iniciativa legislativa – que deve ser explícita – nem da denominada reserva da Administração, que são decorrências do princípio da separação de poderes. Trata-se de questão atinente às posturas municipais".

Entretanto, merece acolhida a ressalva apresentada no parecer ministerial quanto à necessidade, neste caso específico, de se realizar uma interpretação conforme a constituição e sem redução de texto, estabelecendo que a interpretação da norma aqui impugnada deve ser feita no sentido de as exigências de plantio recaírem tão somente sobre imóveis particulares, sem atingir os imóveis de propriedade do Poder Público. Isso porque a lei não fez distinção entre eles e a forma de gerir os bens públicos ingressa na gestão administrativa, que é de iniciativa e decisão exclusiva do Poder Executivo, nos termos do art. 47, XIV, da Constituição do Estado.

Acesso ao Sumário

Novamente bem registrou o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça que "a lei ora impugnada impõe o plantio e manutenção de grama nos lotes urbanos não edificados e naqueles destinados a programas habitacionais, sem, entretanto, diferenciar os lotes privados dos lotes públicos. No que se refere aos lotes de propriedade do poder público, porém, a lei padece de inconstitucionalidade pelo divórcio da iniciativa parlamentar da lei local com o art. 47 da Constituição Estadual. O mencionado dispositivo (aplicável na órbita municipal por obra de seu art. 144) consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e

gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo".

Destarte, deve ser reconhecida uma parcial inconstitucionalidade para que seja afastada qualquer interpretação da norma que atribua a sua incidência sobre as propriedades do Poder Público, cabendo a sua aplicação somente nos imóveis particulares. No mais, a constitucionalidade da lei impugnada é certa, devendo ser mantida em vigor.

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente** a presente ação para o fim de declarar a constitucionalidade da Lei nº 9.315, de 07 de abril de 2017, do município de Presidente Prudente, mas determinar a sua interpretação conforme e sem redução de texto, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2042936-16.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.240)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 12.677, de 24 de fevereiro de 2017 que "Dispõe sobre a criação do Programa Municipal

de Adoção Responsável de Pequenos Animais", da cidade de São José do Rio Preto. Alegado vício de iniciativa. Violado o princípio da separação de poderes. Criação de despesa sem indicação da fonte de recurso. – Procedente. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes. – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição Estadual. – Ação procedente.

VOTO

I – Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal em face do Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto, com pedido liminar, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 12.677, de 24 de fevereiro de 2017, a qual, em linhas gerais, ***"Dispõe sobre a criação do Programa Municipal de Adoção Responsável de Pequenos Animais"***.

Argumenta-se, em síntese, que o ato impugnado encontra-se eivado por vício de iniciativa, por violar o princípio da separação dos poderes e criar despesa sem indicação da fonte de recurso, desrespeitando o que preceituam os artigos 5º, 24, 47, inciso II e XIV, e 1244, todos da Constituição Estadual.

O pedido liminar foi deferido (cf. fls. 28/29).

A Câmara Municipal de São José do Rio Preto prestou informações pontuando como ocorreu o desenvolvimento do processo legislativo (cf. fls. 35/38).

O Procurador-Geral do Estado declarou faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado, por tratar-se de matéria exclusivamente local (fl. 65).

Encaminhados os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, emitiu parecer no sentido de julgar procedente a ação (cf. fls. 116/131).

É o relatório.

II – Consoante os ponderáveis fundamentos lançados pela exordial, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 12.677, de 24 de fevereiro de 2017, do Município de São José do Rio Preto, que ***"Dispõe sobre a criação do Programa Municipal de Adoção Responsável de Pequenos Animais"***, nos seguintes termos:

Art. 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no âmbito do município de São José do Rio Preto, o "Programa Municipal de Adoção Responsável de Pequenos animais".

Art. 2º – O programa consistira no acolhimento, esterilização, registro e

Acesso ao Sumário

destinação de animais de pequeno porte em situação de abandono para adoção dos munícipes interessados em sua guarda responsável.

§ 1º – Entende-se por guarda responsável o conjunto de compromissos assumidos pelo contribuinte em Termo próprio, firmado com o Poder Público, no qual o contribuinte se compromete a:

I – atender as necessidades físicas, psicológicas, ambientais e de saúde do animal;

II – prevenir riscos que o animal possa causar à comunidade ou ao ambiente, tais como: agressão, transmissão de doenças ou danos a terceiros.

§ 2º – O animal deverá ser encaminhado aos munícipes vacinado, esterilizado, identificado e em perfeita saúde.

§ 3º – É proibida a comercialização dos animais adotados.

§ 4º – A Adoção responsável se dará mediante requerimento escrito do interessado.

Art. 3º – O Programa poderá ser implantado por meio de parceiros entre o Poder Público Municipal e entidades governamentais e não governamentais, e/ou pessoas físicas e jurídicas à proteção de animais, especialmente para a viabilização de apoio financeiro e institucional, assessoria técnica e espaços para sua execução.

Parágrafo Único – A adoção de animais poderá ser feita diretamente através de protetores independentes, observadas as regras e condições previstas nesta Lei, bem como demais normas e disposições a serem estabelecidas mediante decreto regulamentar.

Art. 4º – Para o incentivo à adoção de animais de pequeno porte em situação de abandono, o Poder executivo poderá conceder desconto no pagamento anual do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU ao contribuinte que aderir ao Programa, de forma progressiva e não cumulativa, nesta ordem:

I – desconto de 01 (um) UFMs, para adoção de 01 (um) animal que permaneça com o contribuinte em perfeitas condições de saúde e guarda;

II – desconto de 02 (duas) UFMs, para adoção de dois ou mais animais que permaneçam com o contribuinte em perfeitas condições de saúde e guarda.

§ 1º – O desconto será concedido, após um ano de adoção, no exercício seguinte, e desde que constatada a integridade física e psicológica do animal.

§ 2º – O desconto será renovado anualmente, mediante requerimento do interessado, no qual fique comprovada a manutenção dos requisitos desta Lei e desde que exista disponibilidade financeira para a renúncia de receita.

Art. 5º – O contribuinte interessado no desconto de que trata o artigo anterior, deverá:

Acesso ao Sumário

I – apresentar certidão negativa de tributos municipais;

II – ter o imóvel murado, cercado e portões fechados;

III – possuir condições para manutenção do animal em perfeitas condições de alojamento, alimentação, saúde, higiene e bem-estar;

IV – estar ciente que será responsabilizado, na forma da Lei, por todo e qualquer dano sofrido pelo animal;

V – permitir aos órgãos de fiscalização ou conveniados a visitação a residência para acompanhar o desenvolvimento do animal;

VI – informar ao órgão competente do Poder Executivo Municipal qualquer alteração que houver na relação com o animal, seja por mudança de residência, óbito, doença, desaparecimento ou outros eventos não previsíveis, no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 6º – O contribuinte que deixar de informar qualquer evento relacionado ao animal adotado, dificultar a fiscalização, causar maus tratos ou abandono:

I – deverá entregar o animal ao Poder Público, no prazo máximo de 5 (cinco) dias:

II – terá o desconto do IPTU cancelado;

III – deverá restituir aos cofres públicos todo o desconto usufruído até então;

IV – efetuar o pagamento de multa no valor de 10 UFMs por animal adotado, independentemente das demais penalidades previstas na legislação especial;

V – ressarcir os gastos do Poder Público com tratamento e recuperação do animal no caso de maus tratos.

Parágrafo Único – O Poder Executivo Municipal deverá promover a efetiva fiscalização desta Lei, em periodicidade suficiente à verificação do cumprimento do conjunto de compromissos assumidos pelos contribuintes que aderirem ao Programa.

Art. 7º – O Poder Executivo regulamentará está Lei no que couber.

Art. 8º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (...)".

Acesso ao Sumário

Pela leitura dos dispositivos, verifica-se que a norma versa sobre matéria inerente à atividade típica do Poder Executivo, qual seja, de gestão administrativa.

Conforme bem definiu o zeloso Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Nilo Spinola Salgado Filho: *"A previsão de programa de adoção responsável de pequenos animais no Município de São José do Rio Preto com imposição de atribuições a órgãos do Poder Executivo são matérias exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do Chefe do executivo." (cf. fl. 77)*.

Com efeito, ao editar a norma ora guerreada, o Legislativo criou obrigação à Administração, de forma a usurpar, ainda que indiretamente, funções que não

lhe competem, vez que tal matéria diz respeito **à organização** de prestação de um serviço público municipal, que deve ser realizada pelo próprio Poder Executivo.

Nesse exato sentido explica a doutrina de Hely Lopes Meirelles quando aponta que *"a execução das obras e serviços públicos municipais está sujeita, portanto, em toda sua plenitude, à direção do prefeito, sem interferência da Câmara, tanto no que se refere às atividades internas das repartições da Prefeitura (serviços burocráticos ou técnicos) quanto às atividades externas (obras e serviços públicos) que o Município realiza e põe à disposição da coletividade"* (Direito Municipal Brasileiro, 10ª Edição, Malheiros Editores, pág. 577).

Em que pese ser relevante a preocupação da Câmara Municipal, no caso em apreço, a criação da norma jurídica se deu com total desrespeito às regras constitucionais estaduais.

A iniciativa do Legislativo importou em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais, previstos no art. 5º, art. 47, II, XIV e XVIII, e art. 144, todos da Constituição deste Estado. Vejamos:

> ***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*
>
> ***Artigo 47*** *– Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*
>
> *(...)*
>
> *II – exercer, com 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;*
>
> *(...)*
>
> *XVIII – enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos.*
>
> ***Artigo 144*** *– Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

O ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a criação do Programa Municipal de Adoção Responsável de Pequenos Animais, revelou-se verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional por violar o Princípio da Separação de Poderes, o qual consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, as quais devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com atividade típica.

Acesso ao Sumário

Referido sistema foi esboçado, pela primeira vez, por Aristóteles, na obra "Política", tendo sido detalhado posteriormente por John Locke, no "Segundo Tratado do Governo Civil", que também reconheceu três funções distintas, sendo, finalmente, consagrado na obra de Montesquieu, "O Espírito das Leis" – a quem devemos a divisão e distribuição clássicas –, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal, transformado em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontrando previsão no artigo 2º da nossa Constituição Federal (*in* Direito Constitucional, 27ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2011 – p. 424).

O princípio, ademais, é constituidor de verdadeira base harmônica da atuação dos Poderes, os quais, pelo seu intermédio, atuam segundo um sistema de freios e contrapesos (*"checks and balances"*), em controle recíproco, visando à manutenção do *equilíbrio tripartite*.

Insta consignar que a adoção das providências necessárias à administração, e **gestão de serviços públicos municipais** é matéria típica do Poder Executivo, a quem compete dispor sobre a melhor forma da utilização e destinação de despesas e receitas de seu Erário, a teor do disposto nos incisos II e XIV do artigo 47 da Constituição Estadual.

Na organização político-administrativa, o município apresenta funções distintas. O prefeito (chefe do Poder Executivo) é o responsável pela função administrativa, que compreende, dentre outras coisas, o planejamento, a organização e a direção de serviços públicos, enquanto que a função básica das Câmaras Municipais (Poder Legislativo) é legislar, editando normas gerais e abstratas que devem pautar a atuação administrativa.

Todavia, *in casu*, a Câmara dos Vereadores não limitou-se à observar sua autonomia.

Ao contrário, extrapolou os limites de sua atividade típica, porquanto criou norma **de natureza organizacional da Administração Pública**, o que configura indevida ingerência na esfera de atuação do Poder Executivo.

Aliás, tratando-se de matéria de natureza organizacional da Administração Pública, a propositura desta pela Câmara dos Vereadores configura ingerência indevida de um Poder na esfera de atuação de outro.

Ressalte-se que este C. Órgão Especial tem, reiteradamente, afastado a interferência do Poder Legislativo sobre atividades e providências afetas ao Chefe do Poder Executivo, em especial acerca da matéria similar a objeto da presente lide:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 4.953, de 23 de dezembro de 2014, que 'cria o auxílio-animal no âmbito do município de Taubaté e dá outras providências' – Lei de origem parlamentar que estabelece obrigações e impõe tarefas*

Acesso ao Sumário

típicas de administração atribuídas ao Poder Executivo, ao qual é constitucionalmente reservada a iniciativa legislativa, violando o princípio da separação de poderes (arts. 5º, caput, §§ 1º e 2º, 47, II, XI, XIV e XIX, da Constituição Estadual (aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da mesma Carta e art. 29 da Constituição Federal) – Não bastasse, a lei impugnada cria despesas sem especificar a respectiva fonte de custeio, a que refere genericamente (art. 25, § único, da Constituição Estadual) – Inconstitucionalidade decretada. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente" (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2064857-02.2015.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 16/12/2015).

"DIRETA CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – INSTITUIÇÃO DE PROGRAMA DE ATENDIMENTO A ANIMAIS ABANDONANDOS – VÍCIO DE INICIATIVA – AUMENTO DE DESPESA SEM PREVISÃO DE RECURSOS – EXISTÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA – É inconstitucional a Lei Municipal de Catanduva nº 4.921, de 08 de março de 2010, que instituiu programa de atendimento a animais abandonados, inclusive através de convênios com instituições públicas privadas, porque traduz ingerência na competência exclusiva do Chefe do executivo pelo Poder Legislativo, além de criar despesas sem indicação de recursos – Violação dos arts. 5º, 25, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual – ação procedente." (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 990.10.208910-0, Relator Xavier de Aquino, j. em 09/02/2011).

Por fim, não bastasse a norma ter retraído a autonomia do Poder Executivo Municipal, o objeto da presente Ação, ao dispor sobre concessão de desconto no pagamento anual do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU ao contribuinte que aderir ao programa, de forma progressiva, avançou em matéria que não compete ao Legislativo Municipal, sob outro fundamento, nos termos do artigo 47, inciso XVIII, da Constituição Estadual.

Assim, desnecessários maiores achegos para concluir pela procedência desta ação direta de inconstitucionalidade por evidente *vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes*.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade Lei Municipal nº 12.677, de 24 de fevereiro de 2017, do município de São José do Rio Preto, determinando, como consequência, sua retirada definitiva do ordenamento jurídico.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0021054-32.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GENILSON CESAR RODRIGUES, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Os argumentos apresentados pelo agravante não têm o condão de alterar o decidido – Inexistência de prejuízos ao agravante, caso se entenda, em sede de mandado de segurança, que o impetrante faz jus à reintegração ao cargo público almejado, ante o efeito retroativo característico das decisões anulatórias. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Genilson Cesar Rodrigues interpôs agravo contra a r. decisão de fls. 525/526 dos autos do mandado de segurança, que indeferiu o pedido de liminar.

Alega estarem presentes o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* necessários

à concessão da liminar requerida, por se tratar de verba alimentar. Aduz que, com o afastamento do cargo, em 09 de março de 2017, foram interrompidos os pagamentos da sua remuneração mensal. Assevera estar em exercício no cargo de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária há 6 anos. Diz ter sido aprovado em todos os cursos profissionalizantes da Secretaria de Administração Penitenciária, na perícia médica do Estado, no estágio probatório, não tendo respondido a nenhum processo administrativo disciplinar. Cita julgados favoráveis. Daí, requer a reforma da r. decisão (fls. 01/08).

A autoridade coatora apresentou contraminuta (fls. 15/17).

É o relatório.

Objetiva o agravante, por meio de mandado de segurança, seja deferida a liminar, "para reintegrar o impetrante no cargo de agente de escolta e vigilância penitenciária" (fls. 17).

Este Relator indeferiu a liminar pleiteada, alegando que "não se vislumbra, ao menos em sede de cognição sumária, o alegado *periculum in mora*" (fls. 525/526).

A discussão, neste passo, restringe-se à concessão ou não da medida liminar.

Segundo relata o próprio agravante, estava provido no cargo em caráter precário, de forma que, em sede de cognição sumária, não se vislumbra, tendo em vista o desprovimento do recurso de apelação nº 0234551-13.2009.8.26.0000, a probabilidade do direito invocado pelo agravante.

Ademais, caso, ao final, a ordem de segurança seja concedida, com a consequente anulação do ato administrativo impugnado, inexistiria prejuízos ao impetrante, ante o efeito retroativo característico das decisões anulatórias.

À evidência, o argumento apresentado pelo agravante não têm o condão de alterar o decidido. Como já salientado, deve ser mantida a decisão que indeferiu a medida liminar.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0066998-91.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JOSÉ CLAUDIO MARTARELLI, é agravado DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO BRANDI JUNIOR.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO

REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Arguição de suspeição e/ou impedimento arquivada – Oposição contra Desembargador da 7ª Câmara de Direito Privado, sob a alegação de parcialidade no julgamento – Inexistência de qualquer fato concreto que possa macular a imparcialidade do arguido – Agravo não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de suspeição/impedimento oposta em face do Desembargador Miguel Brandi, da 7ª Câmara de Direito Privado, no julgamento dos agravos de instrumento nºs 2180760-22.2014.8.26.0000, 2191840-80.2014.8.26.0000 e agravos de instrumento com embargos de declaração nºs 0089509-32.2012.8.26.0224 e 2093853-10.2015.8.26.0000, José Cláudio Martarelli interpôs agravo regimental, sob a alegação de parcialidade no julgamento.

Contraminuta a fls. 27/30 e 39/40.

Opina a Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo (v. fls. 33/37).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a arguição de suspeição/impedimento é o meio pelo qual

Acesso ao Sumário

a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), comentando o que significava o art. 135, inciso V, do CPC, a expressão "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", que pode ser perfeitamente aplicada à locução do art. 145, IV, do NCPC, porquanto de mesmo teor que a anterior, dispõe que *o que o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio***.

Não se indicou especificamente qual o interesse do ilustre Desembargador na solução da causa.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da arguição de suspeição e nem a justificam quando inexistente o dolo, cabendo à parte valer-se do recurso adequado.

É imposição Constitucional que serão fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, inciso IX, Constituição Federal) e entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal, que *a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes* (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, 2ª Turma, *DJ* de 23-11-07). **No mesmo sentido**: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-09, 2ª Turma, *DJE* de 20-3-09.

Não importa em prejulgamento os argumentos objetivos constantes da decisão de forma a justificar o *decisum*.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, jugado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Bem de ver que, nas razões do agravo, o agravante não apresentou

Acesso ao Sumário

novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Destarte, ausentes os requisitos legais, era mesmo o caso de rejeição liminar da arguição de suspeição/impedimento.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2248363-44.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DOLID OLIVEIRA, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.543OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração após esgotar o prazo decadencial – Extinção do direito de impetrar – Decadência – Ocorrência – Agravo improvido."

VOTO

Dolid Oliveira interpõe agravo regimental em mandado de segurança contra decisão proferida pelo relator subscritor que declarou a decadência do direito ao mandado de segurança, assim redigida:

"Regularizada a representação processual, analiso a inicial, para indeferi-la e, de ofício, julgar extinto o processo, reconhecendo a decadência.

"Dolid Oliveira, por advogado constituído, impetrou este mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de São Paulo.

"Narra o impetrante, ex-policial civil, que ao fim de processo administrativo disciplinar foi-lhe aplicada pena de demissão pelo Governador do Estado em agosto de 1995. Em 6-5-2016, o impetrante postulou a revisão do processo administrativo à autoridade tachada coatora, para que fosse anulado o ato que o demitiu. Alegando fatos novos, requer nestes autos anulação do processo administrativo e sua reintegração no serviço público.

"Indefiro a petição inicial.

"Prima facie, é de se declarar a decadência do direito ao mandamus, pois sua interposição foi posterior ao prazo legal de 120 dias. Apesar de não haver nos autos a data da publicação na Imprensa Oficial do Estado do ato impugnado, a decisão da autoridade apontada como coatora, consistente na aplicação da pena de demissão ao impetrante, foi proferida em 5-9-1995, fls. 120, há mais de 21 anos, enquanto que este writ somente foi impetrado em 5-12-2016.

"Dispõe o artigo 23, da Lei 12.016/2009: 'O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.'

"Assim, o presente mandado de segurança foi protocolado a destempo, ocorrendo, portanto, a decadência do direito do autor.

"Nesse sentido:

'Mandado de Segurança. Policiais Civis. Pretensão à anulação de ato administrativo. Decadência. Reconhecimento. Ato impugnado (suposta demissão ocorrida em outubro de 1996) há mais de 120 dias da impetração. Ocorrência da causa extintiva do processo. Indefiro a inicial. Julgo extinto o processo.' (Mandado de Segurança nº 2035689-52.2015.8.26.0000, j. em 5-3-2015, decisão monocrática).

"Com base em tais fundamentos**, indefiro a petição inicial, nos termos do art. 10 da Lei nº 12.016/09 e, consequentemente, julgo extinto o processo, com julgamento de mérito, art. 487, II, do Código de Processo Civil.**"

São fundamentos do recurso os mesmos da impetração. Instada a se manifestar, a Fazenda do Estado de São Paulo, em matéria preliminar, postula que não se conheça do agravo, porque o agravante não impugnou os fundamentos da decisão monocrática, e, no mérito, o não provimento, fls. 41/47. Em seguida, vieram os autos para os devidos fins.

É o relatório.

Tecnicamente, não seria mesmo caso de se conhecer do recurso, como

Acesso ao Sumário

postula a Fazenda Estadual, porque o agravante não impugnou especificadamente os fundamentos da decisão agravada. Apenas repetiu os argumentos constantes da petição inicial do mandado de segurança.

Porém, em homenagem ao contraditório, conhece-se do agravo, para a ele negar provimento, pois, como dito na decisão agravada, a interposição do mandado de segurança foi posterior ao prazo legal de 120 dias. O ato administrativo da autoridade apontada como coatora, consistente na aplicação da pena de demissão ao impetrante, foi proferido em 5-9-1995, há mais de 21 anos da impetração do writ, protocolizado somente em 5-12-2016.

Dessa forma, superado o prazo decadencial previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/09, operou-se a extinção do direito de impetrar mandado de segurança contra o ato em causa.

Feitas essas premissas, era de rigor o indeferimento da inicial, nos termos do art. 10 da Lei nº 12.016/09 e julgar extinto o processo, com julgamento de mérito, por já ter esgotado o prazo decadencial.

Em sendo assim, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2082827-44.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO MUNICIPAL DE AVARÉ, é agravada MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVARÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.443)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que deferiu pedido de liminar – Providência liminar, concedida em juízo de cognição provisória, sem algum pronunciamento ou interferência sobre o mérito da causa – Presença dos requisitos autorizadores da concessão, na forma pretendida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão que, deferiu liminar, requerida em ação direta de inconstitucionalidade, relativa o artigo 331, da Lei Complementar Municipal nº 225/2016, do Município de Avaré, que dispõe sobre o Código Tributário Municipal da Estância Turística de Avaré e adota outras providências.

Recurso tempestivo e regularmente processado, e parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo provimento.

É o relatório.

"Data venia" do parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, não merece ser acolhido o presente recurso.

Em que pese a relevante argumentação oferecida pelo agravante, este Relator vislumbrou, a princípio, a existência dos requisitos autorizadores da concessão integral pretendida, razão pela qual o deferimento resta mantido.

Sem adentrar no exame do mérito das razões apresentadas pela recorrente no agravo regimental, uma vez que esse deferimento foi adotado em sede de cognição sumária e provisória, sem avançar pelo próprio mérito da causa, e tendo, realmente, esse relator vislumbrado os requisitos autorizados de medida requerida, pelo menos até o pronunciamento definitivo deste Órgão Especial, quando do julgamento do recurso.

Por fim, a ação direta de inconstitucionalidade, enquanto instrumento de controle normativo abstrato, exercido mediante processo objetivo, não se presta para o exame de circunstâncias fáticas, senão ao simples cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, daí porque não teria sentido, aqui, alguma consideração sobre interesses subjetivos, como, por exemplo, "deficit" orçamentário, queda de receita e desequilíbrio financeiro no município.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2061988-95.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCELO SORRENTINO NEIRA e EVANDRO ORNELAS LEAL, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.290)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA – PRAZO DECADENCIAL CONSUMADO – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A DATA DA CIÊNCIA DO ATO COATOR – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão deste relator que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança impetrado por Marcelo Sorrentino Neira e Evandro Ornelas Leal contra ato do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustentam os agravantes que a impetração é contra a decisão proferida em 07/10/2016 e não contra a decisão anterior proferida em 28/08/2014. Alegam que o fundamento do segundo pedido era diferente do primeiro. Quanto

à falta de comprovação da data em que tomaram ciência afirmam que a decisão atacada não foi publicada no Diário Oficial do Estado e, em relação a Marcelo Sorrentino Neira, este somente foi notificado quando regressou de suas férias em 16/01/2017. No que diz respeito a Evandro Ornelas Leal, este soube do arquivamento de seu pedido quando recebeu *email* encaminhado pelo servidor Marcos Hayazaki em 24/03/2017, como forma de comprovar o que ora se alega, traz certidão da oficial de promotoria Simone de Araujo Gusmão Marconi. Por fim, aduz que se havia dúvida quanto à data em que tomaram ciência da decisão coatora, deveria esta relatoria ter requisitado informações à autoridade impetrada. Pedem o provimento do recurso e o recebimento da inicial para que o mandado de segurança tenha seus trâmites regulares e, ao final, seja concedida a segurança pleiteada.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por *Marcelo Sorrentino Neira e Evandro Ornelas Leal*, promotores de justiça de entrância intermediária, designados para trabalhar nos Grupos de Atuação Especial, no caso o GAECO, contra ato do *Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo*, que indeferiu seu pedido de equiparação salarial com os promotores titulares de entrância final.

A despeito da combatividade do procurador que defende os interesses dos impetrantes, entendo que a decisão que indeferiu a petição inicial deve ser mantida.

Note-se que os impetrantes, tendo seu pedido de equiparação salarial indeferido em 28/08/2014, inconformados buscaram a mesma pretensão (o pagamento de diferença salarial decorrente entre os vencimentos do cargo de entrância intermediária e o de entrância final) que foi negada pelo mesmo fundamento, restando consignado em ambas as decisões que a designação para integrar grupo de atuação especial é situação distinta daquela em que há designação para substituir cargo vago, não sendo aplicável à situação dos impetrantes o art. 180 da Lei Complementar 734/93. Logo, a segunda decisão reitera a primeira.

De qualquer modo, os impetrantes deixaram de instruir a petição inicial do mandado de segurança com os documentos que comprovassem a data em que tomaram ciência do ato coator. A demonstração de que não se consumou o prazo decadencial cabia aos impetrantes e não a este relator, de forma que, não é correto dizer que: *"...se o e. Relator entendia que os documentos apresentados pelos impetrantes como prova da data em que tomaram ciência da decisão atacada não eram suficientes para atestar que não houve decurso do prazo de 120 dias desde a ciência da decisão até a impetração do mandado de segurança, não era o caso de reconhecer a decadência de plano, mas de requisitar à autoridade*

Acesso ao Sumário

impetrada cópia integral dos Protocolados nº 124.910/2016 (Marcelo Sorrentino Neira) e 123.090/2016 (Evandro Ornelas Leal), quando então teria constatado ictu oculi que não operou a alegada decadência, ..." (fl. 6).

Assim, de nada aproveita a apresentação, somente neste momento, dos documentos que apontam as datas que teriam tomado ciência da decisão que, repita-se, reiterou aquela proferida em 28/08/2014.

Posto isto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2134329-56.2016.8.26.0000/50009, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LEILA CARDOSO TERUYA, são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL e MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência que determinou a nomeação e posse da candidata aprovada em concurso público – Recurso intempestivo

Acesso ao Sumário

– Agravo não conhecido.

VOTO

Irresignada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida nos autos do mandado de segurança nº 1039190-32.2016.8.26.0053, Leila Cardoso Teruya interpôs agravo regimental, sob a alegação de ausência dos pressupostos autorizadores à suspensão, bem como inexistência de risco de grave lesão a interesses públicos relevantes.

Contraminuta a fls. 14/21.

É o relatório.

O reclamo recursal não comporta conhecimento, ante a sua intempestividade.

Verifica-se dos autos que a decisão atacada foi disponibilizada no DJE de 11 de outubro de 2016, considerando-se publicada no dia 13 de outubro de 2016 (v. fls. 507), primeiro dia útil seguinte (Lei n. 11.419/06, 4º, § 3º); todavia, o presente recurso somente foi protocolizado no dia 3 de julho de 2017, quando já há muito ultrapassado o prazo para sua interposição.

Ante o exposto, **não se conhece** do agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2160991-23.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GIOVANI APARECIDO DE GODOY, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.707)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de outubro de 2017.
RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – EXAME DOS REQUISITOS LEGAIS A TRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO RELATOR – ATO JUDICIAL MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO".

"Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder".

VOTO

Agravo regimental tirado contra decisão do Relator, exarada às fls. 503/506, que indeferiu liminar pleiteada em mandado de segurança.

Sustenta, em apertada síntese, o agravante que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para o deferimento da liminar, sendo incontestável seu direito líquido e certo à nomeação e posse, conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, impondo-se aos Tribunais observância do julgado, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil. Argumenta, de resto, que foi aprovado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital, não merecendo prosperar a recusa da liminar com fulcro no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009. Busca, por isso, a reforma da decisão agravada.

Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

O agravante não apresentou, a meu ver, argumentos convincentes a evidenciar o desacerto da decisão agravada, aqui mantida em seus literais termos, ***verbis***:

"1) Fls. 500/501: O impetrante apontou como autoridade coatora o Sr. Governador do Estado de São Paulo, invocando o disposto no artigo 47, inciso V, da Constituição Estadual. Recebo, pois, a emenda à petição inicial, observando que a questão relativa

à pertinência subjetiva da ação mandamental será objeto de análise, oportunamente, pelo Colegiado. Anote-se. 2) Trata-se de mandado de segurança impetrado por Giovani Aparecido de Godoy contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, objetivando ser nomeado e empossado no cargo de 'Oficial Administrativo Padrão 1-A'. Sustenta, em apertada síntese, o impetrante que foi aprovado nas etapas do concurso, obtendo classificação/posição nº 18, ou seja, dentro do número de vagas disponíveis para o Município em que se inscreveu. Após tornar pública a classificação, a Diretoria de Pessoal da PMSP determinou que os candidatos aprovados dentro do número correspondente de vagas aguardassem a nomeação, assim como a respectiva convocação para a inspeção médica. Sucede que, findo o prazo de validade do concurso, em 23/07/2017, não há mais que se falar em discricionariedade da Administração Pública ou mera expectativa do candidato aprovado, mas sim em incontestável direito subjetivo à nomeação e posse. Enfatizando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora, busca o impetrante, em caráter liminar, a sua imediata nomeação e convocação para submeter-se à inspeção médica, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), concedendo-se, a final, o writ. Pleiteia a outorga do benefício da justiça gratuita. 3) Defiro, inicialmente, os benefícios da gratuidade, nos termos do artigo 99, parágrafos 2º e 3º, do NCPC, porquanto evidenciado que o impetrante não reúne condições financeiras para suportar os encargos oriundos do processo, conforme documentação que exibiu. 4) Em exame perfunctório, próprio desta fase, não vislumbro, em concurso, os pressupostos da relevância na fundamentação do pedido e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que não possa aguardar o julgamento do writ pelo C. Órgão Especial. A concessão de liminar poderá acarretar lesão grave à Fazenda do Estado, posto que permitirá ao impetrante ter acesso ao cargo e receber vencimentos sem qualquer garantia de que, ao final, acaso denegada que seja a segurança, os valores possam ser devolvidos aos cofres públicos. A isso acresça-se que, admitir-se ab initio, a nomeação e posse do impetrante implicaria antecipação do exame do mérito da impetração, tarefa reservada ao C. Órgão Especial, juízo natural para dirimir a controvérsia, sem contar que há expressa proibição legal à concessão de liminar na hipótese de pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 12.016/2009), o que torna recomendável aguardar as informações necessárias e o desfecho final do mandamus. Processe-se, pois, o writ, notificando-se a digna autoridade apontada como coatora para prestar informações no prazo legal, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei n.º 12.016/2009, dando-se ciência da impetração à Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública do Estado de São Paulo. Oportunamente, ouça-se a douta Procuradoria Geral de Justiça (art. 12 da Lei n.º 12.016/2009)" *(cf. fls. 503/506).*

Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, situação aqui não entrevista.

Na verdade, o que pretende o agravante é empreender discussão a propósito do mérito do **writ**, finalidade que o agravo regimental evidentemente não possui; vale dizer, a jurisdição definitiva será alcançada a seu tempo, na extensão e profundidade devidas, ao ensejo do julgamento do mandado de segurança, oportunidade em que serão examinados todos os aspectos da causa, detalhadamente.

Embora não se desconheça a orientação perfilhada pelo E. Supremo Tribunal Federal quanto ao direito dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, é importante ressaltar que a própria Suprema Corte admite exceções, autorizando o não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública em hipóteses excepcionais, consoante tese delimitada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em regime de repercussão geral.

Por isso mesmo, não vislumbro, em sede de cognição superficial, a presença dos pressupostos necessários para o deferimento da liminar, notadamente o ***fumus boni iuris***, haja vista que as questões de direito invocadas pelo agravante estão a exigir exame mais aprofundado, o que não pode ocorrer de forma precipitada, no limiar da demanda, ausente, ainda, o perigo da demora, mormente diante da celeridade na tramitação das ações mandamentais.

O devido processo legal não se harmoniza com a precipitação e a unilateralidade; pelo contrário, exige equidistância e equilíbrio, cumprindo ao julgador levar também em consideração a situação do agravado – *que ainda não teve a oportunidade de prestar informações* – tornando-se imperioso, assim, aprofundar-se na cognição, com observância do contraditório, antes de prevalecer o ponto de vista sustentado por qualquer uma das partes.

Acesso ao Sumário

É oportuno, ainda, consignar que o artigo 927 do Código de Processo Civil não impõe a aplicação automática dos precedentes da Suprema Corte, pressupondo, na realidade, *"a similaridade do caso (na perspectiva fática e jurídica) e a correlata demonstração desta similaridade"* (*Cassio Scarpinella Bueno*, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, *2ª edição*, *pg. 739*), exigindo do magistrado a adequada e completa fundamentação para justificar sua incidência ou não ao caso concreto.

Cuidando-se, porém, de matéria relacionada ao mérito do ***mandamus***,

o assunto deverá merecer apreciação quando do julgamento definitivo pelo Colegiado.

De resto, observo que outros candidatos, aprovados no mesmo concurso público em que o impetrante, também manejaram recentemente mandados de segurança perante este C. Órgão Especial, envolvendo idêntica questão de direto, ficando igualmente indeferidas as liminares pleiteadas nos respectivos autos, quais sejam: MS nº 0038017-18.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Beretta da Silveira; MS nº 0038078-73.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Sérgio Rui; MS nº 2155734-17.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Sérgio Rui; MS nº 0041144-61.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Moacir Peres; e MS nº 0041009-49.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos.

É de ser chancelado, portanto, o ato judicial monocrático que denegou, sem ferir o mérito da controvérsia, a imediata nomeação e posse do impetrante, valendo ressaltar que somente a final é que se terá uma posição definitiva sobre as questões jurídicas suscitadas na inicial do ***mandamus***.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0014490-37.2017.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI,

Acesso ao Sumário

RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO V-1, DA LEI MUNICIPAL Nº 177/2002 E PARÁGRAFO 3º, DO ARTIGO 14, DA LEI Nº 343/09, AMBAS DO MUNICÍPIO DE QUADRA. ARGUIÇÃO SUSCITADA GENERICAMENTE. NÃO CONHECIMENTO. INCIDENTE QUE NÃO SE PRESTA A CONSULTA A RESPEITO DA VALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. PRECEDENTES DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL NESSE SENTIDO NÃO CONHECENDO DA ARGUIÇÃO.

A cláusula de reserva de plenário, para que possa ser exercida em sua plenitude, também deve obedecer aos requisitos essenciais à sua formulação, especialmente, a indicação precisa dos dispositivos legais tidos como possivelmente inconstitucionais e daqueles frente aos quais se faz o cotejo da constitucionalidade, ou seja, os parâmetros de constitucionalidade.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA.

VOTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** ajuizou ação civil pública de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e de ressarcimento de danos ao erário, contra **CARLOS VIEIRA DE ANDRADE**, contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE QUADRA**, e contra **RONALD ADRIANO RIBEIRO**. A inicial descreve a prática de ato de improbidade administrativa prevista no artigo 10, *caput*, da Lei Federal nº 8.492/92, e com fundamento naquele dispositivo pediu a condenação dos requeridos Carlos Vieira de Andrade e Ronald Adriano Ribeiro, nas sanções previstas no artigo 12, inciso II, da Lei Federal nº 8.429/92. Pleiteia, ainda, a condenação ao ressarcimento do valor total da lesão ao erário (vencimentos indevidamente recebidos por Ronald Adriano), com atualização monetária pelos

Acesso ao Sumário

índices oficiais de correção e acrescidos de juros de mora na taxa legal, a serem apurados na fase processual adequada. Subsidiariamente pretende, nos termos do artigo 11, *caput*, incisos I e V, da Lei nº 8.429/93, a aplicação aos requeridos Carlos Vieira de Andrade e Ronald Adriano Ribeiro, das penas previstas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, bem como a condenação ao ressarcimento ao erário do valor total da lesão (vencimentos recebidos por Ronald Adriano), com atualização monetária pelos índices oficiais de correção monetária e acrescidos de juros de mora na taxa legal, a serem apurados na fase processual adequada. Também requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 177/2002 e 343/2009, em relação à criação do cargo em comissão de Assessor Jurídico, e à extinção do cargo permanente de Procurador Jurídico. Pleiteia, igualmente a desconstituição dos atos administrativos de nomeação de Ronald Adriano Ribeiro para cargo de provimento em comissão de 'assessor jurídico' de Quadra, praticados com base em lei municipal inconstitucional, com o consequente afastamento definitivo do referido agente público e de desconstituir o ato administrativo de exoneração Emerson Caresia, do cargo de Procurador Jurídico, praticado com base em lei municipal inconstitucional, com a consequente reintegração do referido agente público.

Sentença de fls. 1.032/1.043 que julgou procedentes os pedidos para declarar a nulidade da Portaria nº 07/2009 (fl. 150), referente a exoneração de Emerson Caresia, em razão do reconhecimento *'incidenter tantum'* da inconstitucionalidade do art. 14, § 2º, da Lei Municipal nº 343/09 (fl. 148), determinando-se sua reintegração ao cargo de Procurador Jurídico; 2. Declarar a nulidade da Portaria nº 65 referente a nomeação do corréu Ronald Adriano Ribeiro, em razão do reconhecimento *'incidenter tantum'* da inconstitucionalidade do art. 2º, referente ao anexo V, da Lei Municipal nº 177/09 (fl. 487/488); 3. Condenar o corréu Carlos Vieira de Andrade: a) ressarcir integralmente os danos provocados, consistente nos vencimentos ilegalmente percebidos por Ronald Adriano, a ser apurado mediante liquidação por cálculo aritmético, corrigidos de acordo com a Tabela Prática do TJSP, desde a citação, acrescidos de juros de mora, nos termos do artigo 406 do Código Civil, c.c. art. 161, parágrafo 1º, do CTN, desde a data dos pagamentos; b) decretar a perda do mandato ou cargo que esteja exercendo, seja por concurso ou por eleição, exercido pelo réu e suspender seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, com fundamento nos artigos 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, determinando que após operado o trânsito em julgado desta seja oficiado ao E. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo e à Zona Eleitoral de Tatuí para implementação da suspensão; c) proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos; 4. Condenar o corréu Ronald

Acesso ao Sumário

Adriano Ribeiro: a. ressarcir integralmente os danos provocados, consistente nos vencimentos ilegalmente percebidos, a ser apurado mediante liquidação por cálculo aritmético, corrigidos de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, desde a citação, acrescidos de juros de mora, nos termos do art. 406 do Código Civil c.c. art. 161, § 1º do CTN, desde a data dos pagamentos; b. decretar a perda do mandato ou cargo que esteja exercendo, seja por concurso ou por eleição, exercido pelo réu e suspender seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, com fundamento nos artigos 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal e 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, determinando que após operado o trânsito em julgado desta seja oficiado ao E. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo e à Zona Eleitoral de Tatuí, para implementação da suspensão; c. proibi-lo de contratar com o Poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos; 5. Condenar os corréus sucumbentes ao pagamento das custas, despesas ressalvando-se os honorários advocatícios, vez que se trata de ação civil pública proposta pelo Ministério Público e a gratuidade eventualmente concedida.

Opostos embargos de declaração (fls. 1.051/1.058 e 1.060/1.063), restaram rejeitados (fls. 1.064/1.064-verso).

Apelaram, Carlos Vieira de Andrade (fls. 1.067/1.094), Município de Quadra (fls. 1.098/1.121) e Ronald Adriano Ribeiro (fls. 1.161/1.189).

Processados os recursos, foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.203/1.225).

Parecer, da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo desprovimento dos recursos (fls. 1.231/1.243).

Por acórdão de fls. 1.253/1.264, a Colenda 7ª Câmara de Direito Público suspendeu o processo, remetendo os autos a este Órgão Especial, para análise da questão prejudicial, consistente na inconstitucionalidade do Anexo V-01, da Lei Municipal nº 277/02 e artigo 14, parágrafo 3º, da Lei Municipal nº 343/09.

Opostos embargos de declaração (fl. 1.272), abriu-se vista à parte contrária (fls. 1.277/1.279), restaram acolhidos para sanar o erro material, devendo constar que as Leis Municipais a serem analisadas quanto à constitucionalidade são: anexo V-01 da Lei Municipal nº 177/02 e art. 14, § 3º da Lei Municipal nº 343/09 (fls. 1.283/1.286).

Parecer, da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pela procedência do incidente de arguição de inconstitucionalidade (fls. 1.295/1.305).

É o relatório.

Não se conhece da arguição de inconstitucionalidade.

Note-se que a cláusula de reserva de plenário, para que possa ser

exercida em sua plenitude, também deve obedecer aos requisitos essenciais à sua formulação, especialmente, a indicação precisa dos dispositivos legais tidos como possivelmente inconstitucionais e daqueles frente aos quais se faz o cotejo da constitucionalidade, ou seja, os parâmetros de constitucionalidade.

Constou da fundamentação do v. aresto que suscitou o presente incidente, *verbis*:

> *"A demanda ajuizada pelo Ministério Público visa à condenação dos réus por improbidade administrativa e ressarcimento de danos ao erário devido à exoneração de Procurador Jurídico concursado, Emerson Caresia, e a nomeação para cargo em comissão de Assessor Jurídico, Ronald Adriano Ribeiro, segundo o Ministério Público, para assumir as funções do servidor exonerado. O autor expõe na inicial que as leis municipais que embasaram a exoneração do servidor concursado e a contratação do assessor são inconstitucionais, pois admitem a contratação sem concurso. Sustenta que os atos administrativos são nulos devido ao desvio de finalidade, violando-se o disposto no art. 37, II e V da Constituição Federal e ensejando a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.*
>
> *Em análise dos autos verifica-se que houve declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal n. 277/02, que possibilitou que o ocupante em cargo em comissão exerça funções, que segundo sustentou o autor, seriam meramente técnicas e burocráticas. E ainda da Lei Municipal n. 343/09, que criou e reorganizou as Secretarias Municipais, tendo considerado extinto o único cargo de Procurador Jurídico concursado.*
>
> *O anexo V-01 da Lei Municipal 277/02 (fls. 487/488) assim descreve sumariamente as atribuições do cargo em comissão de Assessor Jurídico:*
>
> *'Assessora e representa juridicamente a Administração Pública Municipal e representa-a em juízo ou fora dele nas ações em que esta for autora ou interessada, para assegurar os direitos pertinentes ou defender seus interesses.'*
>
> *Descreve ainda as atribuições de forma detalhada:*
>
> *'Estuda ou examina documentos jurídicos e de outra natureza analisando seu conteúdo, com base nos códigos, leis, jurisprudências e outros documentos para emitir pareceres fundamentados na legislação vigente. Apura ou completa informações levantadas, acompanhando o processo em todas as suas fases e representando a parte que é mandatária em juízo para obter os elementos necessários à defesa ou acusação. Representa a organização em juízo ou fora dele, acompanhando o processo, redigindo petições para defender os interesses da Administração Municipal. Presta assistência às unidades administrativas em assuntos de natureza jurídica, elaborando e ou emitindo pareceres nos processos administrativos, como licitação, contratos, distratos,*

Acesso ao Sumário

convênios, consórcios, questões trabalhistas ligadas à administração de recursos humanos etc., visando assegurar o cumprimento de leis e regulamentos. Promove a cobrança judicial da dívida ativa e de qualquer outro crédito do município, visando o cumprimento de normas quanto a prazos legais para liquidação dos mesmos. Responsabiliza-se pela correta documentação dos imóveis da Administração Pública Municipal, verificando documentos existentes, regularização e ou complementação dos mesmos para evitar e prevenir possíveis danos. Redige documentos jurídicos, pronunciamentos, minutas e informações sobre questões de natureza administrativa, fiscal, civil, comercial, trabalhista, penal e outras, aplicando a legislação em questão para utilizá-los na defesa da Administração Municipal. Examina texto de projetos de leis que serão encaminhados à Câmara, bem como as emendas propostas pelo Poder Legislativo, e elaborando pareceres, quando for o caso, para garantir o cumprimento dos preceitos legais vigentes. Mantém contatos com consultoria técnica especializada e participa de eventos específicos da área, para se atualizar nas questões jurídicas pertinentes à Administração Municipal. Executa outras tarefas correlatas determinadas pelo superior imediato.'

E o art. 14, § 3º da Lei Municipal n. 343/2009 dispõe (fls. 148):

'Art. 14 Para implantação da organização administrativa de que trata esta Lei ficam criados no Quadro de Pessoal do Município os cargos e empregos públicos relacionados abaixo:

Discriminação Nível Nº de vagas Carga horária Ref.

Diretor Financeiro Superior (01) uma 40 horas semanais 35 Diretor Administrativo Superior (01) uma 40 horas semanais 35 Diretor de Esportes Superior (01) uma 40 horas semanais 35 Assessor de Governo

Assessor Jurídico Superior (01) uma 40 horas semanais 35-E Assessor Técnico Superior (07) sete 40 horas semanais 23

Prof. Educ. Física Superior (02) duas 40 horas semanais 15 Instrutor de Esportes Médio completo (02) duas 40 horas semanais 08 Escriturário Médio completo (04) quatro 40 horas semanais 07 (...)

§ 3º – Fica extinto o cargo de Procurador Jurídico criado pela Lei Municipal nº 166, de 14 de Maio de 2002 e constante do ANEXO I da citada Lei.'

Nesse particular, reputo a existência de questão prejudicial acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos legais.

O artigo 97 da Constituição Federal dispõe que: 'somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público'.

O artigo 481 do Código de Processo Civil, ao tratar da declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais, assim dispõe: 'se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o

Acesso ao Sumário

acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno'.

Assim, o caso deve submeter o tema ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, a quem compete a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, se for o caso.

É também o que prevê a Súmula Vinculante nº 10 do C. Supremo Tribunal Federal: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Ante o exposto, pelo meu voto, suspendo o processo, remetendo-se os autos ao E. Órgão Especial deste Tribunal, para análise de questão prejudicial acerca da inconstitucionalidade do anexo V-01 da lei Municipal n. 277/02 e art. 14, § 3º da lei Municipal n. 343/09.".

Como se pode constatar da simples leitura do v. aresto, verifica-se que o ilustre Relator não apreciou a questão da constitucionalidade das Leis Municipais, Anexo V-01, da Lei nº 177/2002, e parágrafo 3º, do artigo 14, da Lei nº 343/09, de modo que não apontou os motivos pelos quais entenderia existir a inconstitucionalidade dos atos normativos do Município de Quadra, frente o texto da Constituição Bandeirante.

Fez uma referência genérica às normas, citando seus conteúdos, contudo, sem fazer qualquer digressão acerca da existência de inconstitucionalidade ou quais os dispositivos constitucionais violados.

Por pertinência, reproduzo excerto de parecer da D. Procuradoria de Justiça, nos autos de outra arguição de inconstitucionalidade a de nº 0031518-18.2017.8.26.0000, cujos fundamentos acolho integralmente e passam a agregar aos do meu voto:

"O incidente não deve ser conhecido. Com efeito, o incidente de inconstitucionalidade não se consubstancia em consulta do órgão julgador fracionário ao tribunal pleno nem tem outra finalidade senão a declaração de inconstitucionalidade 'incidenter tantum' em julgamento 'per saltum'".

Como se vê, inviável o conhecimento do incidente.

Por fim, assinalo ser firme o entendimento deste Colendo Órgão Especial ao não conhecer a arguição de inconstitucionalidade, tal como formulada na espécie. Nesse sentido:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º do art. 43 da Lei Complementar Estadual nº 1.059, de 18 de setembro de 2008, com a redação dada pelo artigo 32, inciso VI, alínea 'b', da Lei Complementar Estadual nº 1.122, de 30 de junho de 2010. Controvérsia sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da norma que, entretanto, não foi enfrentada de forma expressa pela C. Câmara suscitante. Necessidade dessa prévia manifestação como condição

Acesso ao Sumário

para o conhecimento do incidente. Inteligência dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Precedentes deste C. Órgão Especial.

(0059466-37.2014.8.26.0000 Relator: FERREIRA RODRIGUES; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 03/12/2014; Data de registro: 17/12/2014)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 3º e 4º, caput e § 1º, da Lei Complementar n. 2.209/07 do Município de Ribeirão Preto, que tratam do dever de executar obras de instalação e interligação de rede pública de captação de esgotos – Hipótese em que, no despacho que recebeu a apelação, aventou-se a necessidade de verificação da constitucionalidade dos dispositivos legais, sem, contudo, apontar a suposta inconstitucionalidade – Impossibilidade – Incidente que não se presta a consulta a respeito da validade dos atos normativos – Necessidade de indicação dos dispositivos constitucionais supostamente violados – Precedentes – Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

(0066032-31.2016.8.26.0000 Relator: MOACIR PERES; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 19/04/2017; Data de registro: 20/04/2017)

No mesmo sentido, confira-se também: 0019057-14.2017.8.26.0000, Relator: FRANCISCO CASCONI; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 05/07/2017; Data de registro: 06/07/2017.

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**, determinando-se o retorno dos autos à Colenda 7ª Câmara de Direito Público para o prosseguimento do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0034281-89.2017.8.26.0000, da Comarca de Jardinópolis, em que é suscitante 15ª 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 PRELIMINAR E NÃO CONHECERAM DO INCIDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.449)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI

Acesso ao Sumário

FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.340/89 do município de Jardinópolis, que dispõe sobre a instituição de imposto de transmissão "inter-vivos", dando outras providências. – Derrogação e alteração da redação original do art. 3º, e da revogação tácita dos arts. 4º e 5º da Lei nº 1.340/89, bem com da revogação do Decreto nº 1.888/89 – Perda do objeto – Incidente não conhecido.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade de Lei, suscitado pela 15ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em face da Lei nº 1.340/89 do município de Jardinópolis, que dispõe sobre a instituição de imposto de transmissão "inter-vivos", dando outras providências.

A Câmara suscitante observa que a norma ora guerreada se encontra em dissonância com o disposto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal e artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Parecer Ministerial a fls., pela declaração de constitucionalidade da norma.

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar de não conhecimento do presente incidente.

Colhe-se dos autos que o art. 3º, da Lei Municipal nº 1.340/1989, foi alterado pelas Leis Municipais nº 1.633/1992 e nº 4.287/2015, todas do Município de Jardinópolis.

Na sequência, a edição dos Decretos nº 1.889/89; nº 5.127/2014; nº 2.834/98 e nº 4.175/2009, vieram a retirar do ordenamento jurídico a norma ora guerreada.

Diante da derrogação e alteração da redação original do art. 3º, e da revogação tácita dos arts. 4º e 5º da Lei nº 1.340/89, bem com da revogação do Decreto nº 1.888/89, todos do Município de Jardinópolis, resta impossível o

controle de constitucionalidade pretendido nestes autos.

Isto posto, não se conhece do incidente.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0032939-43.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.607)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Declinada a competência pela Eg. 5ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 17ª Câmara Seção de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público.

Ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos ajuizada pela Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB-SP contra particular que estaria

supostamente esbulhando unidade habitacional pertencente à autora.

Sociedade de economia mista que atua no âmbito de políticas públicas referentes a moradia popular. Esbulho possessório de imóvel considerado bem público.

Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público (art. 3º, I.11). Precedentes. Competência da Eg. 5ª Câmara de Direito Público (Art. 200 do RITJ).

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 17ª Câmara de Direito Privado** contra a **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** deste **Tribunal de Justiça** nos autos de **ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos** (fls. 01/18 dos autos originários) ajuizada pela Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB-SP contra particular que estaria supostamente esbulhando unidade habitacional a ela pertencente.

A **Eg. 5ª Câmara de Direito Público**, entendendo tratar-se de questão eminentemente privada, não conheceu do recurso, e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 16/21).

Redistribuídos (fls. 23), a **Eg. 17ª Câmara de Direito Privado** declarou-se incompetente e suscitou conflito de competência (fls. 28/33).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 5ª Câmara de Direito Público, ora Suscitada.

Trata-se de **agravo de instrumento** (fls. 01/09) de decisão (fls. 86 dos autos originários) indeferindo os benefícios da assistência judiciária gratuita em **ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos** (fls. 01/18 dos autos originários) ajuizada pela Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB-SP contra particular que estaria supostamente esbulhando unidade habitacional a ela pertencente.

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do pedido contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103 do RITJ-SP**:

> *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do **pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

Acesso ao Sumário

Ora, a ação tem por **objeto** a retomada de unidade habitacional destinada a política pública de habitação e que, em tese, estaria sendo ocupada irregularmente por terceira pessoa, nos seguintes termos:

"O 'Conjunto Habitacional Garagem' foi implantado em área desapropriada pela Municipalidade por meio do DIS n.º 229.619/91, com imissão na posse registrada no 12º R.I., Matrícula n.º 139.542 em 11/04/02 (Doc. 04)."

"Referido empreendimento foi TRANSFERIDO para COHAB-SP através de escritura de Doação, sendo promovida à conclusão da regularização do empreendimento, bem como, dado início a regularização da ocupação da unidade habitacional citada acima e objeto da Matrícula nº 183.754 do 12º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo/SP (Doc. 05)."

"Enquanto não concluída a regularização do empreendimento, a Prefeitura de São Paulo – PMSP formalizou Termo de Permissão de Uso com o Sr. CARLOS ALBERTO LUCIANO DA FONSECA (Doc. 06), referente ao imóvel identificado pelo Apto. 54 – Bloco F 01 da Rua Manuel Rodrigues nº 132, Jardim Pedro Nunes."

"Umas das obrigações do Termo de Permissão de Uso diz respeito à comercialização das unidades habitacionais com a assinatura do respectivo contrato de venda e compra."

"Todavia, em agosto de 2014 o Sr. CARLOS ALBERTO LUCIANO DA FONSECA apresentou um TERMO DE DESISTÊNCIA (Doc. 07) referente aos direitos sobre a compra da unidade habitacional, indicando a Ré e atual ocupante Sra. TATIANA DA FONSECA BALENZUELA para a compra do referido bem."

"Com vistas a regularizar a situação da unidade habitacional em questão, o Termo de Permissão de Uso em nome do Sr. CARLOS ALBERTO LUCIANO DA FONSECA foi revogado (Doc. 08), bem como foi notificada a Ré para que fossem juntados os documentos necessários para formalização do contrato de compra e venda do imóvel (Doc. 09)."

"Ocorre que, embora tenha apresentado parte dos documentos necessários, a Ré não atendeu as demais notificações feitas pela Autora COHAB-SP, no caso requerendo a juntada do comprovante que a mesma residia no imóvel a mais de ano (Doc. 10), requisito este imprescindível para a aquisição da unidade habitacional, assim como descrito no rol de documentos constante nas notificações encaminhadas a Sra. TATIANA DA FONSECA BALENZUELA."

"Diante de tal situação, a ocupação se tornou irregular em autêntico esbulho possessório, conforme disciplina o artigo 1210 do

Acesso ao Sumário

Código Civil, não podendo a Autora – COHAB-SP quedar-se inerte, o que justifica a medida judicial possessória ora ajuizada, a fim de que o imóvel seja inteiramente desocupado, possibilitando assim a concessão de habitação popular a quem realmente se encontra necessitado." (fls. 02/03 dos autos originários).

Formularam-se os seguintes pedidos:

"... a Autora – COHAB-SP REQUER a Vossa Excelência:"

"a) a concessão da tutela antecipada de evidência, para que seja deferida a imediata reintegração de posse da unidade habitacional Rua Manuel Rodrigues nº 132 BLOCO F 01, Apartamento 54, Conjunto Habitacional Garagem, Jardim Pedro Nunes, com a expedição do competente mandado e, finalmente a sua conversão em reintegração definitiva."

(...)

"Requer, finalmente, digne-se Vossa Excelência de determinar a citação por mandado da Ré e de quem mais porventura for encontrado ocupando os imóveis, para, querendo, contestar a ação, sob pena de confissão e de serem tidos como verdadeiros os fatos alegados pela Autora – COHAB-SP, JULGANDO-SE PROCEDENTE A AÇÃO, para determinar, de forma definitiva a reintegração definitiva da Autora na posse do imóvel objeto da presente demanda e perdas e danos que forem apuradas, condenando-as ainda, no pagamento das custas, despesas processuais, honorários advocatícios e demais cominações de estilo." (fls. 07 dos autos originários).

Trata-se, efetivamente, de demanda da COHAB contra ocupante de imóvel que lá entrou por liberalidade do anterior permissionário, com interesse na aquisição do bem, sem, no entanto, ter concluído o procedimento para tanto, mas que lá continua a permanecer.

E, tal como posta a questão do esbulho possessório, impende reconhecer a competência da **Seção de Direito Público** para processar e julgar o feito.

De início, cumpre assinalar que a Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB é sociedade de economia mista que atua no âmbito de **políticas públicas** relativas a **moradia popular**. Segundo seu estatuto (fls. 09/21 dos autos originários), ela tem como uma de suas finalidades *"... estudar os problemas de habitação, principalmente habitação popular, notadamente na área metropolitana de São Paulo, planejar e executar suas soluções, em coordenação com os diferentes órgãos públicos ou privados, municipais ou não, visando tornar acessível às classes de menor renda a aquisição ou construção de casa própria"* (fls. 10).

Acesso ao Sumário

Assim, embora **formalmente** se trate de pessoa jurídica de direito

privado, é certo que o imóvel que se pretende retomar tem **notória** afetação ao **interesse público**.

Razoável, pois, considerá-lo **bem público**, sujeito ao regime jurídico de direito público.

Conforme **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**:

*"**Bens públicos** são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), **bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público**."*

"O conjunto de bens públicos forma o 'domínio público', que inclui tanto bens imóveis como móveis."

*"Esta noção acolhe as procedentes lições do iluminado publicista Ruy Cirne Lima, segundo quem, **a noção de domínio público é mais extensa que a de propriedade, pois nele se incluem bens que não pertencem ao Poder Público; a marca específica dos que compõem tal domínio é a de participarem da atividade administrativa pública**, encontrando-se, pois, sob o signo da relação de administração, a qual domina e paralisa a propriedade, mas não a exclui."*

*"A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. **Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público**."* (grifei – "Curso de Direito Administrativo" – Malheiros Editores – 2015 – pp. 937/938).

Ademais, a controvérsia envolve **permissão de uso**, *"... ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração facultada ao particular a utilização individual de determinado bem público"*, convindo destacar que, *"... a permissão, enquanto vigente, assegura ao permissionário o uso especial e individual do bem público, conforme fixado pela Administração, e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais, inclusive ações possessórias para proteger a utilização na forma permitida."* (**HELY LOPES MEIRELLES** – "Direito Administrativo Brasileiro" – Malheiros Editores – 2014 – p. 606).

Acesso ao Sumário

Ora, inequívoco tratar-se de controvérsia típica de **direito público**. Desocupação forçada de bem público por renitente usuário.

O exercício da defesa possessória, no caso, se faz, seja pela natureza do

bem, ou afetação dele ao interesse público determinante de sua instituição – permissão de uso do bem público.

Daí se justificar a competência da **Seção de Direito Público**:

"***Art. 3º.*** *A* ***Seção de Direito Público****, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:"*

"I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:"

(...)

"I.11 – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e ***de uso e ocupação de bem público****; (Redação dada pela Resolução nº 736/2016)."*

Assim tem decidido este **Eg. Órgão Especial** em casos análogos:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO POSSESSÓRIA – BENS PÚBLICOS – A Resolução nº 623/2013 conferiu à Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações relativas a uso e ocupação de bens públicos (art. 3º, inc. I.7.a, e 5º, inc. II.7) – Regime de direito público que prevalece sobre quaisquer relações acerca do bem, independentemente da natureza das partes em juízo – Conflito procedente. Competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso." (CC nº 0.055.485-63.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 21.10.15 – Rel. Des. **MOACIR PERES**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reintegração de Posse. Imóvel de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano do Estado de São Paulo – CDHU. Sociedade de Economia Mista. Natureza de bem público, vez que se trata de imóveis vinculados à política habitacional do Governo do Estado. Competência da 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, ao teor do art. 3º, I.7a da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014. Precedentes. Conflito improcedente, competente a C. 8ª Câmara de Direito Público desta Corte." (CC nº 0.032.232-12.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 17.08.16 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

"Conflito de competência. Apelação. Reintegração de posse. Imóvel ocupado mediante termo de ocupação com opção de compra. Esbulho cometido por terceiro estranho ao negócio jurídico entabulado, sem vínculo de parentesco com a contratante. Conflito acolhido, fixada

Acesso ao Sumário

a competência na C. 10ª Câmara de Direito Público." (AC 0.039.527-03.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 28.09.16 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Embargos à Execução de valores relativos à Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – EMTU. Matéria afeta à Câmara de Direito público por se tratar de discussão acerca de uso de bem público – Competência que, diante dos termos do artigo 103 do RITJSP é aferida pelo pedido inicial – irrelevância, para fins de fixação de competência, da natureza da parte – Interesse Público inerente – Inteligência do artigo 3º, I.7.a da Resolução nº 623/2013 com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 648/2014, do Órgão Especial – Conflito procedente, competente a d. Câmara suscitada, 6ª Câmara de Direito Público." (CC nº 0.062.835-68.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 01.02.17 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

Em suma, trata-se de lide possessória envolvendo uso de **bem público**. Aplicável o disposto no **art. 3º, I.11 da Resolução nº 623/13**.

Procedente o conflito, nos termos do **art. 200 do Regimento Interno**, firmo a competência da suscitada **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 5ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0023802-37.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, RICARDO ANAFE E BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 28.171)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES (com declaração), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado de ação civil pública promovida pela Prefeitura Municipal de Campinas contra Associação de Moradores do Residencial São Miguel do Piauí, bem como os responsáveis pelo parcelamento irregular e os compradores das frações ideais, objetivando a regularização de parcelamento do solo (loteamento irregular) – Petição inicial que narra ser irregular a ocupação, desprovida de planejamento e sem observância dos parâmetros mínimos de parcelamento, uso e ocupação do solo, acrescentando que os ocupantes estão furtando energia elétrica, improvisando ligações de água e despejando dejetos em condições irregulares, provocando danos ao meio ambiente e colocando em risco a saúde dos próprios moradores, havendo ofensa imediata a bens e direitos de valores urbanísticos com degradação do meio ambiente – Ausência de discussão em torno de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrárias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo – Competência, segundo o entendimento pessoal do Relator, da Seção de Direito Público.

Regramento novo, todavia, a ser levado em consideração – Resolução nº 785, de 1º de agosto de 2017, que, alterando o disposto nos artigos 3º, inciso

Acesso ao Sumário

I.12, e 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, agora atribui à Seção de Direito Público a competência para julgar ações que tais – Ressalva, porém, de que a norma modificadora se aplica apenas aos processos distribuídos "a partir de sua vigência" – Exceção à aplicação da norma expressa que conserva a orientação que vinha prevalecendo no C. Órgão Especial – Alinhamento a essa orientação, com ressalva do entendimento pessoal do Relator.

Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitante (3ª Câmara de Direito Privado).

VOTO

Trata-se de conflito de competência (nos autos do agravo de instrumento) instaurado em torno de saber qual das Seções desta Corte é competente para julgar *"ação civil pública promovida pela Prefeitura Municipal de Campinas contra Associação de Moradores do Residencial São Miguel do Piauí, bem como os responsáveis pelo parcelamento ilegal e todos os compradores das frações ideais"* (fls. 18/22). O conflito se dá entre Câmaras das Seções de Direito Privado e de Direito Público.

Distribuído o agravo de instrumento nº 2051366-25.2015.8.26.000 à 13ª Câmara de Direito Público, o Relator (Desembargador BORELLI THOMAZ – fls. 63/70), por decisão monocrática, não conheceu do recurso de agravo de instrumento e determinou a remessa dos autos à Primeira Subseção de Direito Privado, porque:

> "A disputa, como visto, é, em suma, paralisação de obras em loteamento irregular, a resultar em não ser caso de conhecimento do recurso nesta Câmara de Direito Público, pois a competência recursal para a matéria em disputa é de uma das C. Câmaras da Primeira Subseção de Direto Privado, como está na Resolução 623/13.
>
> "Com efeito, o item I.21 dessa Resolução dispõe ser da competência da Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras) o julgamento das *ações relativas a loteamentos e a localização de lotes*, deixando claro o seu item I.35 ser competente, ainda, para o julgamento de *ação civil pública, relacionada com matéria da própria Subseção*.
>
> "Recentes decisões nesse mesmo sentido em julgamento do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça definem a competência para disputas desse jaez:
>
> "(...)
>
> "Como pá de cal, colho fundamento posto em recentíssimo voto

Acesso ao Sumário

do D. Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, proferido no C. Órgão Especial em 25 de março de 2015: *observe-se que demandas dessa natureza – para regularização de loteamento – sempre foram apreciadas pela Seção de Direito Privado, deslocando-se a competência recursal para a de Direito Público tão somente quando o pedido principal ou prevalente apresenta questão ambiental (ausente na hipótese dos autos), e nada justifica mudar essa orientação agora, máxime quanto, no caso, repita-se, preocupações outras (urbanísticas ou ambientais) são secundárias, como já apontado*".

O feito foi ter, então, à 3ª Câmara de Direito Privado (fls. 71), tendo o Relator, Desembargador DONEGÁ MORANDINI, concedido "parcial efeito suspensivo ao agravo apenas para sobrestar a ordem de desocupação da área e demolição das edificações provisórias, à vista da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, preservando-se, no mais, a r. decisão recorrida" (fls. 72)." A Turma Julgadora (v. acórdão, fls. 74/78), não conheceu do recurso, suscitando conflito de competência, porque:

"O objeto da ação civil pública, pelo que se colhe da própria decisão recorrida, centra-se na imposição **"... aos réus a obrigação de regularizar ou desfazer o parcelamento e reparar os prejuízos causados aos compradores"**, acrescentando, ainda, **"os danos causados ao meio ambiente e ao padrão urbanístico é manifesto em face do descumprimento das normas públicas pertinentes à questão"** (fls. 30).

"Nítido, portanto, que o Município de Campinas pretende a regularização do loteamento ou o seu desfazimento, fazendo cumprir o seu poder administrativo e fiscalizatório. É puro direito urbanístico municipal quanto ao parcelamento do solo.

"Aliás, em caso parelho, o Colendo Órgão Especial deste Tribunal assentou: '**...Ausência de discussão em torno de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrárias, não obstante a autorização municipal seja igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo. Competência da Seção de Direito Público ...**' (Conflito de Competência n. 0053965-05.2014.8.26.0000, ... Relator Designado João Carlos Saletti, j. 22 de outubro de 2014).

"Nos termos do art. 3º, Resolução n. 623/13, do C. Órgão Especial deste Tribunal, compete a Seção de Direito Público, "1.2 – Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"; 1.10 – Ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção". Falece, portanto, competência a esta Câmara para conhecimento do agravo".

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 79/81).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 3ª Câmara de Direito Privado (fls. 87/92).

É o relatório.

1. Transcrevi propositadamente os textos dos v. arestos em confronto, para evidenciar as posições divergentes.

Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação.

A Ação Civil Pública em debate, fundamentada nos artigos 30, VII e 182 da CF/88, somado aos artigos 1º, IV e VI; 2º, 3º, 5º, III; 11 e 12, da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, bem como nos termos do art. 247 e seguintes do Código Civil c/c artigos 273, 287, 461, 632 e 644 do Código de processo Civil, Lei Federal nº 6766/79, Lei Complementar 09/03 (Código de Obras), Lei Municipal nº 6031/88 (Lei de Uso e Ocupação do Solo), Código Florestal e demais dispositivos aplicáveis ..." (fls. 1/19 – autos de origem), objetiva a

"... **proibição quanto a continuidade do parcelamento clandestino, bem como a comercialização de lotes de terrenos, o recebimento de valores provenientes das negociações, a efetivação de propaganda e a construção de obras irregulares; proibir os requeridos, bem como os futuros adquirentes de iniciar qualquer construção no local, sem a aprovação do Poder Público e os que já iniciaram as construções, que procedam a demolição e a desocupação imediata da área invadida, bem como a restauração do meio ambiente, com a retirada de entulho e materiais provenientes da ocupação, com o restabelecimento da vegetação natural no local denominado 'Residencial São Miguel do Piauí em Campinas'** ...".

Sustenta a Prefeitura do Município de Campinas: **a)** a Secretaria Municipal de Habitação noticiou a ocorrência de parcelamento irregular de um imóvel denominado "Residencial São Miguel do Piauí", cujos fatos estão sendo investigados pelo Ministério Público (9ª Promotoria de Justiça Cível de Campinas); **b)** a gleba irregularmente parcelada é formada por dois imóveis com matrículas distintas, remanescentes da Fazenda Boa Vista, que teria sido adquirida pela Associação de Moradores, dirigida pelo representante da associação, o qual iniciou a venda de dezenas de unidades no local, sem qualquer aprovação oficial; **c)** sobre os lotes foram erigidas construções de alvenaria; **d)** a ocupação é desprovida de planejamento e não observa parâmetros mínimos de parcelamento, uso e ocupação do solo; **e)** ademais, os ocupantes estão furtando energia elétrica,

Acesso ao Sumário

improvisando ligações de água e despejando dejetos em condições irregulares; **f)** tais práticas provocam danos ao meio ambiente e colocam em risco a saúde dos próprios ocupantes e dos moradores das proximidades, dado que poderão ocorrer curtos-circuitos, incêndios, contaminação da rede de água e do solo; **g)** a ocupação clandestina em área situada no perímetro municipal ocorreu com ofensa imediata a bens e direitos de valores urbanísticos com degradação do meio ambiente.

Essa a demanda, e com base na peça inaugural é que se define a competência.

2. O pedido de regularização do loteamento, como se vê, foi formulado pelo Município em face da Associação de Moradores do Residencial São Miguel do Piauí, bem como dos responsáveis pelo parcelamento irregular e todos os compradores das frações ideais, "cujos fatos estão sendo investigados pelo MD. Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, 9ª Promotoria de Justiça Cível de Campinas, nos autos do Inquérito Civil nº 13/12, PI nº MP 66.0713.0005868/2012-5" (fls. 4 dos autos de origem).

A natureza jurídica das pessoas nos polos da relação processual, sabe-se, não interfere na distribuição da competência interna.

Cabe ao Município o dever legal de controle do uso, ocupação e parcelamento do solo, adotando as medidas aptas a prevenir ou atenuar suas repercussões danosas.

Por essa razão, formula o autor, ente público, pedidos em face da associação, dos loteadores e dos adquirentes, para impor-lhes o dever de cumprir obrigações de fazer tendentes à regularização do loteamento.

Como é bem de ver, a causa de pedir e as pretensões exercidas pelo autor trazem para o feito questões de direito público que escapam à competência das Câmaras de Direito Privado.

A competência dessa Seção para as ações civis públicas relativas a loteamento diz respeito apenas a matérias de direito privado. É o caso, *v. g.*, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em relação em favor ou em proteção dos direitos dos adquirentes dos lotes ou à imposição de medidas para a correta implantação do loteamento em proveito deles. No caso em exame a matéria em discussão é especialmente pública, porque diz com o direito urbanístico e municipal do parcelamento do solo.

Em situação assemelhada, a 10ª Câmara de Direito Privado, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 640.775.4/8-00 (atual nº 9040868-52.2009.8.26.0000, do qual fui relator (j. 28.04.2009), amparada por v. aresto deste C. Órgão Especial, decidiu:

> "... Trata-se de agravo interposto nos autos de ação civil pública visando regularização de loteamento clandestino.

Acesso ao Sumário

(...)

"O Colendo Órgão Especial, julgando a Dúvida de Competência nº 169.453.0/0-00 (j. 14.01.2009, relator o Desembargador EROS PICELI), afirmou que

'Em matéria de loteamento, a competência do tribunal está dividida entre as câmaras da Seção de Direito Privado I (1ª a 10ª) e a de Direito Público. Ações que discutem o loteamento sob o âmbito do Direito Privado, como a cobrança de despesas, discussão a respeito de lotes, por exemplo, pertencem à primeira. Quando há discussão a respeito de descumprimento de atos administrativos a cargo da municipalidade ou de órgãos estaduais, a competência é do Direito Público.

'No caso concreto, verifica-se que o Ministério Público pretende a regularização de loteamento irregular, atacando a omissão do Município de Monte Alto em relação aos atos administrativos ligados à aprovação do loteamento, além das providências para a sua regularização.

'É certo que há pedido, também, de indenização de todos os réus pelos danos urbanísticos e ambientais, matéria que surge em razão da irregularidade do loteamento, conseqüência dela, e não como 'interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente', como refere a resolução 240.

'Não há discussão a respeito do meio ambiente que envolve o loteamento, mas apenas pedido de reparação por eventuais danos a ele causados pelas condutas ativas e passivas dos réus. Como há discussão a respeito de atos administrativos, a competência é da Seção de Direito Público.

'A decisão deste Órgão Especial na dúvida de competência 165.669 da comarca de Mairinque, relator Desembargador José Roberto Bedran, julgada em 20 de agosto de 2008, constitui precedente importante a respeito da matéria e fica aqui expressamente adotada'.

"A demanda em pauta foi proposta contra as pessoas naturais responsáveis pelo parcelamento do solo, o MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e a SAPESP, ora agravante.

"A causa de pedir é integrada, dentre outros fatos, pela afirmação de que o Município mostrou-se omisso, pois não promoveu a efetiva fiscalização e, ao contrário, atuou positivamente ao incentivar a ocupação por meio do desmembramento da área em lotes, para fins de IPTU (fls. 25/26). Daí o pedido de condenação do Município a diversas obrigações de fazer (cf. elenco às fls. 37 c.c. 39, itens 1 e 2, letra 'e'), sob pena de multa e de, no particular, responsabilização pessoal do chefe do Poder Executivo (fls. 40).

"Como é bem de ver, a par de versar questões típicas do direito

Acesso ao Sumário

público, a causa se enquadra no figurino do precedente julgado pelo C. Órgão Especial. A matéria em discussão, portanto, é da competência de uma das Câmaras de Direito Público".

Essa a orientação seguida pelo C. Órgão Especial em situações semelhantes e decisões recentes, como lembra o v. acórdão da E. Câmara suscitante: Dúvida de Competência nº 0021027-59.2011.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 04.05.2011; Conflito de Competência nº 0050005-12.2012.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, j. 23.05.2012; Conflito de Competência nº 0141364-09.2013.8.26.0000, Rel. Grava Brazil, j. 18.09.2013; CC 0053965-05.2014.8.26.0000, da relatoria do signatário deste voto, j. 22.10.2014.

3. A situação aqui não é diversa.

O objetivo da demanda é o de fazer cessar o parcelamento clandestino do solo, por lesar o meio ambiente e a ordem urbanística municipal e desatender às normas e posturas municipais, por cujo cumprimento deve zelar o agente público competente, também titular do poder fiscalizatório e de coerção no âmbito administrativo. Não há, por conseguinte, discussão de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrárias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo, como as da Lei 6.766/79.

Como é bem de ver, ao lado de versar questões típicas do direito público, a causa se enquadra no figurino do precedente julgado pelo C. Órgão Especial. A matéria em discussão, portanto, é da competência de uma das Câmaras de Direito Público, na forma do artigo 3º, incisos I.2, I.10 e I.12, da Resolução 623/2013, conforme concluído no julgamento do precedente em seguida invocado.

Essas normas atribuem à Seção de Direito Público "competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: *'ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos'* (I.2), *'ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção'* (I.10), e *'ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público'* (I.12).

4. Em data relativamente recente (1º de outubro de 2014) este C. Órgão Especial decidiu conflito em tudo assemelhado (Conflito de Competência nº 0041822-81.2014.8.26.0000, Relator ROBERTO MORTARI), assim ementado:

"Conflito de Competência – Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, com vistas à regularização de loteamento – Pretensão à responsabilização da Municipalidade, por conta da sua omissão na fiscalização do empreendimento – Ação que versa sobre o controle

> e cumprimento de atos administrativos afetos à Municipalidade – Competência recursal da Seção de Direto Público desta Corte, por suas 1ª a 13ª Câmaras, em função do disposto no artigo 3º, I.2 e I.10, da Resolução nº 623/2013 – Conflito julgado procedente para afirmar a competência da Câmara suscitada".

Conquanto alinhe diverso enquadramento dentre as normas da Resolução 623/2013, a conclusão a que se chegou naquele julgamento é mesma.

A competência especializada pela matéria (Direito Público) é de natureza absoluta, e, por alijar a da Seção de Direito Privado, na parte da causa atinente à aplicação de normas de direito privado, atrai para si o exame do restante da causa de pedir.

É por essa razão que não incide, na hipótese, o artigo 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, do C. Órgão Especial, que atribui à Primeira Seção de Direito Privado a competência para julgar as ações *"relativas a loteamentos e a localização de lotes"*.

Em outras palavras, versasse a causa unicamente questões *relativas a loteamentos e a localização de lotes*, competente seria a Seção de Direito Privado. Mas, fundada a demanda no poder-dever fiscalizatório e ordenatório do parcelamento do solo, do Poder Público, a competência para julgar **esta causa** é, sem sombra de dúvida, da Seção de Direito Público.

Por outro lado, a mesma Resolução 623/2013, no artigo 1º, I.12, atribui à Seção de Direito Público, conhecer e julgar:

> "Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público".

Aliás, a técnica utilizada na Resolução nº 623/2013, de excepcionar a competência de uma e outra Seção para atender ao interesse público de adequadamente distribuir as atribuições de cada qual, eliminando conflitos internos, pode ser exemplificada com o disposto no seu artigo 1º, I.7. Ali, quando se trata das "ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos ...", ressalvou expressamente *"o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução"*.

O mesmo não se deu na hipótese relativa às ações destinadas à regularização dos loteamentos.

A causa em apreço encaixa-se nesse dispositivo, por versar matéria eminentemente de direito público.

5. Tanto não bastasse, recentemente este C. Órgão Especial editou a Resolução nº 785, de 1º de agosto de 2017, alterando os incisos I.12 do art. 3º, e I.21 do art. 5º da Resolução 623/2013, passando a dispor expressamente:

Acesso ao Sumário

Art. 3º - "I.12 – Ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle e cumprimento de atos administrativos em aprovação ou entrega de obras de infraestrutura e a regularização de parcelamento do solo urbano que interfira no sistema viário público ou na infraestrutura urbana básica;

Art. 5º - "I.21 – Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes, salvo o disposto nos itens I.12 do art. 3º e II do art. 4º, ambos desta Resolução".

O item II do artigo 4º, modificado pela mesma Resolução, interessa à competência da Câmara Especial de Direito Ambiental: *"Ações em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental"*.

A inserção de parcelamento irregular do solo urbano, com formação de loteamento, *"com bairros a seu derredor"*, sustenta a agravante, interfere no sistema viário público e/ou na infraestrutura urbana básica.

O quadro, delineado na r. decisão agravada (fls. 19/22) é revelador de que o parcelamento interfere ***no sistema viário público e na infraestrura urbana básica***, com a introdução de arruamento e os consequentes equipamentos urbanos, a cargo dos loteadores ou do poder público, mas a demandar prévia aprovação deste, e a consequente prática de atos administrativos próprios e exclusivos do Poder Público.

6. Ocorre que o C. Órgão Especial optou, expressamente, por excluir da abrangência da Resolução 785 os processos distribuídos anteriormente à sua publicação:

> "Art. 9º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos feitos distribuídos a partir de sua vigência, revogadas as disposições em contrário".

Diante dessa deliberação, deixou claro o C. Órgão Especial prevalecer o entendimento anteriormente firmado de, ainda se esteja diante de casos com as características deste agora em julgamento, é de ser aplicada a redação anterior da Resolução nº 623/2013, atributiva da competência da Seção de Direito Privado para julgar as ações *"relativas a loteamentos e a localização de lotes"* (art. 5º, I.21).

Considerando essa orientação, agora em norma expressa, ressalvo meu entendimento pessoal a respeito da matéria e, por ser de toda conveniência, alinho-me ao pensamento da Ilustrada Maioria que se formou neste C. Órgão Especial.

7. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a

Acesso ao Sumário

Câmara suscitante (3ª Câmara de Direito Privado).

É meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 30.774)

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 3ª Câmara de Direito Privado, figurando como suscitada a Colenda 13ª Câmara de Direito Público (fls. 79/81).

A Associação dos Moradores do Residencial São Miguel do Piauí interpôs agravo de instrumento em face de decisão que deferiu a liminar nos autos de ação civil pública contra ela movida pela Prefeitura Municipal de Campinas, bem como contra os responsáveis pelo parcelamento do solo urbano e os compradores dos imóveis (fls. 18/2).

Apreciando o recurso, o ilustre Relator, componente da 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, deu-se por incompetente e determinou a redistribuição do processo (fls. 64/70).

O processo foi redistribuído a um dos desembargadores integrantes da 3ª Câmara de Direito Privado, que, por sua vez, suscitou o conflito de competência, concedendo parcialmente o efeito suspensivo ao agravo enquanto não apreciado o conflito (fls. 79/81).

Observa o suscitante que se trata de discussão sobre loteamento irregular, em demanda promovida pelo Município com base em seu poder de polícia. Alega que se trata de questão de direito urbanístico e municipal, matéria inserida no âmbito de competência da Seção de Direito Público, conforme determina o artigo 3º, 1.2 e 1.10, da Resolução n. 623/13, do Órgão Especial (fls. 74/78).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com o reconhecimento da competência da 3ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal (fls. 87/92).

Diz o art. 100 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça que a competência deve ser definida pelos termos do pedido e da causa de pedir: "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".

O Município de Campinas ajuizou ação civil pública por meio da qual aponta diversas irregularidades em loteamento localizado na área urbana, pretendendo a sua regularização, nos termos da Lei n. 6.766/79, com pedido indenizatório.

Verifica-se, assim, que a questão debatida é a regularização de loteamento

urbano, cuja competência para análise e julgamento é definida em regra específica da resolução de regência.

De fato, prevê o inciso I do artigo 5º da supracitada resolução que é da competência da Primeira Subseção da Seção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, as "ações relativas a loteamentos e a localização de lotes" (item I.21). É nessa hipótese legal que se enquadra a ação ora analisada.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "a situação fática subsume-se à sobredita disciplina jurídica, porquanto, a pretensão inicial e principal é a regularização de loteamento, com os desdobramentos legais e regulamentares desse ato, sem qualquer conflito quanto a eventuais atos ou posturas administrativos, questão, portanto, de ordem e natureza privada, com a exigência, pura e simples, do cumprimento da norma legal de regência. Deveras, decorrência da matéria posta em debates, nestes autos, a competência recursal pertence à Seção de Direito Privado, especificamente, por sua Primeira Seção." (fls. 91).

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para declarar competente a 3ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o recurso.

MOACIR PERES, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0022855-80.2017.8.26.0000, da Comarca de Porto Ferreira, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS

Acesso ao Sumário

SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Agravo de Instrumento – Ação de obrigação de fazer – Contrato de assistência médico-hospitalar – Manutenção da prestação dos serviços – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 6ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 6ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido principal e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato de natureza privada – Demanda fundada em cumprimento de obrigação decorrente de convênio médico estabelecido entre servidores públicos municipais e entidade de direito privado, então vinculada à Municipalidade, não envolvendo matéria diretamente afeta ao direito público – Competência recursal da 6ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em agravo de instrumento interposto por Dalva Pozella Rocha contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu os pedidos de tutela veiculados na inicial.

Os autos foram distribuídos à Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 378/382).

Redistribuídos os autos, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 387/398).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 406/411).

É o relatório.

2. Dalva Pozella Rocha move ação de obrigação de fazer, objetivando o restabelecimento do contrato coletivo de prestação de assistência médica firmado entre as rés, o qual foi rescindido unilateralmente pela requerida Medporto Assistência Médica Ltda. ou, subsidiariamente, a contratação de novo plano de saúde pelo Município, nas mesmas condições do anterior.

Interposto o agravo de instrumento diante do indeferimento do pedido liminar (fl. 01/33), os autos foram distribuídos ao Relator Desembargador José Roberto Furquim Cabella, com assento na Colenda 6ª Câmara de Direito Privado que, entendendo se tratar de matéria cujo conhecimento e julgamento inserem-se na competência das Câmaras de Direito Público, não conheceu do recurso (fl. 379/382). Redistribuídos os autos à Relatora Desembargadora Silvia Meirelles, com assento na Colenda 6ª Câmara de Direito Público, igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 387/398).

Com efeito, **"quando há pluralidade de pedidos na mesma petição, ou *a)* há a *causa petendi*, diferente, para cada um, razão por que a sentença pode ser favorável a um, ou a alguns, e desfavorável a um, ou a alguns, ou *b)* ocorre a alternatividade (pluralidade de pedidos e sentença favorável a *b*, e não a *a*, ou a *a* e não a *b*, ou desfavorável a *a* e a *b*, ou *c)* a sentença pode ser favorável a *a*, de modo que não se há de julgar *b*, ou desfavorável a *a*, caso em que tem de ser julgado o pedido *b*. (...) Cumpre que se não confunda alternatividade de adimplemento de obrigação (art. 288), que é interior ao pedido (o devedor pode prestar a ou b, conforme queira), com a alternatividade dos pedidos, que é exterior (o juiz julga favoravelmente o pedido *a* ou o pedido *b*, ou desfavoravelmente os pedidos *a* e *b*)"** (Cf. Pontes de Miranda, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo IV, Ed. Forense, p. 59/60).

In casu, a pretensão principal da autora é a determinação de que seja restabelecido o convênio coletivo de plano de saúde, rescindido unilateralmente pela corré Medporto. Subsidiariamente requer que novo (convênio) seja contratado pela Municipalidade.

Consta do pedido inicial:

> **"(...) determinado o restabelecimento do convênio médico da parte Medporto – primeira agravada para com a agravante por ofensa ao artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei 9.656/98 e determinando que a segunda agravada Município de Porto Ferreira efetue e repasse o valor do Plano de Saúde dentro do prazo previsto no contrato sob**

Acesso ao Sumário

pena de pagamento de multa diária;

b) Subsidiariamente, caso entenda que a responsabilidade da Municipalidade – segunda agravada determine que contrate e ofereça ao funcionalismo, plano de saúde igual ao rescindido, tudo nos termos do pedido inicial, tornando definitivo o provimento deste Tribunal" (fl. 33).

Há, portanto, na espécie, a chamada cumulação subsidiária, também chamada de pedidos subsidiários, pedidos sucessivos ou cumulação eventual. O Magistrado está condicionado à ordem de apresentação dos pedidos, não podendo passar ao exame do posterior se não examinar e rejeitar o anterior. É possível que o autor esteja em dúvida sobre o acolhimento do pedido principal e, por isso, formule o pedido subsidiário. Percebe-se, pois, que não se aplica a esse tipo de cumulação o requisito da compatibilidade dos pedidos formulados, os quais jamais poderão ser acolhidos simultaneamente (Cf. José Rogério Cruz e Tucci. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos". Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: RT 2002).

Esclarece o autor:

"Seja como for, a incompatibilidade não significa que possam ser cumulados, na espécie aqui examinada, pedidos absolutamente autônomos quanto à sua gênese fático-jurídica. Na verdade, deverá haver um elo de prejudicialidade entre os pedidos, uma vez que o provimento jurisdicional de procedência do primário fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em relação ao pedido subsidiário" (José Rogério Cruz e Tucci, ob. cit., p. 285).

Nesse diapasão, uma vez acolhido o pedido principal, estará o Magistrado dispensado de examinar o pedido subsidiário, que não ficará acobertado pela coisa julgada, exatamente por não ter sido examinado. A esse propósito: STF, 2ª T., AI 194.653-0-SP-AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.11.97.

Por outro lado, se o Magistrado examinar o pedido sucessivo *per saltum*, sem ter examinado o pedido principal, haverá *error in procedendo*, impugnável pelo autor, em razão da preferência expressada na formulação dos pedidos. Não acolhido ou não examinado (por falta de pressuposto de admissibilidade de exame do mérito) o pedido principal, deve o Magistrado examinar o pedido subsidiário, sob pena de sua sentença ser *citra petita*.[1]

N'outro bordo, dispõe o artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação

Acesso ao Sumário

1 STJ, REsp nº 26.423-0/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 27/10/92

contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."

Assim, a competência interna é definida pelo pedido principal, sendo irrelevante, para esse fim, a natureza do pleito subsidiário, sucessivo ou alternativo eventualmente formulado pela parte autora.

Nesse sentido:

"Conflito de competência – Ação com que se pretende a declaração de inexistência de débitos e indenização por dano moral decorrente do protesto indevido dos títulos – Débitos inscritos no SCPC e títulos levados a protesto – Alegada inexistência de negócio com a empresa ré a ensejar as cobranças – Competência que se determina pelo principal pedido, no caso, o de anulação dos débitos – Conflito julgado procedente – Remessa dos autos à Subseção de Direito Privado II". (Conflito de Competência nº 0311365-32.2010.8.26.0000, Órgão Especial Rel. Ferreira Rodrigues, j. 14/11/2012) (g.n.)

A seu turno, a Resolução nº 623/2013 dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, estabelecendo em seu artigo 5º:

"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.23 – 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;

(...)

II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)"

Na espécie, cumpre ressaltar que a questão de fundo diz respeito ao contrato de prestação de serviços médicos elaborado entre os requeridos, ora

Acesso ao Sumário

agravados, em favor dos servidores públicos municipais. Dessa forma, como bem anotou a d. Procuradoria Geral de Justiça, a hipótese "é de cumprimento de obrigação decorrente de convênio médico estabelecido entre servidores públicos municipais e entidade de direito privado, então vinculada à Municipalidade, o que atrai a competência da c. Seção de Direito Privado" (fl. 410). Essa é a causa de pedir da ação.

Como se vê, não há causa de pedir com relação ao pedido subsidiário, ou seja, a hipótese não se enquadra como típico contrato administrativo, de modo que a vinculação aparente se dá em razão da pessoa jurídica de direito público e, conforme entendimento pacificado deste Eg. Tribunal de Justiça, a competência recursal não se fixa pela qualidade das partes que intervém no feito, mas sim pela natureza da matéria posta em discussão.

Recentemente, este Colendo Órgão Especial, em caso análogo, afirmou a competência da Seção de Direito Privado:

> **"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Demanda fundada em contrato de assistência médico-hospitalar – Manutenção da prestação dos serviços – Aplicação do art. 5º, inciso I, alínea 'I.23', da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – Ademais, ainda que a Prefeitura de Porto Ferreira figure como contratante, a avença firmada tem natureza privada – CONFLITO PROCEDENTE para reconhecer a competência da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar do agravo de instrumento."** (Conflito de Competência nº 0007325-36.2017.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 08/03/2017).

Desta feita, com base no entendimento deste Colendo Órgão Especial, e com expressa ressalva quanto ao pedido subsidiário referente à contratação de novo plano de saúde pelo Município, vez que a pretensão principal da autora na ação proposta é o restabelecimento do contrato coletivo de prestação de assistência médica que foi rescindido unilateralmente pela corré Medporto, incide, na hipótese, a regra prevista no artigo 5º, item I.23, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribui à Seção de Direito Privado a competência recursal para **"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."**

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça e necessariamente fixada a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado para a apreciação do recurso interposto.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de

Acesso ao Sumário

competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031428-10.2017.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é suscitante 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª 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 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.086OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação cível – Empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica – Responsabilidade civil – Danos materiais e morais – Pretensão fundada em relação extracontratual – Remoção de poste instalado no interior da propriedade do autor – Competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, inciso I, I.7, 'b', da Resolução TJSP 623/2013 – Conflito conhecido e provido para

Acesso ao Sumário

determinar o retorno dos autos à C. 10ª Câmara de Direito Público."

VOTO

A C. 10ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 0014074-88.2011.8.26.0482, da comarca de Presidente Prudente, sendo suscitada a C. 25ª Câmara de Direito Privado.

Distribuído os autos, a 25ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das Câmaras de Direito Público, fls. 319/323. O processo foi redistribuído à 10ª Câmara de Direito Público que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Privado, suscitando o presente conflito, fls. 329/333.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 10ª Câmara de Direito Público competente para julgar o recurso de apelação, fls. 341/346.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 10ª Câmara de Direito Público, tendo como suscitada a 25ª Câmara de Direito Privado. Argumenta a suscitante que o caso sub judice é relativo a matéria que tem por fundamento "prestação irradiada de contrato de fornecimento de energia elétrica", cuja natureza é privada, e não se subsume à matéria de direito público. De outro lado, a suscitada argui que se trata de matéria "que envolve ato administrativo, de competência da concessionária de serviço público", fundada no disposto no item I.2, I do art. 3º da Resolução nº 623/2013, do TJSP.

O processo trata de ação de conhecimento movida por Jorge Camilo Isper em face da Caiuá Distribuição de Energia S/A., mediante a qual pleiteia a retirada de poste de energia elétrica fincado em sua propriedade, sob pena de multa diária, ou, alternativamente, a constituição de servidão administrativa, com o pagamento retroativo de todo o valor do período ainda não prescrito, bem como o pagamento de indenização por danos morais. Julgada procedente a ação, Caiuá – Distribuição de Energia S/A. interpôs recurso de apelação, distribuído à 25ª Câmara de Direito Privado, o que gerou o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104, do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

Acesso ao Sumário

Infere-se dos termos constantes da petição inicial que o autor postula a remoção de um poste de energia elétrica instalado no interior de sua propriedade, a expensas da ré, Caiuá Distribuição de Energia S/A., concessionária de serviço público, bem como a indenização por danos morais.

No caso dos autos, o autor imputa à concessionária de serviço público uma conduta antijurídica que teria causado danos morais e materiais e postula a responsabilidade civil extracontratual. Por isso não se aplica à espécie o § 1º do art. 5º da Resolução TJSP 623/2013, que seria determinante para fixar a competência das Subseções Segunda e Terceira de Direito Privado se o pedido estivesse embasado na existência de relação contratual de prestação de serviços – "Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia" –, fato que implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para o julgamento da causa, nos termos do art. 3º, I, I.7, 'b', de referida resolução, que diz competir a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, dentre a 1ª e a 13ª, o julgamento das "ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos" "extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução".

Ademais, como bem destacado pelos eminentes Procurador de Justiça e Promotor de Justiça, respectivamente, dr. Rossini Lopes Jota e dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues, ao delimitarem a questão no âmbito do direito público, "o pedido inicial visa a condenação da Ré-apelante – que é uma empresa concessionária de serviços públicos –, a cumprir uma obrigação de fazer, decorrente desse serviço público por ela empreendido, com a consequente reparação de danos materiais sofridos pelo Autor-apelado.

"Ocorre que o serviço público realizado e causador dos danos, ao menos em tese e a princípio, não tem como fonte geradora qualquer relação jurídica contratual estatuída entre as partes desta relação processual.

"Há que se extrair, com efeito, esta ilação: a Ré-apelante, pela prestação de seu serviço público, ao prestá-lo, inadequada e incorretamente, cuja reversão postula-se – obrigação de fazer –, ocasionou também prejuízos de natureza material ao Autor-apelado.

"Entretanto, esse dano sofrido não tem como causa relação contratual entre as partes.

"Esse o fundamento para dirimir a competência recursal: responsabilidade contratual ou extracontratual, ou seja, se os danos indenizáveis têm como origem

Acesso ao Sumário

uma relação jurídica pactuada entre as partes, ou não, se decorrem da prestação do serviço público, mas, sem vinculação com eventual pacto ou convenção entre as partes", fls. 343/345.

Nesse sentido:

"Conflito de competência. Ação aforada por ocupante de imóvel com o fim de compelir concessionária de serviço telefônico a retirar cabos que pendem de poste em frente ao estabelecimento comercial e indenizar danos morais. Propositura que não se funda em relação contratual, mas na responsabilidade advinda do exercício da concessão. Resolução nº 623/2013, artigo 3º item I.7 'b'. Julgamento que incumbe à Câmara de Direito Público. Conflito acolhido." (Conflito de Competência nº 0025954-58.2017.8.26.0000, rel. Des. Arantes Theodoro, j. em 28-6-2017).

Portanto, ação em que se postula a responsabilidade civil de concessionária de serviço público, decorrente de ilícito extracontratual que diga respeito à prestação de serviço público, por haver regra específica na Resolução TJSP 623/2013, implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente.

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 10ª Câmara de Direito Público.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0035492-63.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

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. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES

Acesso ao Sumário

PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 13 de setembro de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Obrigação de fazer. Restabelecimento do benefício – auxílio moradia. Ação relativa à política habitacional do Governo do Estado. Matéria afeta à competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Intelecção do artigo 3º, I.12, da Resolução nº 623/2013, com a nova redação dada pela Resolução nº 736/2016. Competência da 5ª Câmara de Direito Público da Corte. Procedência.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 3ª Câmara de Direito Privado em razão de a 5ª Câmara de Direito Público considerar-se incompetente para conhecer e julgar recurso de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu a tutela antecipada proferida pelo Juízo da Primeira Vara Cível do Foro Regional VI – Penha de França, Comarca de São Paulo, em ação de obrigação de fazer manejada por Ginalva Maria Silva em face da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU.

Fala-se em restabelecimento de benefício (auxílio moradia) concedido alhures ao cônjuge da agravada.

Distribuído o recurso de agravo de instrumento à Colenda 5ª Câmara de Direito Público – suscitada – alegou-se que:

"Observo que a CDHU é sociedade de economia mista, portanto, pessoa jurídica de direito privado *com sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários* (artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal).

Nestes termos, revendo os autos, declaro a incompetência desta 5ª Câmara de Direito Público para julgamento deste agravo de instrumento.".

Redistribuído o recurso à Colenda 3ª Câmara de Direito Privado – suscitante – ponderou-se:

"Contudo, verifica-se que, apesar da ré ser sociedade de economia mista a matéria em questão é tipicamente de direito público, em razão do Convênio celebrado entre o Poder Público e a CDHU para repasse de recursos públicos, autorizado pelo Decreto nº 56.664, de 11 de janeiro de 2011".

Acesso ao Sumário

Destarte, suscitou-se o presente conflito negativo de competência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 5ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso (fls. 74/79).

É o relatório.

Razão assiste à Colenda Câmara suscitante.

Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça: **"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"**.

Adverte o artigo 3º, I.12 da Resolução n. 623/13 do Colendo Órgão Especial, com a redação dada pela Resolução 736/2016, que compete às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público julgar os recursos atinentes às "ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público".

Ademais, consoante disposição do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014, compete à Seção de Direito Público julgar:

"Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução".

Destarte, a hipótese em comento reflete controvérsia relativa à política habitacional do Governo do Estado, imbróglio da competência atribuída a uma das Colendas Câmaras elencadas no aludido artigo.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reintegração de Posse. Imóvel de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano do Estado de São Paulo – CDHU. Sociedade de Economia Mista. Natureza de bem público, vez que se trata de imóveis vinculados à política habitacional do Governo do Estado. Competência da 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, ao teor do art. 3º, I.7a da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014. Precedentes. Conflito improcedente, competente a C. 8ª Câmara de Direito Público desta Corte (TJSP; Conflito de Competência 0032232-12.2016.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional VII – Itaquera – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2016; Data de Registro: 05/09/2016).

A corroborar:

Apelação. Obrigação de pagamento de auxílio moradia emergencial. Falha na motivação do ato administrativo que resultou na suspensão do

Acesso ao Sumário

pagamento. Restabelecimento que se impõe. Honorários de sucumbência – Pertinente à adequação. Apelo parcialmente provido (TJSP; Apelação 0001400-72.2014.8.26.0159; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Cunha – Vara Única; Data do Julgamento: 09/05/2017; Data de Registro: 22/05/2017).

COMPETÊNCIA RECURSAL. Programa de Benefício Financeiro. Auxílio moradia (aluguel social). Convênio entre Prefeitura e CDHU. Programa custeado pelo Estado. Inexistência de contrato de compra e venda entre as partes. Matéria de competência das 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público (art. 3º, I.12, Res. 623/2013, com redação dada pela Res. 736/2016). Recurso não conhecido, determinação de remessa (TJSP; Apelação 1009796-63.2015.8.26.0554; Relator: Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/05/2016; Data de Registro: 20/05/2016).

ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA. Ação de obrigação de fazer. Auxílio moradia emergencial. Convênio entre o Município de São Luiz de Paraitinga e a CDHU. Decisão saneadora que rejeitou preliminar de ilegitimidade de parte passiva "ad causam" da CDHU. Pretensão ao reconhecimento da ilegitimidade e à exclusão da lide. Impossibilidade. Agravante que, em tese, é responsável pelo gerenciamento do repasse. Recurso não provido (TJSP; Agravo de Instrumento 2120449-65.2014.8.26.0000; Relator: Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de São Luiz do Paraitinga – Vara Única; Data do Julgamento: 08/09/2014; Data de Registro: 09/09/2014).

OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À MORADIA e AUXÍLIO ALUGUEL. O artigo 6º da Constituição Federal possui natureza programática e, assim, mostra-se destituída de eficácia plena e imediata. Recorrente que não cadastrada no Programa Habitacional da CDHU. Impossibilidade de concessão de imóvel. A concessão de auxílio moradia é possível somente em casos em que a família tenha que desocupar sua residência habitual em situações transitórias ou definitivas por necessidade decorrente de ações de remoção ou risco iminente e que se encontrem em situação de vulnerabilidade temporária – Situação em que a recorrente não se enquadra. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO (TJSP; Apelação 0030046-70.2012.8.26.0577; Relatora: Isabel Cogan; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/06/2013; Data de Registro: 25/06/2013).

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto a Colenda 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036249-57.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 10ª CÂMARA DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ E MOREIRA VIEGAS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.684)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS FUNDADA NO ARTIGO 951 DO CÓDIGO CIVIL – ERRO MÉDICO – AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL A ENTE PÚBLICO MUNICIPAL OU ESTADUAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, ITEM I.7, 'A', EM CONSONÂNCIA COM ARTIGO 5º, ITEM I.24, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 (COM REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO Nº 736/2016) DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 10ª Câmara de Direito Público e a C. 5ª Câmara de Direito Privado para enfrentamento da apelação interposta nos autos da ação indenizatória movida por Kendely Aparecida Barros Bittencourt e Outro, a desafiar r. sentença proferida a fls. 2.514/2.517, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, impondo aos autores a sucumbência, observada a gratuidade processual.

Distribuído originalmente o apelo por prevenção à C. 5ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do eminente Des. Fábio Podestá, o v. acórdão de fls. 2.729/2.734 não conheceu do recurso, determinando remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, com azo no artigo 3º, inciso I.7, alínea "a", da Resolução nº 623/2013 desta Corte, argumentando que matéria de fundo envolve indenizatória decorrente de erro médico na prestação de serviço público de saúde, ao passo que *"a suposta responsabilidade na má prestação do serviço de saúde pública dá-se sob as regras próprias do regime jurídico administrativo, por meio da responsabilidade civil do Estado, que prestou tal serviço por força de pessoa jurídica contratada para tal fim"*.

Redistribuídos os autos, a C. 10ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 2.742/2.749, de relatoria do eminente Des. Marcelo Semer, declinou da competência suscitando o presente conflito, argumentando com ditames do artigo 5º, inciso I.24, da Resolução nº 623/2013, deste E. Sodalício, insistindo na competência da C. Câmara suscitada.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 2.757/2.765, opinou pela competência da C. 10ª Câmara de Direito Público.

É o breve relatório.

Nos termos do art. 60, inciso II, do Código de Processo Civil, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

In casu, ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo envolve reparação de danos materiais e morais decorrentes de alegado erro médico no curso do parto do autor Rafael, filho da autora Kendely, apontando-se negligência e imperícia dos profissionais que participaram do procedimento, fundada a pretensão essencialmente no artigo 951 do Código Civil e em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, objetivando tornar clara a competência das Seções de Direito Público e Privado desta Corte em matéria de responsabilidade civil lastreada no artigo 951 do Código Civil, foi editada a Resolução nº 736/2016, que reformulou dispositivos da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal, assim fixando:

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

Acesso ao Sumário

numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

(...)

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

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

_____

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.24 – Ações e execuções relativas a ***responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução****;"* (grifou-se).

Evidencia-se, portanto, que somente competirá o julgamento às Seções de Direito Público quando restar evidenciado que imputação é direcionada à responsabilização civil do Estado, hipótese em que a pessoa jurídica de direito público, via de regra, também compõe o polo passivo da ação.

Na hipótese, os autores deduziram pretensões indenizatórias voltadas contra pessoas física (a profissional médica responsável pelo procedimento) e jurídica de direito privado (a Organização Social de Saúde Santa Marcelina – Hospital Geral do Itaim Paulista e o Hospital Casa de Maria, entidades onde prestado o atendimento), assentando a causa de pedir no alegado serviço médico precário, que se apontou negligente e imperito, daí reclamando indenização pelos danos arrolados na inicial.

Acesso ao Sumário

Não houve inclusão no polo passivo de pessoa jurídica de direito público (Estado, Município, autarquia etc.), mas apenas entidade civil privada, de natureza associativa, ao passo que pretensa responsabilização é fundada em normas de direito privado, pouco importando que o atendimento tenha sido prestado mediante convênio firmado com o Sistema Único de Saúde – SUS.

Enfrentando conflitos nitidamente similares, o C. Órgão Especial sedimentou competir à Subseção de Direito Privado I o enfrentamento do tema quando não há imputação de responsabilidade a ente público. Confiram-se os seguintes precedentes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Declinada a competência pela Eg. 3ª

Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 5ª Câmara de Direito Privado suscitou conflito perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Ação indenizatória contra a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santa Rita do Passa Quatro-SP e o médico Dr. Agenor Mauro Zorzi, pretendendo pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão de suposta falha em atendimento médico. Resolução nº 623/2013, art. 3º, I.7, 'a', definindo o julgamento pela Seção de Direito Público somente quando houver responsabilidade imputada a ente público e respectivas autarquias e fundações. Ação não endereçada a qualquer dessas entidades. Precedentes. Competência da Eg. 5ª Câmara de Direito Privado (Art. 200 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitante" (Conflito de Competência nº 0012255-97.2017.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 21.06.2017).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. ARGUIÇÃO EM APELAÇÃO INTERPOSTA EM FACE DE SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE PLEITO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ADVINDOS DE ATOS PROMOVIDOS POR AGENTES DE HOSPITAL MANTIDO POR ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS. FAZENDA PÚBLICA EXCLUÍDA DO POLO PASSIVO QUANDO DO DESPACHO SANEADOR, SEM QUE TENHA HAVIDO INSURGÊNCIA DE QUALQUER DAS PARTES. COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE FIXA PELA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA EM LITÍGIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO I, ITEM I.7, E ARTIGO 5º, INCISO I, ITEM I.24, AMBOS DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DESTE TRIBUNAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE RESTANDO FIXADA A COMPETÊNCIA DA 5ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO" (Conflito de Competência nº 0037626-97.2016.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 28.09.2016). No mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0011243-82.2016.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 04.05.2016.

Registro, por fim, que o posicionamento ora adotado não conflita com aquele por mim externado recentemente no julgamento do Conflito de Competência nº 0014789-14.2017.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, aos 09.08.2017, quando votei pela fixação da competência da 2ª Câmara de Direito Público, feito em que a causa de pedir assentava-se em dispositivo legal que disciplina a prestação de serviço público de natureza específica pelo Sistema Único de Saúde (Lei nº 12.732/2012), a justificar tal conclusão.

Da mesma forma, previsões dos artigos 7º e 24 da Lei 8.080/1990, que regula o Sistema Único de Saúde, parecem não infirmar a solução ora imposta, na medida em que o primeiro dispositivo impõe a observância das diretrizes do artigo 198, da Constituição da República, aos serviços privados conveniados, enquanto o último descreve a observância das normas de direito público na formalização de contratos e convênios a viabilizar a participação dos serviços

Acesso ao Sumário

privados complementares no âmbito do SUS.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 5ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040530-56.2017.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20587)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 27 de setembro de 2017.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência.

Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização por dano moral – Prestação de serviços educacionais – Instituição de ensino superior – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 25ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do agravo de instrumento – Autos redistribuídos a 12ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência

– Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais – Ação que versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre a autora e a ré – Obrigações que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado – Competência recursal da 25ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 25ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência em agravo de instrumento interposto pela Escola Superior de Gestão de Negócios Ltda., contra decisão, proferida pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, que deferiu a tutela antecipada pleiteada por Fernanda Domingues, a fim de permitir que esta possa se matricular no segundo semestre de 2016 (bem como nos semestres seguintes até posterior decisão), no curso que frequentava, nos mesmos moldes e com pleno e integral acesso até então vigentes, sem qualquer restrição, bem como para que a ré, Escola Superior de Gestão de Negócios Ltda., promova a regularização dos aditamentos do financiamento estudantil junto aos órgãos competentes, sob pena de multa diária no valor de mil reais (fls. 66/68).

Os autos do agravo de instrumento foram distribuídos à Colenda 25ª Câmara de Direito Privado, que deferiu a liminar pleiteada para suspender os efeitos da tutela antecipada, apenas na parte que determina a regularização dos aditamentos do financiamento estudantil junto aos órgãos competentes, sob pena de multa diária, até o final julgamento do agravo (fls. 85/88). Por Acórdão, a Colenda 25ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Público (fls. 111/116).

Redistribuídos os autos, a Colenda 12ª Câmara de Direito Público suscitou conflito negativo de competência (fls. 122/127).

A DD. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da competência da 25ª Câmara de Direito Privado, para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 135/141).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Fernanda Domingues move ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por dano moral, com pedido de tutela antecipada, pretendo o restabelecimento da prestação dos serviços educacionais contratados com a Escola Superior de Gestão de Negócios Ltda., bem como objetivando que a ré promova a regularização dos aditamentos do financiamento estudantil concedido à autora, junto aos órgãos competentes (fls. 22/29).

O Juízo de Primeiro Grau deferiu a tutela antecipada, mas os efeitos dessa decisão foram suspensos parcialmente, pela 25ª Câmara de Direito Privado, permanecendo, entretanto, incólume essa decisão na parte que permitiu que a autora se matriculasse no segundo semestre de 2016 (bem como nos semestres seguintes até posterior decisão), no curso que frequentava, nos mesmos moldes e com pleno e integral acesso até então vigentes, sem qualquer restrição.

O Relator, Desembargador Marcondes D'Angelo, não conheceu do recurso de agravo e determinou, em razão da competência, a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Público.

Após, redistribuição, o Relator, Desembargador Osvaldo de Oliveira suscitou conflito negativo de competência.

Em síntese, a autora, Fernanda Domingues, ajuizou ação de obrigação de fazer, tendo em vista que estudava na instituição de ensino ré, desde o 1º semestre de 2014, e foi impedida de efetuar sua matrícula no 2º semestre de 2016, já que, conforme alegou a Escola Superior de Gestão de Negócios, havia débitos pendentes. A autora arcava com 25% dos valores das mensalidades, enquanto o FIES arcava com os 75% restantes. A instituição de ensino teria condicionado a matrícula da autora ao pagamento integral das mensalidades vincendas e, ainda, ao pagamento da dívida de R$ 18.574,32, referentes aos 1º e 2º semestres de 2015 e ao 1º semestre de 2016, que não foram pagos pelo FIES. A autora da ação pretende obter autorização para efetuar sua matrícula no 2º semestre de 2016, bem como requer que a instituição de ensino efetue os aditamentos necessários no FIES, alegando que essa obrigação é da instituição ré.

Acesso ao Sumário

As competências das Seções do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão regulamentadas na Resolução nº 623/2013. No que tange ao presente caso, importa:

> **"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:
>
> (...)
>
> II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª

e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

III.1 – Ações relativas a condomínio edilício; (Redação dada pela Resolução nº 693/2015)

III.2 – Ações de ressarcimento por dano em prédio urbano ou rústico;

III.3 – Ações e execuções oriundas de contrato de alienação fiduciária em que se discuta garantia;

III.4 – Ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias;

III.5 – Ações e execuções relativas a honorários de profissionais liberais;

III.6 – Ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel;

III.7 – Ações de arrendamento rural e de parceria agrícola;

III.8 – Ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais;

III.9 – Ações e execuções relativas a venda a crédito com reserva de domínio, inclusive as possessórias delas derivadas;

III.10 – Ações e execuções relativas a arrendamento mercantil, mobiliário ou imobiliário;

III.11 – Ações e execuções oriundas de mediação, de gestão de negócios e de mandato;

III.12 – Ações e execuções de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete e de tradutor;

III.13 – Ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção; (Redação dada pela Resolução nº 694/2015)

III.14 – Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo **(7)**, além da que cuida o parágrafo primeiro.

III.16 – Ações relativas a Previdência Privada; (Incluído pela Resolução nº 693/2015)

§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito

Acesso ao Sumário

Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.

§ 2º. Os recursos das ações referidas no parágrafo anterior serão distribuídos às Câmaras de 11ª a 24ª e 37ª e 38ª e às Câmaras de 25ª a 36ª, pela Presidência da Seção de Direito Privado, de modo a manter entre elas equilíbrio na distribuição geral dos recursos".

Como se pode notar, a ação versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre a autora e a ré.

Tanto é assim, que a Escola Superior de Gestão de Negócios Ltda. condicionou a matrícula da autora ao pagamento de valores por ela devidos.

São obrigações, portanto, que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado.

Ressalta-se que não se busca na ação intentada a responsabilidade da administração pública lato sensu.

Dessa forma, é caso de aplicação do disposto no artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça, sendo os recursos, assim, de competência da Seção de Direito Privado.

Não é outro o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**. Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização – Prestação de serviços – Instituição de ensino superior – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 28ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos – Autos redistribuídos a 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais – Demanda que não envolve matéria afeta ao direito público, mas adimplemento, por particular, de obrigações decorrentes de contrato de prestação de serviços escolares – Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". **(Conflito de competência nº 0031448-98.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j.16.08.2017).**

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**. Rematrícula em universidade particular. Pedido do autor que veio apoiado em três fundamentos principais, todos envolvendo relação de direito pessoal, a saber: (a) inexigibilidade do pagamento de mensalidades como condição para matrícula (diante do que havia sido combinado inicialmente entre os contratantes); b) nulidade de qualquer obrigação pecuniária que tenha

Acesso ao Sumário

sido atribuída ao aluno (em razão de vício decorrente de propaganda enganosa) e (c) descumprimento contratual, porque a responsabilidade pelo pagamento das prestações do FIES teria sido assumida pela própria instituição, que agora nega o cumprimento da obrigação. Certo ou errado, o que o autor pretende, em resumo, é continuar o curso, sem pagamento de mensalidades, porque – de acordo com a narrativa da petição inicial – foi com base nessa condição (isenção) que ele aderiu à proposta da instituição de ensino. Controvérsia cujo desfecho, em princípio, depende apenas (ou na maior parte) do exame e interpretação do contrato firmado entre os interessados (particulares) com base em regras de direito privado, daí a incidência da regra do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 que atribui à Seção de Direito Privado a competência recursal para: "ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia". Conflito procedente. Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado". **(Conflito de competência nº 0050984-32.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 08.03.2017)**.

Pelo exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente, a fim de declarar competente a Colenda 25ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040553-02.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI E FRANCISCO CASCONI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.358)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR

Acesso ao Sumário

CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação movida por pessoas naturais objetivando compelir o poder público municipal a desfazer obra pública (praça) ou realizar obra pública (abertura de leito carroçável) para permitir acesso a imóvel particular, ou, ainda, "constituir passagem forçada", tudo para constituir acesso que restou impedido pela construção da praça – Ação que não versa sobre direito de vizinhança ou uso nocivo da propriedade (matéria de direito privado), mas sobre direito eminentemente público – Ausência de regramento específico no artigo 3º da Resolução nº 623/2013, razão pela qual incide, na espécie, o disposto no inciso I.13 do mesmo dispositivo (com a redação dada pela Resolução nº 736/2016, renumerado de I.12 para I.13 pela Resolução nº 785/2017) – Competência da Seção de Direito Público.

Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Público).

VOTO

A r. sentença de fls. 306/308 julgou improcedente ação cominatória.

Apelaram as autoras (fls. 313/322).

O recurso foi distribuído à 8ª Câmara de Direito Público (Relator o Desembargador LEONEL COSTA, fls. 336), que dele não conheceu e determinou a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado – Terceira Subseção (fls. 339/343) porque:

"Como se vê, as autoras buscam o reconhecimento do direito de passagem forçada (art. 1285 do CC), ao argumento de que seu imóvel se encontra encravado, sem acesso à via pública.

"Portanto, trata-se de demanda relativa a direito de vizinhança, não incluída na competência recursal desta Câmara de Direito Público.

"Sabidamente, o posicionamento mais atual do C. Órgão Especial

Acesso ao Sumário

deste E. Tribunal é no sentido de que, independentemente de figurar no polo passivo pessoa jurídica de direito público, a definição da competência recursal se dá em razão da matéria, nos termos da atual redação do artigo 103 do Regimento Interno.

"Tal entendimento sinaliza que a competência recursal se fixa pelos termos da demanda, especialmente pelos limites do pedido feito na peça inicial. Assim, em se tratando de discussão acerca de direitos de vizinhança, a competência será de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, preferencialmente da Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, nos termos da Resolução 623/2013, deste Egrégio Tribunal, notadamente o artigo 5º, III.4":

"(...)"

O recurso foi, então, redistribuído à 31ª Câmara de Direito Privado (Relator o Desembargador ANTONIO RIGOLIN, fls. 347), que dele também não conheceu e suscitou conflito de competência (fls. 352/357) porque:

"... Segundo o relato da petição inicial, as autoras são proprietárias do lote vinte e três, quadra 110, Parque da Mooca, em São Paulo-SP, com frente para a Rua Lítio. Entretanto, a Municipalidade construiu uma praça em frente ao terreno, tornando-o encravado e, consequentemente, impedindo que a ele tenham acesso veículos. Daí o pleito de condenação da ré ao desfazimento das obras ligadas à praça ou de realização de novas obras, que possibilitem eliminar o encravamento, de modo a disponibilizar adequado leito carroçável. Alternativamente, pediram a condenação à constituição de passagem forçada juntamente com a disponibilização de leito carroçável.

"A expressão encravamento não foi utilizada corretamente, pois o imóvel, como indicado na petição inicial, faz frente para a via pública, ou seja, a Rua Lítio. As obras realizadas pela Municipalidade na Praça Dr. Eulógio Emílio Martinez causam dificuldade de acesso ao imóvel das autoras, pois inexiste leito carroçável que permita chegar ao local. Somente é possível ali chegar à pé.

"Essencialmente, pretende-se que seja imposta a obrigação de realizar ou alterar obra em área pública, de modo a possibilitar o acesso de veículos ao imóvel das autoras.

"Como se pode perceber, a matéria em discussão não diz respeito a direito de vizinhança. O que se pretende é compelir a Municipalidade a realizar a abertura de acesso para veículos na própria praça pública, como forma de permitir melhor desfrute do imóvel. Não se discute direito de passagem forçada por imóvel vizinho; pretende-se, isto sim, compelir a Administração Pública a realizar a abertura de leito carroçável em via

Acesso ao Sumário

pública, para possibilitar que veículos possam alcançar o imóvel que nela se situa.

"Não se trata de discutir relação entre proprietários e/ou possuidores de imóveis vizinhos.

"Os direitos de vizinhança – adverte Fábio Ulhoa Coelho – *tratam de matérias afetas às relações entre proprietários ou possuidores de imóveis vizinhos, fornecendo pautas para a superação de conflitos de interesses que entre eles venham a surgir. E como são frequentes, inúmeros, acentuados e psicologicamente desgastantes esses conflitos! Por mobilizarem emoções primitivas do homem – que se sente ameaçado sem eu território se não desfruta como gostaria do imóvel de seu domínio e posse – e dizerem respeito a relações entre pessoas que costumam encontrar-se cotidianamente, em geral os conflitos associados aos direitos de vizinhança têm pouco ou nenhuma relevância econômica, mas atormentam intensamente os envolvidos"*[1]

"Constata-se, portanto, que a matéria submetida à apreciação judicial não diz respeito a direito de vizinhança, de modo que falece competência a esta Câmara para a sua apreciação. Enquadra-se, em verdade, no âmbito de competência da Seção de Direito Público desta Corte".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 8ª Câmara da Seção de Direito Público (fls. 363/366).

É o relatório.

1. Transcrevi propositadamente os textos dos v. arestos em confronto, para evidenciar as posições divergentes.

Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação.

A ação cominatória (fls. 1/7), movida em face da Prefeitura do Município de São Paulo, objetiva:

"**A) CONDENAR** a Ré ao desfazimento das obras (praça) e/ou proceda com obras que possibilitem o desencravamento do lote das Autoras, compelindo ainda a Ré a disponibilizar adequado leito carroçável, no prazo de 60 dias, sob pena de multa equivalente ao valor de mercado do lote.

Acesso ao Sumário

1 "Curso de direito civil", v. 4, cap. 47, n. 1, p. 181, Saraiva, 2012.

"**B) ALTERNATIVAMENTE**, requer-se seja a Ré **CONDENADA** à **constituir a passagem forçada no terreno das Autoras**, compelindo ainda a Ré a disponibilizar adequado leito carroçável, no prazo de 60 dias, sob pena de multa equivalente ao valor de mercado do lote.

"C) Requer-se, com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, para garantir a efetivação da tutela específica e a obtenção do seu resultado prático, como **medida necessária, o desfazimento das obras, ficando sob responsabilidade da Ré arcar com os custos para demolição das construções irregulares**, no prazo de 60 dias, sob pena de multa equivalente ao valor de mercado do lote".

Sustentam que a ré "edificou uma obra em frente ao lote de propriedade das Autoras, bem como de outros proprietários, construindo uma praça de dimensões medianas, **encravando literalmente diversos dos lotes daquela rua, inclusive o das Autoras, impedindo-as de acessar e executar qualquer edificação naquele terreno**".

Essa a demanda, e com base na peça inaugural é que se define a competência.

2. A natureza jurídica das pessoas nos polos da relação processual, sabe-se, não interfere na distribuição da competência interna.

Como se vê, a pretensão das autoras é de imposição de obrigação à Prefeitura Municipal de alterar ou fazer obra (praça) em área pública, a fim de possibilitar o acesso de veículos a seu imóvel, o que a construção da praça impede, porque sem leito carroçável à frente dele.

Não se está frente a demanda que verse sobre *"direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto ao plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias"*, a que se refere o artigo 5º, III.4, da Resolução nº 623/2013, em que se apoia a douta Câmara suscitada.

A pretensão consistente em compelir o Poder Público municipal a desfazer obra pública (praça) ou realizar obra (leito carroçável de acesso a imóvel particular), ou "constituir passagem forçada" para o terreno particular em meio ao bem público, como neste caso, versa sobre direito eminentemente público, que escapa à competência da Seção de Direito Privado.

É bem verdade que a causa, exatamente como posta, não encontra regramento específico no artigo 3º da Resolução nº 623/2013. Por essa razão, incide na espécie o disposto no inciso I.13 do mesmo dispositivo (com a redação dada pela Resolução nº 736/2016, renumerado de I.12 para I.13 pela Resolução nº 785/2017):

"Art. 3º – I.13 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça,

Acesso ao Sumário

das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público".

Aproxima-se o pedido de causa referida no mesmo artigo 3º, item I.11 da mesma Resolução 623/2013, na redação dada Resolução nº 785/2017, disposição lembrada pela douta Procuradoria de Justiça:

"I.11 – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público;" (sublinhei).

Mas as autoras não querem para si sequer parte do bem público, senão que a Municipalidade construa e coloque à sua disposição (e dos demais imóveis lindeiros com frente para a mesma praça) a necessária via de acesso.

Assim o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 363/366):

"... Autoras-apelantes, proprietárias de imóveis afetados por obras realizadas em uma praça, postulam em face do Município de São Paulo (SP) que sejam essas obras desfeitas ou que realizem outras que viabilizem o livre acesso a seus imóveis.

"Essa pretensão inicial e principal formulada (fls. 6).

"Pois bem, depreende-se que se trata de pedido relacionado ao devido uso e utilização de um bem público, porquanto, a praça é um **bem público de uso comum**, uma vez que, em tese a princípio, a inadequada construção é a causa de pedir.

"... A aludida **Resolução n. 623/2013** determina que, na Seção de Direito Público, por suas 13 Primeiras Câmaras, a competência será preferencial para julgar demandas *'[...] de uso e ocupação de reivindicação de bem público'*, em conta da nova e recente redação posta ao **art. 3º, I, item I.11** pela **Resolução n. 785/2017**.

"Deveras, decorrência da matéria posta em debate, nestes autos eletrônicos, a competência recursal é da Colenda Seção de Direito Público, especificamente, por suas 13 Primeiras Câmaras".

3. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e competente a Câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Público).

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0014789-14.2017.8.26.0000, da Comarca de Cruzeiro, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. MÁRCIO BARTOLI, BERETTA DA SILVEIRA E BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, EUVALDO CHAIB, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ (com declaração), JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI julgando o Conflito Procedente e Competente a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e, BERETTA DA SILVEIRA (com declaração), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI (com declaração), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA julgando o Conflito Procedente e Competente a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 9 de agosto de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Tratamento médico exigido de entidade privada conveniada ao Sistema Único de Saúde – Artigo 951 do Código Civil – Resolução 736/2016 que deu nova redação ao item 1.7 do art. 3º da Resolução 623/2013 – Remessa à Seção de Direito Público apenas quando se imputar a responsabilidade civil do Estado, Municípios e às respectivas autarquias e Fundações – Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para reconhecer competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em relação à 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso de apelação interposto contra a sentença (fls. 103/105) proferida em autos de ação de obrigação de fazer que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cruzeiro – SP.

Inicialmente os autos foram distribuídos ao ilustre Desembargador RENATO DELBIANCO, relator da E. 2ª Câmara de Direito Público, que sob o argumento de que se tratava de causa de pedir fundada em interesse de sociedade beneficente de direito privado, a competência seria da 1ª Subseção de Direito Privado (art. 5º, I, "I.1", da Resolução 623/13 do ETJSP).

A Câmara suscitante, tendo como relator o Desembargador FÁBIO PODESTÁ argumentou não se tratar de serviços privados de saúde, mas de serviços públicos de saúde a cargo do SUS, aplicando-se as regras próprias do regime administrativo, de modo que a competência seria da Câmara suscitada (fls. 147/151).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 159/163.

É o relatório.

A competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir dos fundamentos invocados e pedidos formulados na inicial, a teor do que dispõe o artigo 103, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis*:

"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

No caso em debate, buscou-se atendimento médico hospitalar junto à Sociedade Beneficente São Camilo, entidade civil de direito privado, conveniada ao Sistema Único de Saúde, invocando descumprimento do artigo 2º da Lei 12.732/12. A alegação é de que ao estender o prazo de consulta para mais de 60 dias em casos de tratamento de câncer, em desrespeito à norma citada, isto poderia agravar o mal do paciente, produzindo consequências graves, como a diminuição da chance de cura e o tempo de sobrevida (fls. 3).

Acesso ao Sumário

A Resolução nº 736/2016, objetivando aclarar a competência da Seção de Direito Público quanto às ações de responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil – hipótese dos autos – alterou a redação do item 1.7 do art. 3º da Resolução nº 623/2013, passando a ser a seguinte:

"(...) I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: (Redação dada pela Resolução nº 736/2016).

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

Em virtude dessa nova redação, a natureza privada da ré determina a competência da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça. Apenas

quando se imputar a responsabilidade civil do Estado, Municípios e das respectivas autarquias e fundações, é que se deslocaria a competência para a Seção de Direito Público.

Assim já se pronunciou o Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

0011243-82.2016.8.26.0000 Conflito de competência / Erro Médico

Relator: Xavier de Aquino

Comarca: Mogi das Cruzes

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 04/05/2016

Data de registro: 10/05/2016

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NO TRATAMENTO DE NEOPLASIA, DURANTE ATENDIMENTO NO HOSPITAL-RÉU PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. ARTIGO 951 DO CCB. RESOLUÇÃO 736/2016 QUE DÁ NOVA REDAÇÃO AO ITEM I.7 DO ART. 3º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, REMETENDO À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO APENAS OS CASOS PREVISTOS NO ART. 951 DO CC "QUANDO IMPUTADOS AO ESTADO, AOS MUNICÍPIOS E ÀS RESPECTIVAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES". ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA PRIVADA – CONFLITO PROCEDENTE COMPETENTE A C. CÂMARA SUSCITADA, 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

0008623-97.2016.8.26.0000 Conflito de competência / Erro Médico

Relator: Moacir Peres

Comarca: Franca

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 27/04/2016

Data de registro: 28/04/2016

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO – A Resolução nº 623/2013 conferiu às 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para julgamento de ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil (art. 5º, item I.24) – Conflito procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso.

À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e o julgo procedente para reconhecer competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 37.639)

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação nº 0002483-98.2015.8.26.0156, oportunidade em que aquele órgão declinou de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Público, por cuidar-se, na hipótese em julgamento, de pedido de realização de tratamento radioterápico pleiteado ao Sistema Único de Saúde – SUS (fls. 147/151).

A Seção de Direito Público, contudo, também já declinara de sua competência para julgamento da questão, por se tratar de pedido voltado a entidade privada, *"inexistindo a presença de qualquer ente público a justificar a competência de qualquer Câmara desta Seção de Direito Público"* (fls. 137/139).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, observando que, *"[s]endo a pretensão inicial, portanto, de prestação de serviço de saúde, de natureza pública"*, deveria ser reconhecida a 2ª Câmara de Direito Público como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 159/163).

2. **Por este voto, divirjo da posição exposta pelo E. Relator, por julgar ser competente a câmara suscitada.**

Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na petição inicial.

Esse é o teor do artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal: ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

Acesso ao Sumário

Trata-se, *in casu*, de **apelação cível oriunda de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por *Nailza dos Santos* em face do *Hospital Regional do Vale do Paraíba – Sociedade Beneficente São Camilo*, em que a autora pretende compelir a ré a prestar-lhe serviço médico radioterápico – por se tratar de entidade privada conveniada ao SUS, prestadora de serviço público de saúde – nos prazos estabelecidos para atendimento pela Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Essa norma, no que importa ao caso em tela, assim dispõe:

*"Art. 1º – O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, **no Sistema Único de Saúde (SUS)**, todos os tratamentos necessários, na forma*

desta Lei.

(...)

Art. 2º – O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento ***no Sistema Único de Saúde (SUS)****,* ***no prazo de até 60 (sessenta) dias*** *contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único."*

3. Na inicial da ação, relatou-se que *"[t]odo o tratamento da requerente foi feito, até o presente momento,* ***pelo SUS****, pois a autora não dispõe de condições financeiras para custeá-lo"*. Ressaltou-se que ***"[o] Hospital requerido é o responsável pela execução da política pública na área de tratamento oncológico****, sendo certo que os hospitais credenciados fazem a intermediação entre os pacientes e o Poder Público, pois seus médicos,* ***credenciados pelo SUS****, diagnosticam e prescrevem o medicamento mais eficaz para o tratamento."* Sustentou-se, por fim, *"que* ***não há que se falar em aplicação da Teoria da Reserva do Possível*** *em questões da vida e da saúde humana, por serem bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano"*. Requereu-se, assim, *"a concessão do pedido antecipatório da tutela,* ***determinando à Requerida que agende a consulta da Requerente*** *até a data limite de 05/04/2015,* ***nos termos do artigo 2º da Lei 12.732/12"****.*

4. A ***causa petendi*** verificada nestes autos volta-se, portanto, de forma inequívoca, ao direito à saúde da autora, visando compelir **entidade privada, conveniada ao SUS e prestadora de serviço público**, à observância dos prazos legalmente previstos para atendimento naquele **Sistema Único de Saúde. A matéria em apreço, portanto, independentemente da qualificação das partes, é atinente ao Direito Público**, sendo **irrelevante**, para fins de fixação de competência, que a **entidade ré seja de natureza privada**. O que se requer, de forma inequívoca, é a prestação de **serviço público de saúde**.

Acerca da irrelevância da qualificação da parte para fins de fixação de competência, veja-se o seguinte julgado deste **Órgão Especial**: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Embargos à Execução de valores relativos à Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – EMTU. Matéria afeta à Câmara de Direito público por se tratar de discussão acerca de uso de bem público – Competência que, diante dos termos do artigo 103 do RITJSP é aferida pelo pedido inicial –* ***irrelevância, para fins de fixação de competência, da natureza da parte – Interesse Público inerente*** *– Inteligência do artigo 3º, I.7.a da Resolução nº 623/2013 com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 648/2014, do Órgão Especial – Conflito procedente, competente a d. Câmara suscitada, 6ª Câmara de Direito Público."*[1]

1 TJSP; Conflito de competência 0062835-68.2016.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional III – Jabaquara – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2017;

Acesso ao Sumário

O E. Relator, todavia, entende que ***"a natureza privada da ré determina a competência da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.*** *Apenas quando se imputar a responsabilidade civil do Estado, Municípios e respectivas autarquias e fundações, é que se deslocaria a competência para a Seção de Direito Público"*. E, invoca, neste sentido, a regra do item I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013, que fixa a competência da Seção de Direito Público para julgar apenas as *"[a]ções de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos (...) previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações"*.

Embora assista razão ao E. Relator no tocante à inexistência, na inicial, de atribuição de responsabilidade civil diretamente ao Estado, ao Município ou a entidades públicas da administração indireta, **a presente ação não cuida, conforme já se expôs, de responsabilidade decorrente de ilícito previsto no artigo 951 do Código Civil**, regra esta que estabelece que *"[o] disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho"*.

O que se busca nestes autos não é reparação civil, por erro médico, em face do Estado. E, ainda que a discussão orbitasse a questão da responsabilidade civil do Estado por erro médico, não havendo atribuição direta de responsabilidade a ente estatal, poder-se-ia inserir essa matéria na competência da Seção de Direito Público para julgar ações de responsabilidade civil do Estado decorrentes de ilícitos *"extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à **prestação de serviço público**, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução [disposição concernente a acidentes de trânsito]"*.

De uma forma ou de outra, portanto, a competência para julgamento seria da Seção de Direito Público, ainda que discutida responsabilidade civil do Estado por ilícito ocorrido na prestação de serviços médicos, na forma do artigo 951 do Código Civil. **Deve-se ressaltar, contudo, novamente, que o objeto destes autos é diverso, afastando-se a questão da responsabilidade civil por erro médico.**

5. Busca a autora, nestes autos, compelir a entidade ré à **efetiva prestação de serviço público de saúde**, com observância dos prazos legalmente estabelecidos para atendimento nas entidades integrantes ou conveniadas ao Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 12.732/12.

E, com respeito à posição esposada pelo E. Des. Borelli Thomaz em sua declaração de voto convergente ao voto do E. Relator, a Lei nº 8.080/90 estabelece **de forma expressa** que os serviços privados conveniados ao SUS

Acesso ao Sumário

integram aquele Sistema Único de Saúde, conforme se extrai de **simples leitura do *caput* do artigo 7º daquela norma**: *"As ações e serviços públicos de saúde **e os serviços privados contratados ou conveniados** que **integram o Sistema Único de Saúde (SUS)**, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal (...)"*.

Evidente, portanto, que o serviço prestado, conquanto **oriundo de entidade privada, integra o Sistema Único de Saúde**, devendo obedecer às regras de direito público a ele atinentes, nomeadamente, no caso, a **Lei nº 12.732**, de 22 de novembro de 2012, cuja observância pleiteia a autora.

Ademais, um dos dispositivos legais citados no próprio voto do E. Des. Borelli Thomaz, o parágrafo único do artigo 24, faz expressa ressalva no tocante à necessidade de observância de **normas de direito público** por esses serviços conveniados, prestados por entidades de natureza privada: *"A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, **as normas de direito público**."*

Dessa forma, incide a regra do artigo 3º, inciso I, I.12, da Resolução nº 623, que elenca, dentre as competências da Seção de Direito Público, aquela para julgamento de *"[a]ções cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público"*.

6. Nesse sentido, já decidiu este **Órgão Especial** em caso pretérito, conquanto relativamente à prestação de serviço público de transporte: *"Dúvida de Competência. Ação de obrigação de fazer, consistente no fornecimento gratuito de passes unitários e cartão magnético, movida por usuária contra empresa de transporte coletivo urbano municipal. Causa de pedir e pedido a envolver **obrigações assumidas por concessionária de serviço público** em contrato administrativo formalizado com a Municipalidade de São José do Rio Preto. Matéria de Direito Administrativo. Competência de uma das Câmaras de Direito Público. Precedente do Órgão Especial. Dúvida procedente, com reconhecimento da competência da Câmara suscitante, a 7ª de Direito Público."*[2]

A hipótese destes autos é similar ao julgamento mencionado: trata-se de ação de obrigação de fazer, voltada contra entidade privada que, todavia, obrigou-se ao Poder Público, prestando, em seu nome, em regime publicista, serviço público. Cuida-se de entidade que, conquanto privada, se obrigou a prestar, em regime de direito público, serviços de saúde, de sorte a justificar, pela matéria discutida, a competência da Câmara Suscitada.

Resta competente para julgamento da mencionada apelação, portanto, a Câmara Suscitada, 2ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

2 TJSP; Conflito de competência 0288298-38.2010.8.26.0000; Relator: José Roberto Bedran; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São José do Rio Preto – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/10/2010; Data de Registro: 12/11/2010

7. Isto posto, este voto julga procedente o conflito para estabelecer a competência da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, em razão da regra do art. 3º, inciso I, I.12, da Resolução nº 623/2013, e artigo 100 do Regimento Interno desta Corte.

Márcio Bartoli, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 40.210)

Indiquei vista na Sessão do dia **28.06.2017**.

O Des. **Márcio Bartoli** indicou vista na Sessão de **26.07.2017**, e, considerando os fundamentos trazidos por Sua Excelência, a eles me associo.

Acompanho, portanto, a divergência aberta pelo Des. **Márcio Bartoli** para julgar procedente o Conflito de Competência e reconhecer a competência da Câmara Suscitada, a 2ª Câmara de Direito Público.

Anote-se que se buscou atendimento médico hospitalar junto à Sociedade Beneficente São Camilo, entidade civil de direito privado, é verdade, mas conveniada ao **Sistema Único de Saúde**, invocando-se descumprimento do **artigo 2º da Lei 12.732/12**. A alegação é de que ao estender o prazo de consulta para mais de 60 dias em casos de tratamento de câncer, em desrespeito à norma citada, isto poderia agravar o mal do paciente, produzindo consequências graves, como a diminuição da chance de cura e o tempo de sobrevida.

Do exame da petição inicial da ação de onde foi tirado este Conflito de Competência, verifica-se que se trata de **ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por *Nailza dos Santos* em face do *Hospital Regional do Vale do Paraíba – Sociedade Beneficente São Camilo*, em que a autora pretende compelir a ré a prestar-lhe serviço médico radioterápico – por se tratar de entidade privada conveniada ao SUS, prestadora de serviço público de saúde – nos prazos estabelecidos para atendimento pela Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012.**

Essa norma tem a seguinte redação: *"Art. 1º – O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, **no Sistema Único de Saúde (SUS)**, todos os tratamentos necessários, na forma desta Lei.*

(...)

*Art. 2º – O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento **no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias** contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único."*

Acesso ao Sumário

Diante disso, mesmo considerando que a ré na ação é pessoa jurídica de direito privado, penso que se está diante de responsabilidade do Estado na medida em que conveniada do SUS, e procurada nessa qualidade para prestar o atendimento.

Irrespondível, a mim me parece, o fundamento trazido pelo eminente Des. **Márcio Bartoli**: *"A causa petendi verificada nestes autos volta-se, portanto, de forma inequívoca, ao direito à saúde da autora, visando compelir* ***entidade privada, conveniada ao SUS e prestadora de serviço público, à observância dos prazos legalmente previstos para atendimento naquele Sistema Único de Saúde****. A matéria em apreço, portanto, independentemente da qualificação das partes, é* ***atinente ao Direito Público****, sendo* ***irrelevante****, para fins de fixação de competência, que a* ***entidade ré seja de natureza privada****."*

O que se busca na ação, em última análise, é a prestação de serviço público de saúde, no caso prestado por entidade de direito privado, mas de todo conveniada com o Estado, e agindo em nome dele.

Saliente-se que não se trata de responsabilidade civil decorrente do exercício de atividade profissional, como por exc. erro médico ou equivalente, não sendo hipótese do art. 951 do Código Civil, a saber: *"**Art. 951.** O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho."*

Bem por isso, acompanho a divergência para julgar procedente o conflito e competente a Câmara Suscitada, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

BERETTA DA SILVEIRA, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 25.033)

Ementa: Conflito de competência. Obrigação de fazer. Prestação de serviço não pelo SUS, mas sim de serviço pela entidade conveniada. Ação contra Hospital particular conveniado ao SUS. Pessoa jurídica de direito privado, sem participação de qualquer ente público. Ação limitada ao particular em face de entidade privada. Lei Federal 8.080/90. Competência, pois, da C Câmara de Direito Privado suscitante (art.

5º I, I.1 da Resolução 623/13). Conflito procedente. Competência da C. 5ª Câmara de Direito Privado.

Relatório nos autos.

Conquanto o D. Desembargador MÁRCIO BARTOLI apresente voto divergente por se cuidar de ação em que se pleiteia obrigação de fazer, em **serviço médico radioterápico – por se tratar de entidade privada conveniada ao SUS, prestadora de serviço público de saúde – nos prazos estabelecidos para atendimento pela Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012**[3],certo é que só essa referência não é o suficiente para deslocar competência.

Dir-se-á estar na petição inicial, e está mesmo, que o réu na ação originária, SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO – HOSPITAL REGIONAL DO VALE DO PARAÍBA, lá está por ser *responsável pela execução da política pública na área de tratamento oncológico, sendo certo que os hospitais credenciados fazem a intermediação entre os pacientes e o Poder Público, pois seus médicos, credenciados pelo SUS, diagnosticam e prescrevem o medicamento mais eficaz para o tratamento.*

Então, conclui-se estar o pedido amparado na Lei Federal 8.090/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, como está no v. acórdão suscitante.

No entanto, diferente do que lá consta, não se cuida de prestação de serviço público pelo SUS, mas sim de serviço pela entidade conveniada, hospitais, p.ex., que prestarão o serviço e depois serão remuneradas por aquele sistema.

Sob vênia, cuida-se da prestação de serviço privado de saúde, gratuito ao usuário, mas a ser remunerado pelo SUS a quem o prestou.

Vale dizer ser irrelevante a quem receba tratamento e cuidados médicos por esse sistema a relação Hospital-SUS, pois essa relação é apenas entre o sistema e a entidade prestadora do serviço.

É o que se extrai, dentre outros, dos artigos 24, 25 e 26 da Lei 8.080/90:

> Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
>
> Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.
>
> Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de

Acesso ao Sumário

3 **Grifo e negrito originais.**

> Saúde (SUS).
>
> Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

Em suma, a relação processual esgota-se entre autor e réu e não passa pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Diante disso, procedente o conflito, entendo ser caso de fixação da competência na C. 5ª Câmara de Direito Privado, da Primeira Subseção de Direito Privado (DP-1).

BORELLI THOMAZ, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036762-25.2017.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 36ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª 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 COMPETENTES AS 16ª E 17ª CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2138/17)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ANGÉLICA DE ALMEIDA, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO (com declaração), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 27 de setembro de 2017.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Demanda cujo

pedido principal é de habilitação a pensão por morte decorrente de acidente do trabalho. Ação movida em face do INSS e da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, da qual o autor requer a complementação do benefício a ser percebido da autarquia federal. Objeto preponderante da ação que se insere na competência das Câmaras Especializadas da Seção de Direito Público. Conflito procedente. Competência das 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público.

VOTO

V I S T O S.

Os autos versam sobre conflito de competência suscitado pela 36ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, que, por julgamento unânime em acórdão de relatoria do Des. Walter Cesar Exner, declinou da competência para conhecimento da Apelação Cível nº 0030313-03.2015.8.26.0071, interposta nos autos da ação de conhecimento condenatória que tramitou sob o mesmo número perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru. A Turma Julgadora da Câmara suscitante entendeu que a matéria controvertida envolve interesse eminentemente previdenciário, do que resulta a competência da Seção de Direito Público desta Corte para conhecer e julgar o recurso, nos termos do artigo 3º, I.1, da Resolução n. 623/2013 (fls. 465/468). A suscitada 1ª Câmara de Direito Público entendera que se trata de *"ação que tem por objeto o recebimento de diferenças de complementação de aposentadoria em plano de previdência privada"*, *"de natureza securitária e contratual"*, cuja competência para julgamento toca a *"uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado"*, nos termos do artigo 5º, III.8, da Resolução n. 623/2013 (fls. 454/456), e determinara a redistribuição que deu origem a esse conflito de competência. A douta Procuradoria Geral de Justiça, representada pelo Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues e pelo Dr. Rossini Lopes Jota, opinou pela procedência do conflito para reconhecer-se a 1ª Câmara da Seção de Direito Público como competente para processar e julgar o recurso (fls. 474/478).

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada perante a Justiça Federal de Bauru contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI visando à habilitação de viúvo à pensão por morte que era paga aos filhos dele e da segurada até a maioridade deles. Sobreveio sentença declinando da competência por se tratar de benefício originado em acidente do trabalho (fls. 303/304) e houve trânsito em julgado (fls.

Acesso ao Sumário

305). O Juízo da 5ª Vara Cível da Justiça Estadual, comum, de Bauru, julgou a ação improcedente (fls. 369/373). Houve apelação distribuída à 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que entendeu competente uma das Câmaras de Direito Privado (fls. 453/456); redistribuído o recurso, a 36ª Câmara de Direito Privado suscitou o presente conflito de competência (fls. 465/468).

A solução da controvérsia reclama a análise do disposto no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (g.n.).

No caso destes autos, depreende-se que o objeto principal da ação é mesmo a concessão/revigoração de benefício previdenciário (pensão por morte) junto a instituição com personalidade jurídica de direito público, conforme pedidos dos itens "c" e "d" de fls. 15:

"C – A procedência total da presente ação, para reconhecer a qualidade de dependente natural do Autor em relação à sua mulher, Giselle Marie Savi de Seixas Pinto, na data do falecimento desta, ocorrido em 12.02.1990, para fins de concessão em seu favor do benefício de Pensão por Morte".

"D – Para condenar o INSS a revigorar em favor do autor o benefício de pensão por morte da segurada Giselle Marie Savi de Seixas Pinto, desde a data em que foi cessado o pagamento (25.01.2010), e a pagar-lhe, a partir desta data, todas as parcelas vencidas devidamente corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais, desde a data em que deveriam ter sido pagas".

Dessa forma, embora o autor também tenha direcionado o pedido de revigoração do benefício à Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, observa-se que em face desta é pleiteada apenas a complementação da pensão requerida ao INSS. Assim, em vista da subjacente relação de dependência e prejudicialidade, o acolhimento do pedido deduzido contra a PREVI depende da procedência do pedido principal.

Acerca do tema, confira-se excerto do parecer emitido pela D. Procuradoria Geral de Justiça, nos seguintes termos: *"Ao que se depreende, o pedido inicial e principal está posto em face do INSS, ou seja, matéria previdenciária que fundamenta a pensão por morte de seu segurado; decorrência dele, o pedido complementar dessa pensão formulado contra a PREVI. Destarte, o conflito de interesses, nestes autos, tem como causa de pedir a pensão por morte devida ao Autor-apelante originária de um segurado junto ao INSS. Posta a matéria nesses termos, dessume-se que os direitos e interesses jurídicos debatidos referem-se à pensão por morte devida a dependente previdenciário de segurado do INSS, como pretensão inicial e principal"* (fls. 476).

Acesso ao Sumário

Entretanto, não se pode descurar que a demanda foi ajuizada por marido

de ex-funcionária do Banco do Brasil falecida em acidente sofrido *in itinere*, o qual pleiteia a concessão/restabelecimento do benefício de pensão sob o argumento de que a vítima era segurada do INSS e contribuía na renda familiar. O pedido, assim, refere-se a concessão de benefício previdenciário decorrente de morte de segurada que se dirigia ao trabalho e tem fundamento jurídico no direito especial, de modo que a competência é aquela prevista no art. 3º, III, "c", da Resolução n° 623/2013, que atribui às 16ª e 17ª Câmaras da Seção de Direito Público o julgamento de ações desta natureza.

Confira-se o seguinte precedente sobre a matéria, sobre a qual já se manifestou o C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA POR SUCESSORES DE VÍTIMA FALECIDA EM ACIDENTE DE TRABALHO. A COMPETÊNCIA PARA APRECIAR RECURSOS INTERPOSTOS EM AÇÕES RELATIVAS A ACIDENTE DO TRABALHO FUNDADA NO DIREITO ESPECIAL É DA 16ª E 17ª CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 194/2004, ART. 2, II, 'c'. CONFLITO PROCEDENTE". (Conflito de Competência n. 0202277-25.2011.8.26.0000, Rel. Des. Campos Mello, j. 23.11.2011).

Como se vê, em vista da matéria de fundo e da peculiaridade do pedido principal deduzido – pensão por morte decorrente de acidente do trabalho requerida a instituição previdenciária de natureza pública – a competência para conhecer e julgar o presente recurso é mesmo da Seção de Direito Público, por meio das suas 16ª e 17ª Câmaras, diante do que dispõe o artigo 3º, III, da Resolução n. 623/2013: *"*(...) *Ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial"*.

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito e declaram-se competentes para conhecer e julgar a Apelação Cível nº 0030313-03.2015.8.26.0071 as 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público, a uma das quais deverá ser distribuído este recurso, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Trata-se de ação ajuizada por José do Carmo Seixas Pinto Neto contra o contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI objetivando o reconhecimento de sua qualidade de dependente em relação à sua falecida esposa Gisele Marie Savi de Seixas Pinto, falecida em 12/02/1990, para que possa receber a pensão por morte que até então era paga aos seus filhos, que tiveram o benefício cessado após completarem 21 anos de idade.

A ação foi inicialmente proposta na Justiça Federal que declinou da

competência, remetendo os autos a esta Justiça Estadual, que julgou improcedente o pedido.

Houve apelação distribuída à 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que entendeu competente uma das Câmaras de Direito Privado; redistribuído o recurso, a 36ª Câmara de Direito Privado suscitou o presente conflito de competência.

Em acréscimo aos jurídicos fundamentos apresentados pelo Nobre Relator, Des. Antonio Celso Aguilar Cortez (v. 2.138), peço vênia para apresentar os seguintes argumentos.

Pois bem. Constata-se uma aparente incompatibilidade entre os pedidos do autor, pois no polo passivo encontram-se o INSS entidade com personalidade jurídica de direito público e a Previ que tem personalidade jurídica de direito privado, o que levaria a apreciação por órgãos julgadores distintos.

Contudo, como bem observou o Nobre Relator, o pedido preponderante é o de obtenção de pensão por morte acidentária, o que atrai a competência para as 16ª e 17ª Câmaras de Acidente de Trabalho, ficando em segundo plano o pedido de complementação da pensão pela Previ.

O STJ já reconheceu a competência da Justiça Estadual para o julgamento de ações que envolvem benefícios de pensão por morte de natureza acidentária, o que reforçou a competência das 16ª e 17ª Câmaras de Acidentes de Trabalho, que vem decidindo tais casos:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ENTENDIMENTO REFORMULADO PELA 1ª SEÇÃO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULAS 501/STF E 15/STJ. PRECEDENTES DO STF E STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social, visando ao benefício, aos serviços previdenciários e respectivas revisões correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF e da Súmula 15 do STJ.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento."
>
> (AgRg no CC 122.703/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 05/06/2013)
>
> "Acidente do Trabalho – Ação de concessão de pensão por morte acidentária ajuizada pela genitora do falecido – Dependência econômica – Comprovação – Benefício devido – Sentença de procedência mantida. Dou parcial provimento ao recurso oficial e nego provimento ao apelo do INSS."

Acesso ao Sumário

(TJSP; Reexame Necessário 0002760-64.2011.8.26.0606; Relator: Luiz Felipe Nogueira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Foro de Suzano – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/09/2017; Data de Registro: 11/09/2017)

"ACIDENTE DO TRABALHO – REVISIONAL – Pensão por morte acidentária – Termo inicial do benefício – Fixação na data do óbito – Requerente menor de idade – Precedentes – Admissibilidade – Retroação do termo inicial devida – JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA: juros incidem desde a data do óbito, na razão de 0,5% ao mês na vigência do CC/16 e de 1% ao mês a partir de 11/01/03, nos termos do art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN, e a correção dos atrasados deverá observar a Lei n° 8.213/91 e alterações pertinentes, com incidência da Lei nº 11.960/09 a partir de 30/06/09 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: fixação na fase de execução, consoante o disposto no art. 85, § 4º, inc. II, do CPC/2015 – Recurso obreiro provido em parte para julgar a demanda parcialmente procedente."

(TJSP; Apelação 0011046-88.2015.8.26.0477; Relator: Nelson Biazzi; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Praia Grande – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2017; Data de Registro: 19/09/2017)

Ante o exposto, declaro meu VOTO CONVERGENTE ao do E. Relator.

JOÃO NEGRINI FILHO, Desembargador

Dissídios Coletivos de Greve

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Dissídio Coletivo de Greve nº 2111040-60.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TAUBATÉ, são requeridos UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ e MUNICÍPIO DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE O DISSÍDIO COLETIVO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, EUVALDO CHAIB, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 16 de agosto de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: DISSÍDIO COLETIVO – SERVIDOR PÚBLICO – Dissídio suscitado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Taubaté (buscando a recomposição de perdas salariais, incorporação de abono e reajustamento de benefícios – Descabimento – Pretensões de natureza econômica que não admitem negociação coletiva – Inteligência dos arts. 37, X e 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal – Súmula 679 do C. STF e Súmula Vinculante 37 – Servidores Municipais que, ademais, possuem vínculo estatuário – Alteração de remuneração que implica na edição de lei específica, não se cogitando em reposição automática de perdas inflacionárias – Precedentes – Ação improcedente.

VOTO

Cuida-se de Dissídio Coletivo suscitado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Taubaté, visando:

– a recomposição do índice inflacionário de maio de 2016 a abril de 2017, na forma dos artigos 140 e 141 da Lei Complementar nº 01/1990 (pelo valor acumulado de 4,81%);

– incorporação integral do abono;

– regulamentação e manutenção do cartão alimentação, plano de saúde, vale-transporte e auxílio-creche, através de lei;

– reajuste do valor do cartão alimentação para o importe de R$ 250,00 e R$ 160,00 com relação ao vale-transporte;

– incorporação do complemento salarial, nos moldes da Lei nº 282/2012 e reajustamento da tabele de vencimentos, na forma do artigo 90 do mesmo

Acesso ao Sumário

diploma legal, mantendo-se a diferença salarial de 5% entre as respetivas referências.

Segundo o Sindicato suscitante, a pretensão contida no âmbito do presente dissídio busca assegurar aos servidores públicos da Universidade de Taubaté a revisão geral anual a que alude o artigo 37, X, da Constituição Federal e também em atenção aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, acrescentando que o preceito constitucional referido possui eficácia imediata.

Não houve pedido visando a concessão de liminar.

Recebidos os autos pela d. Vice-Presidência deste E. Tribunal de Justiça, foi designada audiência de tentativa de conciliação (fls. 217/218), restando prejudicada, diante da ausência do representante do Município de Taubaté, conforme assentada de fls. 235/236.

Recebidos os autos por esta Relatoria, foi lançada a determinação de fls. 272, seguindo-se manifestação da Universidade de Taubaté às fls. 276/281.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 443/448), pelo decreto de improcedência.

É o relatório.

Em que pesem as ponderações trazidas pelo Sindicato que subscreve o presente dissídio coletivo, de rigor o decreto de improcedência das pretensões ali deduzidas.

Com efeito, buscam recomposição salarial com fulcro no disposto no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal que, aqui, deve ser analisado com o disposto no artigo 39, § 4º para bem, assim, concluir que a remuneração do servidor público somente pode ser alterada ou implementada mediante edição de lei específica, não se havendo falar na recomposição automática de perdas inflacionárias. É o princípio da reserva legal que, na hipótese versada, vem endossado pela Súmula nº 679 do C. Supremo Tribunal Federal *(A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva)*. Na mesma esteira, a Súmula Vinculante 37 *(Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia)*.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, ensina Alexandre de Moraes que:

"A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do inciso X do art. 37, determinando que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices" (*in* Direito Constitucional, 18ª Ed., 2005, p. 321).

Vale dizer, somente a edição de lei específica mostra-se apta a implantar ou reajustar os rendimentos dos servidores (assim como os benefícios descritos

na inicial) e, ainda, em consonância com as exigências orçamentárias.

Nesse sentido, já se posicionou o C. STF, ao dizer que:

"A questão central a ser discutida nestes autos refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário ou a Administração Pública aumentar vencimentos ou estender vantagens a servidores públicos civis e militares, regidos pelo regime estatutário, com fundamento no princípio da isonomia, independentemente de lei. Inicialmente, salienta-se que, desde a Primeira Constituição Republicana, 1891, em seus artigos 34 e 25, já existia determinação de que a competência para reajustar os vencimentos dos servidores públicos é do Poder Legislativo, ou seja, ocorre mediante edição de lei. Atualmente, a Carta Magna de 1988, artigo 37, X, trata a questão com mais rigor, uma vez que exige lei específica para o reajuste da remuneração de servidores públicos. A propósito, na Sessão Plenária de 13.12.1963, foi aprovado o enunciado 339 da Súmula desta Corte, (...). Dos precedentes que originaram essa orientação jurisprudencial sumulada, resta claro que esta Corte, pacificou o entendimento no sentido de que aumento de vencimentos de servidores depende de Lei e não pode ser efetuado apenas com suporte no princípio da isonomia. (...) Registre-se que, em sucessivos julgados, esta Corte tem reiteradamente aplicado o Enunciado 339 da Súmula do STF, denotando que sua inteligência permanece atual para ordem constitucional vigente" (RE 592317, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 28.8.2014, DJe de 10.11.2014, com repercussão geral – tema 315).

E ainda:

"Ressalto que, segundo entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia, conforme preceitua o Enunciado n. 339 da Súmula desta Corte, nem ao próprio legislador é dado, segundo o art. 37, XIII da Constituição Federal, estabelecer vinculação ou equiparação de vencimentos" (ARE 762806 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 3.9.2013, DJe de 18.9.2013).

Diverso não é o posicionamento deste C. Órgão Especial, destacando-se julgado extraído do Dissídio Coletivo de Greve nº 2091890-30.2016.8.26.0000, que teve como Relator o Desembargador BORELLI THOMAZ:

"DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. Dissídio de natureza econômica descabido. Servidores da Secretaria de Administração Penitenciária, com vínculo estatutário. Dissídio julgado improcedente. (...)

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES,* desde que sob regime estatutário, o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar esse regime jurídico e, assim as condições de serviço e pagamento, desde que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da Administração. Todavia, da alteração do regime jurídico não pode advir redução da remuneração, pois a garantia da irredutibilidade, acima referida, protege o montante dos ganhos *(Direito Administrativo Brasileiro, 39ª ed., Malheiros,

Acesso ao Sumário

p. 547).

Alicerçado nessas razões, é tranquilo no C. Órgão Especial entendimento sobre ser descabido instaurar-se dissídio coletivo de natureza econômica, como o aqui sob análise, afastadas, portanto, as pretensões sindicais de serem deferidas à categoria* reajuste salarial mais perdas salariais *e, ainda, impor obrigação ao Poder Executivo da criação de* bônus de resultado penitenciário acordado em 2014*, com nota de serem inviáveis as pretensões nesta via processual, na esteira, ainda, do bem lançado parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça.

Acrescento que por se referirem a temas atinentes a* vencimentos e salários*, questões absolutamente adstritas ao princípio da reserva legal, ficam obstadas também as pretensões pelo Enunciado 679 das Súmulas do E. Supremo Tribunal Federal (...)".

Na mesma esteira, o judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, reforçando o entendimento de que *"(...) os benefícios reivindicados só poderiam ser ampliados por lei, obedecidas as exigências orçamentárias.*

Realmente, por força da reserva legal, descabe a emissão de decisão acolhendo as reivindicações (...)" (fls. 444).

Exatamente por conta disso, de rigor o afastamento das pretensões deduzidas pelo sindicato requerente, sendo o decreto de improcedência do presente dissídio coletivo, medida que se impõe.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o presente dissídio coletivo.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005080-50.2016.8.26.0400, da Comarca de (...), em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DE O., é apelado H.G.B. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.088)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de agosto de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ART. 33, *CAPUT* DA LEI 11.343/06. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO REQUERENDO A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO E A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO – NÃO CABIMENTO – AUTORIA NÃO DEMONSTRADA SATISFATORIAMENTE – VERSÃO EXCULPATÓRIA NÃO ELIDIDA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO ERA MEDIDA DE RIGOR – DESPROVIMENTO DO APELO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público contra a r. sentença de fls. 83/86, que julgou improcedente a ação socioeducativa ajuizada contra o adolescente H.G.B. pela prática de ato

infracional análogo ao crime previsto no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06.

Sustenta o apelante que a prova colhida nos autos é suficiente a demonstrar a autoria do adolescente H.G.B. pela prática dos fatos descritos na inicial, de modo que não há que se discutir a respeito da autoria da infração. No tocante à medida socioeducativa, pleiteia a imposição de internação por prazo indeterminado (fls. 90/96).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pela defesa (fls. 111/114).

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 124/129).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento pelos motivos a seguir expostos.

Consta da representação que, no dia (...), às (...), na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), o adolescente H.G.B. guardava, para venda e entrega a consumo de terceiros, 10 eppendorfs de cocaína e 10 papelotes com crack, além de R$ 300,00 e dinheiro em notas variadas.

A materialidade do ato infracional encontra-se comprovada pelos documentos de fls. 5/11, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 39/40, bem como pela prova oral produzida.

A autoria, por sua vez, a despeito das alegações do apelante, não restou satisfatoriamente demonstrada nos autos.

Em oitiva informal (fl. 15) e em juízo, **H.G.B.** negou a prática do ato infracional, alegando, em audiência, que, no dia dos fatos, estava em frente sua casa fumando um cigarro de maconha quando, ao avistar os policiais, saiu correndo e entrou em casa. Afirmou que os policiais encontraram as drogas duas casas acima da sua, na casa de um parente. Afirmou que as drogas encontradas pelos policiais não lhe pertenciam. O dinheiro encontrado pelos policiais era do auxílio reclusão que recebia do seu pai. Asseverou ter recebido R$ 80.000,00 de auxílio reclusão de uma só vez porque o pagamento estava atrasado. Não trabalha ou não estuda (mídia digital).

Acesso ao Sumário

A genitora do representado afirmou, em audiência, que tem conhecimento de que seu filho não estuda e é usuário de maconha. Aduziu que seu filho tem um ótimo comportamento (mídia digital).

A testemunha **L.A.C.**, vizinho de H.G.B., declarou, em juízo que, no dia dos fatos, policiais pediram autorização para entrar na sua casa para vasculhar o quintal e dentro da residência. Acompanhou um dos policiais na diligência no interior do imóvel. O outro policial, que ficou no quintal, logo apareceu com um pacote de drogas nas mãos. Desconhecia a existência das drogas. Asseverou ter contato com H.G.B., que tinha liberdade para entrar em sua residência, tendo

em vista o contato diário que mantinham. Alegou que considera H.G.B. como primo e o trata como se fosse da família. Aduziu que o pai do representado está preso. Afirmou que, no final do ano de 2016, a família do representado recebeu um bom dinheiro relativo ao auxílio reclusão do genitor (mídia digital).

O policial militar **A.A.F.** aduziu, em juízo, que, no dia dos fatos, efetuava patrulhamento de rotina pelo bairro quando avistou um jovem de camiseta amarela e bermuda colorida. Ao avistar a viatura, o adolescente entrou em uma das residências. Continuou o patrulhamento e, pouco tempo depois, voltou no local e o adolescente se comportou da mesma maneira. Logo após, um morador do bairro informou que havia um garoto com camiseta amarela e bermuda colorida praticando o tráfico de entorpecentes no bairro. Ao voltar ao local pela terceira vez, mais uma vez o representado correu para dentro do imóvel ao avistar a viatura policial. Ao entrar no imóvel, avistou o adolescente em cima da cama, embaixo do cobertor, ofegante ao lado da mãe. No imóvel, foi encontrada a quantia de R$ 300,00, que, de acordo com o adolescente e sua genitora, era do auxílio reclusão que recebia do pai. Na denúncia recebida anteriormente, foi dito que o adolescente vendia as drogas na rua, guardava o dinheiro em sua casa e armazenava as drogas em uma casa ao lado da sua. Após apreender o adolescente, deslocou-se até a residência ao lado, onde o morador, que é primo do representado, autorizou a entrada. No quintal, foi encontrado um saco plástico com 10 eppendorfs de cocaína e 10 pedras de crack. O proprietário da residência disse, na ocasião, que era primo de H.G.B., que desconhecia a existência das drogas e que o portão do imóvel ficava aberto e, por isso, não sabia se alguém tinha colocado as drogas no quintal do imóvel. O adolescente negou a traficância por ocasião da abordagem. Alegou que tinha notícias de que havia tráfico de drogas na rua em que o adolescente mora e que as características físicas e de vestimentas passadas na denúncia feita por um morador do bairro coincidiam com as do representado. Alegou, ainda, que o morador da residência próxima à do adolescente acompanhou as diligências (mídia digital).

No mesmo sentido, o depoimento do policial militar **A.** (mídia digital).

Pois bem. Da detida análise dos autos, verifica-se que o adolescente foi surpreendido por policiais militares que realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos e o avistaram em atitude suspeita em duas ocasiões, correndo para dentro de sua casa quando avistava a viatura policial. Logo após, os policiais receberam denúncia de um morador do bairro informando que um rapaz, com as mesmas características físicas e de vestimentas do apelado, estava traficando nas imediações.

A despeito de os policiais militares terem asseverado que as drogas foram encontradas no quintal da casa da testemunha L., importante salientar que tal testemunha alegou, em audiência, que não presenciou a efetiva apreensão das drogas, posto que acompanhou um dos policiais nas diligências no interior do

Acesso ao Sumário

imóvel e que o outro policial que ficou no quintal apareceu com um pacote de drogas nas mãos dizendo que elas haviam sido encontradas no quintal (mídia digital).

Importante consignar que as drogas não foram encontradas em poder do adolescente ou na casa dele, mas sim na residência da testemunha L., sendo que não ficou comprovado se foi efetivamente o apelado quem as colocou lá.

Conforme salientado pelo Magistrado sentenciante: *"No presente caso dos autos, entendo que não existe prova suficiente de ter o representado concorrido para o ato infracional (art. 189, IV, do ECA), na medida em que não comprovado, entre sua conduta – tal qual descrita na representação – e os produtos entorpecentes localizados e apreendidos (objetos do ato infracional representado), de forma segura e sem sombra de dúvida, o nexo de causalidade"* (fl. 85).

Some-se a isso a negativa do agente em todas as oportunidades em que ouvido e o fato de que a testemunha que o teria relacionado às drogas sequer foi qualificada pelos policiais autuantes.

Assim, conclui-se que a absolvição do adolescente H.G.B. por insuficiência de provas, nos termos do artigo 189, IV do ECA, era mesmo medida de rigor.

Ante o exposto e com estes fundamentos, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001816-43.2016.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MIRANDÓPOLIS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e deram parcial provimento ao recurso oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.768)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de agosto de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, este considerado interposto – Infância e Juventude – Obrigação de fazer – Internação compulsória em estabelecimento de saúde adequado e, oportunamente, tratamento ambulatorial – Proteção de direito individual indisponível – Legitimidade passiva da Fazenda do Estado de São Paulo – Súmulas 37 e 66 desta Corte – Relatórios que recomendam a internação para tirar o adolescente de situação de risco pessoal e para o prosseguimento do seu tratamento – Medida protetiva que se mostra necessária e adequada ao caso – Arts. 4º, 98, III, e 101, V e VI, do ECA e arts 4º, *caput*, e 6º, *caput* e inciso III, da Lei 10.216/2001 – Obrigação solidária de todos os entes federativos de fornecer meios visando à saúde da criança e do adolescente – Inteligência dos art. 196 e 227, "caput" e § 1º, CF e do art. 11, § 2º, ECA – Astreintes – Valor excessivo que deve ser reduzido – Recurso voluntário desprovido. Recurso oficial parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação da sentença de fls. 176/178, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação de obrigação de fazer consistente em tratamento de saúde com pedido de tutela de urgência proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de G.F.S.C., Fazenda Pública do Município de Mirandópolis e Fazenda Pública do Estado de São Paulo para, confirmando a antecipação de tutela, determinar a internação compulsória e o tratamento médico da dependência química e dos transtornos mentais do adolescente, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00. E, diante de relatório médico favorável apresentado no curso do processo, a sentença determinou, ainda, a desinternação do menor e o prosseguimento de seu tratamento médico (fls. 210/211).

Irresignada, apela a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 194/204). Alega, em suma, que a internação do portador de transtornos mentais deve ocorrer em casos excepcionais, somente quando esgotados os meios de atendimento em regime extra-hospitalar, sendo o tratamento ambulatorial a regra, sob pena de ofensa ao direito de liberdade. Aduz a necessidade de laudo médico circunstanciado prévio à internação que caracterize a sua necessidade.

Acesso ao Sumário

Por fim, afirma que a maior parte dos serviços de tratamento em saúde mental está sob a gestão dos municípios, devendo a pretensão ser formulada apenas em face do Município. Pede a reforma da sentença para afastar a condenação sobre a Fazenda Estadual.

Contrarrazões, às fls. 218/227.

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (fls. 232/235).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme a súmula nº 490 do Superior Tribunal de Justiça, editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em conformidade também ao art. 496, § 2º, Código de Processo Civil de 2015.

Logo, considera-se interposto o recurso oficial.

Apenas o recurso voluntário comporta parcial provimento.

Consoante a documentação trazida aos autos, o adolescente é dependente químico, apresenta quadro de distúrbio mental sugestivo de síndrome do pânico (CID F98 + 41.0), tendo sua situação acompanhada há anos (fls. 69/71 e 82).

O ofício do Conselho Tutelar de 11 de julho de 2016 (fl. 39) relata que o adolescente vem sendo acompanhado pelo Conselho Tutelar de Mirandópolis e que, previamente, já o havia sido pelo Conselho Tutelar de Lavínia e toda rede de atendimento, constando-se que:

"O mesmo abandonou os estudos desde o Ensino Fundamental e continua apresentando comportamentos cada vez mais agressivos, pois não deu continuidade a nenhum tratamento encaminhado (psicológico, neurológico e psiquiátrico), além de visitas e orientações sem sucesso. O adolescente não tem aderido aos tratamentos (...)".

Destarte, os tratamentos extra-ambulatoriais foram tentados, mas sem êxito. Daí o parecer do Conselho Tutelar de Mirandópolis (fls. 85/86) pela necessidade de internação compulsória do adolescente, em razão de fortes crises de agressividade, principalmente contra seus pais, agredindo-os fisicamente e quebrando os objetos da casa, e da não adesão ao tratamento proposto, corroborado pelo laudo médico para solicitação de autorização de internação hospitalar do Sistema Único de Saúde pelo Psiquiatra (fl. 87).

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu art. 4º, que é dever do Poder Público assegurar a efetivação do direito à saúde, devendo, para tanto, fornecer tratamento médico ao menor necessitado, como ocorre no caso em exame.

A necessidade de aplicação de medidas protetivas decorre da disposição expressa do artigo 98, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que a conduta temerária do menor ameaça e viola os direitos que lhe

são assegurados por lei.

E dentre as medidas passíveis de adoção incluem-se a *"requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial"* (art. 101, V, ECA) e a *"inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos"* (art. 101, VI, ECA). Ainda, *"a Lei 10.216 autoriza, expressamente, a internação compulsória, por ordem judicial. Sem dúvida, quando falhar tratamento ambulatorial"* (Guilherme de Souza Nucci, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 341). É o que se extrai do teor do art. 4º de referida Lei.

Pondere-se, outrossim, que assiste exclusivamente ao profissional da área de saúde, tecnicamente habilitado da rede pública ou não, avaliar caso a caso e aferir e prescrever qual o melhor tratamento para o paciente, não cabendo, assim, ao ente público, discutir a adequação do tratamento indicado pelo médico responsável.

E, como visto no caso em apreço, o tratamento contra drogadição e transtornos mentais em regime hospitalar mostra-se o mais apropriado, porquanto permitirá seu acompanhamento por profissionais em período integral, possibilitando a plena reabilitação do adolescente. Portanto, justifica-se a determinação judicial de internação por cuidar-se de medida necessária e adequada ao caso (arts. 4º, *caput*, e 6º, *caput* e inciso III, da Lei 10.216/2001).

Ademais, o direito à saúde é um direito fundamental. Logo, compete ao Poder Público, indistintamente, fornecer o tratamento médico-hospitalar a quem necessita, sendo incabível a alegação de competência exclusiva de algum ente estatal.

Como é sabido *"Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios"* (RE 195.192-RS, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Marco Aurélio, em 22/2/00, DJ de 31/3/00, p. 60).

A propósito do assunto, confira-se a súmula nº 37 desta Corte, segundo a qual *"A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno"*.

Portanto, a Fazenda de São Paulo é responsável pela garantia do direito à saúde do necessitado, sendo parte passiva legítima em ações desta natureza.

No mais, o acesso universal e igualitário à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à administração pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes programas de assistência integral nessa área (art. 227, "caput" e § 1º, Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

Dispõe o art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que *"Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*. Nesse sentido, já se decidiu que *"não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90"* (AgRg no AREsp 556.574-PR, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sérgio Kukina, em 25/8/15, DJe de 8/9/15).

E inexiste violação ao princípio da separação de Poderes, mesmo porque o direito à saúde não está adstrito à discricionariedade do poder público, mas a ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (art. 196 da Constituição Federal).

De fato, 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, Relator Ministro LUIZ FUX, j. em 15.5.2007).

Conforme já se decidiu, *"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios"* (Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 810.864-RS, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Roberto Barroso, em 18/11/14, DJe de 2/2/15).

Acesso ao Sumário

A questão encontra-se, inclusive, pacificada nesta Corte de Justiça, conforme entendimento consagrado nas súmulas nºs 65 e 66:

> *"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou*

adolescentes".

"A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município".

Assim, a aplicação da medida protetiva de internação compulsória vem ao encontro do princípio da proteção integral, porquanto absolutamente necessário que ele seja submetido a um tratamento em regime hospitalar.

Além disso, o adolescente já foi desinternado, conforme a sentença, porém seu tratamento continua e ele será acompanhado periodicamente por profissionais durante o tempo que se fizer necessário.

De outra banda, perfeitamente cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer.

Não se exclui a Fazenda Pública do pagamento da multa diária pela inexecução da obrigação de fazer.

Nada obstante, a multa arbitrada no valor diário de R$ 5.000,00 afigura-se excessiva e destoa dos valores fixados por essa Câmara Especial em casos parelhos, motivo pelo qual deve ser reduzida para o valor diário de R$ 200,00, montante que melhor atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso voluntário e dá-se parcial provimento ao recurso oficial para reduzir a multa diária arbitrada para R$ 200,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013874-62.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante M.A.S., é apelado P. DE J. V. I. E J. DE C.

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 30.558)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Medida de proteção para afastamento do convívio familiar com pedido liminar para o imediato acolhimento da adolescente e seu filho – Sentença proferida sem que a apelante fosse cientificada da juntada de relatório conclusivo de modo a possibilitar sua manifestação – Nulidade da sentença – Violação ao contraditório e à ampla defesa, vez que, não franqueada oportunidade de manifestação da apelante acerca do relatório do estudo conclusivo em relação a guarda do infante, bem como a fixação de visitas – Recurso provido, a fim de conferir a recorrente a oportunidade de manifestação sobre o laudo.

VOTO

Propôs o Ministério Público do Estado de São Paulo, em prol da menor P.C.S.B. (DN (...)) e seu filho D.L.S.S. (DN (...)), de medida de proteção para afastamento do convívio familiar com pedido de liminar, em desfavor de K.A.S., J.A.B. e M.A.S., respectivamente genitores e avó da adolescente P.C.S.B. Consta da inicial, em suma, que os genitores e a avó materna, guardiã da adolescente, não reúnem condições para assistir a jovem e seu filho D.L.S.S.

Julgada procedente a ação (fls. 563/571), recorre a avó materna, sustentando, em preliminar, nulidade do feito, ante o cerceamento de defesa, uma vez que não fora cientificada do relatório de fls. 548/554 o qual serviu de apoio a r. sentença hostilizada, a qual conferiu a guarda definitiva do infante D.L.S.S. ao casal N.J.S. e L.C.P. (primos do menor). No mérito, alega ausência de prova da impossibilidade do exercício da guarda pela família extensa. Prequestiona, os artigos 5º, LV da CF, artigos 19 e 101, § 9º da Lei 8.069/1990 e art. 9º da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 99.710/1990 (fls. 606/616).

Mantida a sentença (fl. 630), advieram as contrarrazões (fls. 624/629) e parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento, caso não acolhida a preliminar de nulidade (fls. 650/653).

É o relatório.

De início, cumpre consignar que, de fato, a r. sentença prolatada é nula, vez que não respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Houve o cerceamento de defesa, visto que determinada a elaboração de relatório psicossocial conclusivo quanto a guarda do menor D.L.S.S. e a fixação de visitas (fls. 528/529), adveio o relatório (fls. 548/554), após, foi determinada vista ao Ministério Público e, em seguida, julgou por bem o Magistrado

Acesso ao Sumário

realizar o julgamento antecipado da lide (fls. 563/571), em evidente violação ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, dispõe o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, *"aos litigantes, em processo judicial ... são assegurados o contraditório e a ampla defesa"*.

Portanto, o referido ato judicial deve ser declarado nulo por inobservância dos princípios constitucionais.

Como bem anotado pela nobre Procuradoria Geral de Justiça: *"... a r. sentença combatida deve ser anulada, porque manifesto o prejuízo suportado pela bisavó materna, haja vista o teor desfavorável do estudo técnico e a procedência da pretensão deduzida na inicial"*.

Pelo exposto, **dá-se** provimento ao recurso a fim de se anular a sentença, para permitir a manifestação da apelante acerca do relatório de fls. 548/554, observando-se o devido processo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002207-85.2015.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 1ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL, é apelado V.B.S.O.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para determinar a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, mantendo-se, no mais, a r. sentença, também por seus próprios fundamentos, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.565)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Ato infracional – Roubo qualificado – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao menor a medida socioeducativa de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, com

Acesso ao Sumário

três horas semanais – Apelo do Ministério Público – Pretensão de aplicação da medida de semiliberdade – Infração cometida mediante concurso de duas ou mais pessoas – Condições pessoais do adolescente que recomendam a imposição da medida em meio fechado – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo representante Ministério Público contra a r. sentença que julgou procedente a representação oferecida contra o menor V.B.S.O., por prática de ato infracional equiparado ao delito capitulado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhe, por isso, a medida socioeducativa de liberdade assistida, por prazo necessário à socialização, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, no limite de três horas semanais (fls. 92/94).

Sustenta o apelante, em síntese, o desacerto da medida aplicada, face à gravidade do ato perpetrado, indicativo de ser o menor portador de desvio de comportamento. Aduz, ainda, que as condições pessoais do recorrido não são favoráveis, tanto que já lhe foi imposta a medida de liberdade assistida, sem que resultasse efeito positivo e, se não bastasse, o representado já recebeu remissão por tráfico de drogas. Pugna, assim, pela substituição da medida pela de semiliberdade (fls. 100/103).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 106/108vº) e mantida a decisão recorrida (fl. 112), nesta instância, opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 154/156).

É o relatório.

Procede o apelo.

A materialidade e a autoria estão comprovadas pelo boletim de ocorrência, pelo auto de apreensão, pelos depoimentos da vítima e das testemunhas em juízo, que evidenciam a prática de roubo mediante concurso de agentes, cingindo-se, por isso, o debate, exclusivamente, à natureza do tratamento socializador a ser adotado.

A propósito disso, anote-se que o ato infracional equiparado ao crime de roubo qualificado é de natureza grave, pois pressupõe o uso de violência ou grave ameaça e demonstra grande desvio de conduta indicativo da necessidade do acompanhamento do menor.

Consta dos autos que o apelado possui maus antecedentes (fls. 16/24). Descumpriu medida de liberdade assistida que lhe foi cominada por prática análoga ao crime de tráfico de drogas. Não bastasse, o relatório técnico da Fundação Casa (fls. 31/37) revelou a necessidade da intervenção estatal em sua

Acesso ao Sumário

educação, o que só será possível por meio de imposição de medida em meio fechado tendente a introjetar-lhe valores indispensáveis para o convívio em sociedade, sendo certo que a família não foi e tudo indica que ainda não está sendo capaz de dar o devido apoio.

Passagens por Delegacia de Polícia já foram três (fl. 33) e é reincidente, com isso, manifestou atitudes pertencentes ao âmbito transgressor. Ao descumprir a medida em meio aberto que foi imposta, acreditou na impunidade. Nessas condições, manter a medida aplicada na origem seria fomentar o sentimento de impunidade existente entre os jovens infratores.

Assim, ainda que as medidas aplicadas na origem sejam insuficientes para proporcionar a reeducação do adolescente, a de internação seria severa para ele diante das circunstâncias, entre as quais a data do fato (mais de dois anos), sendo bastante, no momento, a inserção em regime de semiliberdade, tal como pleiteado pelo representante do Ministério Público, sendo certo que com esta solução, receberá a orientação que necessita para dar continuidade aos estudos e capacitar-se profissionalmente.

De qualquer modo, consabido é que cabe ao Juiz da execução reavaliar a execução medida aplicada, acompanhando o atendimento destinado ao adolescente, quando poderá, no momento oportuno, progredi-la (progressão), regredi-la (regressão), substituí-la (substituição) ou prorrogá-la (prorrogação). Assim, sem prejuízo dessas providências que, em razão de fatos novos, poderão ser ou estar sendo já adotadas, as medidas em meio aberto inicialmente impostas são convertidas, nesse momento, em medida socioeducativa de semiliberdade.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso para determinar a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, mantendo-se, no mais, a r. sentença, também por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000752-21.2016.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que são apelantes J.V.B.S.S. (MENOR) e I.F.L.B.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE B. B.

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 48.779)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8). Sentença de procedência da representação que aplicou internamento.

– Pleitos voltados à absolvição.

– Provas suficientes da autoria e materialidade. Condição pessoal dos jovens a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico em internamento – Admissibilidade e pertinência casual da medida adotada.

Negativa de provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. J.V.B.S.S. e I.F.L.B.S. sofreram a imposição de medida socioeducativa de internamento, pela prática de ato infracional correspondente ao crime definido no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 201-6).

2. Pleiteia, em suma, a defesa, a improcedência da representação, por apontada insuficiência provativa (e-págs. 295-6).

3. O apelo foi recebido e contra-arrazoado na origem (e-págs. 300-3).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (e-págs. 309-16).

É o relatório do necessário.

VOTO:

4. Narra a representação que, no dia (...), por volta de (...), na esquina da Rua (...) com a Rua (...), Bairro (...), cidade de (...), na comarca de (...), os apelantes mantinham em depósito, para fins de tráfico, 18 porções de maconha (17,76 gramas), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substâncias potencialmente causadoras de dependência física e psíquica.

5. A materialidade decorre do laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (e-págs. 20-1) e do exame químico toxicológico (e-págs. 126-9).

6. No que atina à autoria, os recorrentes negaram a prática do ato infracional, alegando que os policiais injustamente os acusaram. J.V.B.S.S.

Jurisprudência - Câmara Especial
Acesso ao Sumário

afirmou que já foi apreendido em ocasião anterior pela prática de tráfico e que é usuário de maconha. I.F.L.B.S. relatou que, em revista pessoal, não foram encontradas drogas e que o dinheiro com ele encontrado (R$ 45,00) é oriundo da venda de sua bicicleta. Disse que tem passagem pela Fundação Casa e que é usuário de drogas (mídia audiovisual).

A negativa desfiada pelos apelantes, contudo, não está respaldada pela prova oral.

O policial militar A.C.M. depôs que, em patrulhamento de rotina, avistaram um imputável e três adolescentes, dentre eles, os apelantes, em atitude suspeita. Decidiram abordá-los e, após a realização de revista pessoal, nada foi encontrado com os adolescentes, além de três celulares e a quantia de R$ 3,00 (com J.V.B.S.S.), R$ 46,00 (com I.F.L.B.S.) e R$ 500,00 com a menor J.E.S. que estava presente no momento dos fatos. O maior informou aos policiais que foi ao local para comprar maconha. Durante a abordagem, outro policial realizou uma busca nas proximidades e, em local próximo (cerca de cinco metros), localizou várias porções de maconha. Aduziu que o local é conhecido como ponto de tráfico de drogas pelos policiais da cidade.

O depoente M.A.V. confirmou os fatos narrados pela outra testemunha, acrescentando a informação que os menores são conhecidos pelo meio policial pela prática de tráfico e que a menor J.E.S. colabora segurando o dinheiro arrecadado. Os menores não costumam carregar as drogas consigo, o que motivou a realização de busca nas proximidades. A cerca de cinco metros do local em que estavam os adolescentes, embaixo de um gramado, foram encontradas dezoito porções de maconha (mídia audiovisual).

7. Tampouco se diga que o relato que aponta a autoria do recorrente partiu, fundamentalmente, de agente de segurança responsável pela apreensão, o qual, por isso mesmo, não mereceria fé por estar interessado em ressaltar a lisura do procedimento.

O testemunho de policiais não é desvalioso, quanto ao *actum* a que corresponda, pela só condição profissional das testemunhas. Ao revés, estar-se-ia diante de uma acepção processual de pessoas com apoio em predicado genérico.

A jurisprudência dos Tribunais é firme no sentido de que não é causa de menor credibilidade a circunstância de uma testemunha ser policial.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o *HC* 74.608-0 decidiu que "o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal".

Na mesma trilha são as decisões desta Casa, a título exemplificativo:

Acesso ao Sumário

Apel. 0051802-09.2008 – Rel. Des. AMADO DE FARIA J. 20.10.2011; Apel. 0074532-43.2010 – Rel. Des. Penteado Navarro J. 20.10.2011; Apel. 0005366-29.2010 – Rel. Des. FRANCISCO BRUNO J. 20.10.2011; Apel. 0009748-57.2010 – Rel .Des. ALMEIDA SAMPAIO, J. 3.10.2011; Apel. 0052267-18.2008 – Rel. Des. NEWTON NEVES, J. 29.11.2011.

Não se verifica, ademais, justificativa plausível para que as testemunhas incriminassem injustamente os jovens, forjando o flagrante.

No caso em exame, a circunstância da apreensão, a quantidade e a forma do acondicionamento das drogas, dão espeque ao entendimento do Juízo de origem, classificando a conduta objeto dentro do plexo da norma inscrita no *caput* do art. 33 da Lei Antitóxicos.

8. Bem caracterizada a prática do ato infracional, nenhum reparo merece o édito de primeiro grau quanto à tipologia da medida socioeducativa aplicada.

A medida de internação, ainda que considerada sua frequentemente referida excepcionalidade, impôs-se de modo apropriado, ante a gravidade concreta e as circunstâncias do ato perpetrado, incluídas as concernentes às condições pessoais do menor (§ 1º do art. 112 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A norma do art. 122 da referida lei estatui que a internação possa impor-se a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida sancionadora anteriormente imposta (inc. III).

É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A própria Câmara Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem seguidamente adotado o critério ora sob exame.

9. O verbete n. 492 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça não interdita a detida consideração das circunstâncias que permeiem a conduta infracional objeto, nem afasta a busca de proteção integral ao adolescente que se ache em conflito com a norma.

A vergastada aplicação da medida de internamento levou em conta não apenas a gravidade geral e abstrata do ilícito, mas sua **factualidade concreta**, bem assim as condições pessoais dos adolescentes, posto em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do **meio criminógeno**.

No mais, observa-se que os recorrentes registram antecedentes na Vara da Infância e Juventude, sendo que J.V.B.S.S., não possui estrutura familiar sólida, abandonou os estudos, é usuário de maconha, já cumpriu medidas em

meio aberto pela prática de ato infracional de mesma natureza do ora em análise (e-págs. 39 e 40-4), mas retornou ao tráfico de drogas.

I.F.L.B.S., de igual modo, é reincidente no tráfico de drogas (e-págs. 46-57), recebeu liberdade assistida cumulada com prestação de serviços a comunidade, mas persistiu na seara infracional e foi apreendido, novamente, no comércio espúrio de entorpecentes, o que demonstra a necessidade de acompanhamento técnico ostensivo, em tempo integral, para sua ressocialização.

Tais elementos de prova, indicam, claramente, a inutilidade da aplicação de medida diferente da imposta na sentença.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002753-60.2015.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.A.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 1 V. E. DA I. E J. DA C.

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 48.467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta equiparada ao crime de roubo majorado, tipificado no inc. II do § 2º do art. 157 c.c. com o inc. II do art. 14, todos do Código Penal.

– Sentença que julgou procedente a representação e aplicou a adolescente a medida de liberdade assistida.

– Adolescente apreendido em flagrante. Reconhecimento pela vítima – Provas suficientes de autoria e materialidade.

– Imposição de medida de acordo com o disposto no § 1º do art. 112, e art. 118, ambos da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Acesso ao Sumário

Não provimento do recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Acolhida, em primeiro grau, a representação do Ministério Público, da r. sentença (e-págs. 80-1) apela a adolescente R.A.S., profligando o acolhimento do pleito e a medida de liberdade assistida, que lhe foi imposta por prática de ilícito correspondente ao delito tipificado no inc. II do § 2º do art. 157 c.c. com o inc. II do art. 14, todos do Código Penal.

Pugna, a recorrente, a improcedência da representação por insuficiência probatória (fls. 85-7).

Recebido o apelo sem eficácia suspensora (fls. 88-90), vieram as contrarrazões (fls. 92-7) e mantido o *decisum* (fl. 99). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 114-6).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

2. Consta dos autos que, em (...), por volta das (...), na Av. (...), altura do n. (...), na Comarca de (...), o recorrente, agindo previamente ajustado e em concurso com outros cinco indivíduos não identificados, mediante grave ameaça exercida pela superioridade numérica, tentou subtrair, em proveito comum, uma bolsa pertencente à vítima L.A.S., somente não se consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

3. Com efeito, a materialidade do ato infracional está bem demonstrada por boletim de ocorrência (fls. 3-6), auto de apreensão de adolescente (fls. 7-10), bem como pela prova oral.

4. A adolescente, em juízo, negou a prática do ato infracional. Estava na companhia de colegas e afastou-se dos demais adolescentes, quando um deles revelou o intuito de roubar (fl. 21 – mídia audiovisual).

A ofendida L.A.S., em juízo, confirmou os fatos conforme descritos na representação e de modo categórico reconheceu o adolescente com um dos actantes do ilícito objeto, identificando-o como sendo aquele que puxou a sua bolsa (fl. 78 – mídia audiovisual).

Como é de reiterada afirmação neste Tribunal de Justiça, a tradicional experiência judicante alberga o prudente critério de prestigiar, *ut in pluribus*, a **palavra da vítima**, fidedigna, de comum, por sua isenção ordinária.

Voto paradigmático do Min. SORIANO DE SOUZA, no eg. Supremo Tribunal Federal, assentara já que *"todos nós, que somos juízes, sabemos disto: não se pode deixar de tomar com muita consideração as declarações da ofendida, desde que sejam verossímeis e minuciosas"* (*apud* ESPÍNOLA

Acesso ao Sumário

FILHO. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 1980, n. 427).

Precedente lapidar de nossos Maiores, pelo voto líder do Des. AZEVEDO FRANCESCHINI, assevera que, *"no campo probatório, a palavra da vítima (...) é sumamente valiosa, pois, visando apenas à recuperação do que lhe foi subtraído e incidindo sobre atuação de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e não acusar inocente"*.

É certo que, e nisto o recruto de antecedentes de nossa Corte, vítimas podem errar no juízo da recognição pessoal – e quanto ao reconhecimento de coisas –, por *(a)* sua sugestionabilidade, inclusa a atenção expectante, *(b)* deficiência perceptiva, *(c)* fragilidade na retenção das imagens, *(d)* complemento fabulativo da percepção fragmentária evocada, *(e)* vaidade, *(f)* orgulho obstativo da retificação de reconhecimento precipitado, *(g)* mentira inconsciente no histerismo, *(h)* propósito de falsear. Afirmar, todavia, essa mera possibilidade de erro das vítimas é, no fim e ao cabo, afirmar a **defectividade comum** do intelecto, da vontade e dos sentidos externos e internos de todos os homens, sem nada dizer, contudo, quanto à pertinência casual dessa crítica.

Não parece possível marginar o estatuto próprio do conhecimento histórico, pertinente às situações *in concreto*. Se, como fez ver Arthur KAUFFMAN, quanto aos casos reais e particulares, submetidos ao discurso empírico, não cabe cogitar de resultados **logicamente** peremptórios, mas apenas inferir conclusões com maior ou menor grau de plausibilidade (cf. "Em Torno al Conocimiento Científico del Derecho", *in Persona y Derecho*, ano 1994, vol. 31, p. 27), sempre será possível instalar e reinstalar discussões sobre bases empíricas.

A demonstrar a verossimilhança das palavras da ofendida encontram-se os relatos dos policiais militares, J.H.C.D. e L.S.S., que, sob o crivo do contraditório, foram uníssonos ao declarar que, em patrulhamento, foram informados sobre a tentativa de roubo e, ao chegar ao local, se depararam com o recorrente, detido por populares. Apreenderam o adolescente, que confessou a prática ilícita (fls. 33-4 – mídia audiovisual).

Não há nenhum indício de falsa acusação policial, tampouco motivo para incriminação da vítima, sendo o conjunto coerente e coeso, suficiente para a procedência da representação, tal como lançada na origem.

5. Trata-se, na espécie, de conduta expressiva de ousadia e perigosidade inequívoca, a exigir, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal, em defesa não só da sociedade política, mas do próprio adolescente imputado.

No caso em tela, agente que, mediante concurso de agente, pratica ilícito de roubo (ou infração a este equiparável), faz desvelar, com sua própria conduta, dados vistosos de periculosidade, o que acarreta prognose reservada quanto à

Acesso ao Sumário

sua não iteração ilícita.

Nesse quadro, a reação jurídica deve ser eficaz para prevenir um estímulo ao ilícito e a trivialização da violência. Jean LARGUIER, depois de alertar para o risco de medidas de indulgência não merecidas encorajarem a recidiva, sublinhou o drama da banalização da violência – alguma vez sob o escudo das ideologias da irresponsabilidade pessoal: *on n'ose plus appeler voleur um voleur* (*Criminologie et science pénitentiaire*. 8. Ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 27-8). Ora, a comissão de ilícito contra o patrimônio constitui forte motivo para prognóstico desfavorável quanto à não reiteração; diz, a propósito, MEYWERK: "Os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência". No mesmo sentido, MIDDENDORFF, com apoio em Seelig e Viernstein, conclui que demais de os ofensores do direito de propriedade serem proclives à reincidência, mais inclinados à recidiva se mostram ainda os que atuam de modo violento. Prossegue aquele autor:

> "Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra 'extraordinariamente forte' nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade" (MIDDENDORFF, Wolf. *Teoría y práctica de la prognosis criminal*. Tradução castelhana de José María Rodríguez Devesa. Madri: Espasa-Calpe, 1970, p. 131).

Relevante ressaltar que, diante da gravidade do ato perpetrado, seria cabível a medida de internação (§ 1º do art. 112, e inc. I do art. 122, ambos da Lei 8.069/90); entretanto, deve permanecer, ante a vedação, à espécie, da *reformatio in pejus*, a medida adotada na sentença.

Em todo caso, a liberdade assistida visa a proporcionar a reabilitação e a reeducação da adolescente, impondo-lhe freios e responsabilidades, e isso não só por sua inexorável carga sociopedagógica, mas também pela possibilidade de cumprimento em meio aberto, sem privá-lo do convívio social.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1002002-09.2016.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que são apelantes MUNICIPALIDADE DE PORTO FERREIRA, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e J.E.O., é apelado D.L.L.L. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a remessa obrigatória, deram parcial provimento ao apelo da Fazenda pública municipal e negaram provimento ao recurso da Fazenda pública estadual. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: FÓRMULA LÁCTEA SEM LACTOSE. CUSTEIO PELO PODER PÚBLICO.

– Adriano DE CUPIS, no merecidamente clássico *I Diritti della Personalità*, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados.

– "O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele" (RE 226.835 – STF, j. 14-11-1999)

– Nos casos em que a Defensoria Pública atue contra a Fazenda a cuja orgânica se integre, não se admite a condenação em verba honorária, à vista da confusão entre o credor e o devedor. Orientação firmada no STJ, com superação da divergência de entendimento na Corte.

Acolhimento da remessa obrigatória, que se tem por interposta, para afastar a condenação da Fazenda pública paulista no pagamento dos honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios sucumbenciais. Provimento do apelo da Fazenda pública municipal apenas para reduzir os honorários advocatícios em 10% do valor da causa. Não provimento do recurso da Fazenda pública estadual.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Noticiando ser intolerante à lactose, ajuizou D.L.L.L., menor representado por sua mãe, obrigação de fazer contra a Municipalidade de Porto Ferreira e a Fazenda do Estado de São Paulo, visando ao gratuito fornecimento de fórmula láctea sem lactose, da marca comercial "Ninho 1".

2. O M. Juízo de origem deferiu a tutela de urgência, afastando, contudo, a exigência da marca comercial eleita (*e*-págs. 26-7, 52-3 e 62-3).

Sobreveio a r. sentença que condenou os requeridos, em solidariedade, no fornecimento do suplemento alimentar e no pagamento de honorários advocatícios, fixados estes em 15% do valor da causa (*e*-págs. 133-8).

3. Do decidido, apelaram os requeridos.

Insurge-se a Municipalidade, em resumo, contra o não acolhimento de seu pleito, na origem, para esclarecimentos pelo médico assistente acerca da efetiva necessidade da alimentação láctea, necessária, segundo afirma, por se tratar de alimentação essencial para crianças de até dois anos de idade. Pleiteia a redução dos honorários advocatícios infligidos na origem, a condenação exclusiva da Fazenda pública paulista no pagamento dessa verba honorária, e, por último, que todas as questões suscitadas e discutidas no processo sejam analisadas, ainda que não apreciadas na origem, nos termos do art. 1.013 e seguintes do Código de Processo Civil (*e*-págs. 160-3).

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua vez, argui e sustenta a natureza programática do direito postulado, escassez orçamentária, desrespeito às políticas públicas e ingerência do Poder Judiciária na esfera discricionária da Administração pública, vulneração ao princípio da separação dos poderes, prejuízo à coletividade em benefício de direito individual, necessidade de autorização orçamentária sob pena de responsabilização fiscal do ente público (*e*-págs. 169-83).

Respondeu-se aos recursos (*e*-págs. 193-5).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da r. sentença (*e*-págs. 217-23).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos em 11 de julho de 2017 (*e*-pág. 224).

Acesso ao Sumário

VOTO:

4. De partida, no tocante com a competência para apreciação do vertente feito, postergo meu entendimento pessoal no sentido de que a competência da Vara da Infância e Juventude e, no plano da distribuição interna da própria Corte, a competência da egrégia Câmara Especial somente são convocáveis diante da presença de **situação de risco** – em contraste com o amparo normal familiar que se conceda ao menor, circunstância não presenta na espécie.

Faço-o em homenagem ao entendimento majoritário desta Câmara Especial.

5. Consolidado está no egrégio Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que:

> "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas" (verbete sumular nº 490).

Reputa-se, pois, interposto o reexame oficial.

6. O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar o REsp 1.657.156 à sistemática de recurso repetitivo, e, em consequência, determinar a **suspensão**, em todo o território nacional, dos processos que versem "obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos **não incorporados em atos normativos** do Sistema Único de Saúde".

O caso em tela trata do custeio, pelo Estado, de suplemento alimentar essencial à manutenção da saúde do menor, e não de medicamento extralista, não se sujeitando o objeto da presente demanda ao rito previsto nos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim, a suspensão determinada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça não obsta ao prosseguimento deste feito, uma vez que trata de tema diverso do analisado naquele recurso especial.

7. Exibiu-se nestes autos **documentação médica** que relata, quanto ao menor, diagnose de intolerância à lactose, indicando-se o consumo complementar de fórmula láctea sem lactose para sua alimentação, **observando-se que a prescrição proveio de profissional da rede pública de saúde** (*vidē e*-págs. 13 e 130: Médico Alexandre Andreghetto, CRM 90.478).

Suficientes para o convencimento do Juízo (e desta Corte) os documentos juntados aos autos, não se avistam necessários novos exames médicos, prova pericial, nem outro motivo para dilação instrutória, *maxime* quando não há adversidade idônea ao diagnóstico médico documentado no processo.

Não custa acrescentar, no que concerne à prova juntada aos autos, o que enuncia o inciso VIII, do Capítulo I, do vigente Código de Ética Médica aprovado pela Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina:

Acesso ao Sumário

> "O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho."

E em seu inciso XVII:

> "As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente."

Recorta-se ainda desse mesmo Código, em seu 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 benefício do paciente."

8. Registro que, no quanto segue, esta decisão monocrática reproduz, quase à letra, fundamentos que expendi em decisões precedentes neste Tribunal de Justiça.

9. Adriano de CUPIS, no merecidamente clássico *I Diritti della personalità*, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados (Milão: Dott. Giuffrè, 1973, p. 148).

Nossa Constituição Federal, em seu art. 196, afirmou que:

> "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para suma promoção, proteção e recuperação."

A jurisprudência dos Tribunais superiores, a despeito de que dissidie quanto à natureza da norma inscrita no art. 196 da Constituição Federal de 1988, vale dizer, se norma de **eficácia contida** (ou restringível) ou se norma **programática**, é consensual em que se aplique ela de imediato, pois, ainda a entender-se **programática**, essa norma

> "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (AgR no RE 217.286-STF, j. 12-9-2000).

O fato de haver, irrecusavelmente e de comum, um déficit não só restritamente normativo mas, assim o advertiu Sérvulo CORREIA, um déficit

Acesso ao Sumário

de proteção normativa da saúde, não exclui a necessidade de que se assegure de logo a proteção correspondente:

> "A inexistência ou insuficiência de normas jurídicas escritas (afirmou o professor de Lisboa) não dispensa o juiz de descobrir e aplicar o Direito" ("Introdução ao Direito da Saúde", *in* VV.AA. *Direito da saúde e bioética*. Lisboa: Lex, 1991, p. 45).

Não faltaria até quem preferisse uma propositada lacuna legislativa nesse tema (cf. a paradigmática reflexão epilogal – com o impressivo título *"Faut-il légiférer?"* – a que se lançou FRANCE QUERÉ, *in L'éthique et la vie*. Paris: Odile Jacob, p. 325-32). Todavia, é avistável, sobretudo em Estados nos quais, por força de suas dimensões territorial e pessoal, avulte e polaridade no Poder Judiciário (*brevitatis causa*, GOMES Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 578), o inevitável risco de a lacuna de leis superar-se judicialmente em desarmonia variada com os critérios que de comum se propõem à consideração prudencial do **legislador**: a saber, articulações entre o social, o político e o jurídico, ou mais agudamente entre a ciência, a ética e o direito (como fez ver MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, *La production de normes em matière bioéthique, in* VV.AA.. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: direção de Claire Neirinck, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 43).

De toda a sorte, os **direitos fundamentais** – entre os quais se conta o direito de ser assistido na enfermidade (cf. PEREZ. Rafael Gomez. *El libro de los derechos*. Madri: *El Drac*, 1995, p. 72), como direito imediatamente derivado do **direito à vida** (BLÁZQUEZ. Niceto. *Los derechos del hombre*. Madrid: BAC, 1980, p. 114 *et sqq.*) – exigem o **direito de jurisdição** (COLAUTTI. Carlos. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad, p. 93-5), a ponto mesmo de afirmar-se que, em muitas ocasiões, sua tutela "se identifique com os instrumentos de sua proteção judicial" (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1995, p. 80). A esse propósito, é de Agustín GORDILLO a gráfica referência de a privação de justiça generalizada para a tutela dos direitos humanos equivaler ao testemunho de que "o rei está nu" (VV.AA. *Derechos humanos*. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 1998, p. VII-1).

É de Jorge MIRANDA este registro:

> "Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais" (*Manual de direito constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232).

10. No âmbito da legislação infraconstitucional, após a Lei n. 8.080/1990

Acesso ao Sumário

(de 19-9), dispor ser a saúde "um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (art. 2º), indicou entre os objetivos do Sistema Único de Saúde – SUS

> "a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, **com a realização integrada das ações assistenciais** e das atividades preventivas" (art. 5º, inc. III),
>
> e enunciou em seu art. 7º:
>
> "As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
>
> (...)
>
> II – **integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema**".

Os modos regulares como, para adquirir e fornecer medicamentos e suplementos exigíveis, deve atuar o Estado – segundo previdente planejamento – não podem marginar o direito fundamental de recebê-los os necessitados.

Norma programática, ou talvez de aplicação imediata – tal o afirmou o saudoso Ministro FRANCIULLI NETTO, do egrégio Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp 212.346, j. 4-2-2002) –, acaso de eficácia contida (*rectius*: restringível, na referência de MICHEL TEMER), a do art. 196 da Constituição Federal de 1988, não pode, em todo caso, ser limitada por práticas administrativas que, em vez das **diretrizes** dessa norma constitucional, lancem-se a tardias sendas burocráticas, reticentes em atender a um direito fundamental, como se arrola o da saúde (art. 6º da CF-88), sobretudo posta em risco manifesto uma vida humana, vida que é o mais nobre dos bens da personalidade.

11. A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do Judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta.

Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico **vida** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para preservar a **vida humana**, bem jurídico fundamental.

A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: "*al governo*, diz muito bem Danilo CASTELLANO (*La verità della politica*. Milão: Scientifiche Italiane, 2002, p. 58), *non è data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi*", sobretudo quando se trate

de bens da personalidade, porque não há bem comum possível com o maltrato daqueles bens, *maxime* o da vida.

Recruta-se, a propósito, de ementa de julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> "O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele" (RE 226.835, j. 14-11-1999).

12. Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da saúde pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Não é de admitir, com efeito, que a **cláusula de "reserva do possível"**, exatamente por sua principalidade econômica, importe na negativa dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão, restringindo-se, pois, ao âmbito dos direitos de segunda geração (ou dimensão: cf. INGO WOLFGANG STALET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 301 *et sqq.*), só se reconhecendo, quanto aos direitos de primeira geração, a possibilidade de cláusulas restritivas diretamente autorizadas pela Constituição (v. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: 2002, p. 203 *et sqq.*).

O tema, pois, entre nós, é juspositivo-constitucional, o que define, por óbvio, a atuação do Poder Executivo e limita a do Poder Judiciário, ainda que não se deva, de *iure condendo*, afastar a **prudência** de um juízo realista como o exprimido por Manfred LÜTZ com as vistas postas no ordenamento jurídico alemão:

> "Por isso – com base evidentemente em um instinto sadio – a ninguém veio ainda à mente a idéia, **catastrófica** do ponto de vista do financiamento, de conferir à saúde o grau de bem tutelado na Constituição" (cito pela tradução italiana, *Il piacere della vita*. Milão: San Paolo, 2008, p. 15; o destaque não é do original).

Sequer, de resto, cabe admitir a restrição do direito à saúde dentro nos lindes – frequentemente invocados – da Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, porque, como se asseverou alhures (Ag 668.496 deste Tribunal de Justiça – Rel. Dip, j. 11-6-2007), se se permitisse essa restrição, todo julgamento, no Direito Público, que condenasse entes estatais a determinadas ações, ficaria adstrito à sua conformidade com o anteriormente planejado pela Administração Pública. Em outras palavras, admitida a tese sustentada pela recorrente, essa

Acesso ao Sumário

Lei de Responsabilidade Fiscal só concederia ao Judiciário a possibilidade de decidir contra o Poder Público se, no orçamento desse Poder, já houvesse previsão do desate condenatório.

No plano de uma indicada situação de risco à saúde ou de um detrimento à qualidade da própria existência corporal, a cautelaridade há de prevenir, no confronto de bens jurídicos, o de mais valia, qual o objeto amplo do direito fundamental à vida: *in dubio pro vita*.

A preocupação quanto ao erário não deve ser absolutamente descartada, mas o Estado tem a obrigação de proporcionar meios para a possível tutoria da saúde. Lembra-me aqui a passagem com que, inaugurando seu *Da Biologia à Ética* (Campinas: Psy. 1994, tradução brasileira, p. 17-8), JEAN BERNARD alude à "meada bastante infernal" que enreda, com frequência, os casos bioéticos (e biojurídicos). Exemplifica ele, a propósito, que, em duas ilhas do mar Mediterrâneo – na Sardenha e em Chipre –, a talassemia é enfermidade comum. Calha que os gastos para o tratamento da talassemia maior infantil agravam o orçamento dessas ilhas e tornam inviável o tratamento adequado de crianças afetadas por doenças curáveis. Sem embargo disso, mediante enxerto de medula óssea seria possível curar a talassemia maior. O problema é que cada um desses enxertos custaria mais de 50 mil dólares.

Mas que fazer diante dessa quase aporia? Dar prevalência a uma indefinida e abstrata órbita de possíveis contempláveis pela atuação pública na saúde, ou preferir a satisfação de uma situação concreta e limitada?

Digno é de notar que se tropeça, ainda uma vez e tão longe de sua gênese, num problema fundamental que já se agitara no pensamento grego: a que dar prevalência? Ao direito, *ut norma*, ou aos fatos? Ao abstrato, sob o modo agora de um platonismo de regras ou de política governamental, ou à realidade da vida, ao concreto a que primeiramente se dirigia Aristóteles? *Ex facto ius oritur e ius est implicitum factu* – disse BALDO, comentando um texto de ALFENO: lógica e justiça não há no sacrifício **real** e concreto de uma pessoa em abstrato e **virtual** benefício de outros.

Acesso ao Sumário

A **fundamentalização** do direito à saúde – porque conexionado ao da vida – é direito de primeira geração ou dimensão, e, pois, **individual**, não parecendo justificar-se uma solução, em rigor, ablatória calcada seja em um conjecturável direito universal à saúde, seja na preferência do interesse público secundário ao interesse público primário que, por sua mesma definição, não pode menosprezar bens pessoais.

Precedente deste Tribunal de Justiça – ora acolhido – destacou, com o voto de relação do Des. BARRETO FONSECA:

> "Nenhuma violação existe ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição da República), quando o judiciário aplica a lei ao

caso concreto, fazendo valer determinações constitucionais e legais (artigos 196 e 197, ambos da Constituição da República, artigos 219, 222 e 223, os três da Constituição Paulista, e *caput* do artigo 2º da Lei nº. 8.080/90) não cumpridas pelos outros poderes. Não se podem estabelecer prioridades em prejuízo de direitos constitucionais. Nem se afronta o princípio do acesso igualitário e universal à saúde. Pelo contrário, tratar igualmente quer dizer considerar as desigualdades entre as necessidades e possibilidades.

Nos orçamentos da apelante deve ter constado verba para despesas com saúde (inciso II do § 2º do artigo 198 da Constituição da República), de sorte que não ocorre nenhuma afronta aos *caput* e §§ do artigo 167 e aos §§ 5º, 8º e 9º do artigo 165, ambos da Constituição da República, bem como que incide o inciso IV do artigo 24 da Lei nº. 8.666/93, quanto à não alegada necessidade de licitação. Os artigos 15 e 16 da Lei complementar nº. 101/00 também foram preservados. Não há que se temer a Lei de Responsabilidade Fiscal, além de que a vida e a saúde devem ter prioridade sobre outras despesas" (AC 651.358).

Nessa linha, inviável a restrição da satisfação de um direito fundamental mediante o recurso a critérios administrativos.

13. A r. sentença de primeiro grau ajusta-se, portanto, à prova dos autos.

Diagnosticou-se que o menor é intolerante à lactose, prescrevendo-se o uso de fórmula especial sem lactose, cujo custeio pelo Poder Público corresponde a indicada necessidade do suplicante – oportunamente declarada essa necessidade, com presunção *iuris tantum* (arg. Lei nº 1.060, de 5-2-1950). (*vidē e*-págs. 7-8).

14. **No que diz respeito à inflição de honorários advocatícios à Fazenda Pública paulista**, observa-se superada a divergência que se lia nos julgados do egrégio Superior Tribunal de Justiça quanto à condenação da Fazenda pública no pagamento de honorários em prol de Defensorias integrantes da orgânica da mesma Fazenda.

Firmou-se naquela colenda Corte Superior, a orientação, pois, de não cabimento de condenação em verba honorária quando, tal o caso destes autos, há **confusão** entre o credor e o devedor dessa verba. Nesse sentido,

"A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão.

(...) Aplicação do art. 381 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.049 do Código Civil de 1916, no sentido de que há confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, posto que a Fazenda Pública não poderá ser reconhecida como obrigada para consigo mesma.

(...) Deveras, não altera o referido raciocínio o fato de a lei estadual instituir fundo financeiro especial, que possui entre suas fontes de receita

Acesso ao Sumário

> os recursos provenientes de honorários advocatícios estabelecidos em favor da defensoria" (REsp 870.673, j. 5-5-2008).

Não custa dizer que a alteração que se operou no art. 4º da Lei complementar n. 80/1994 em nada influencia no entendimento reafirmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento **do recurso representativo de controvérsia** (REsp 1.108.013, j. 22-6-2009):

> (...), não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante."

Assim, nos termos do **verbete sumular n. 421 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, não cabe a condenação da Fazenda paulista no pagamento de honorários à Defensoria Pública do Estado de São Paulo.**

Ressalta-se que a norma inscrita no § 19, do art. 85, do Código de Processo Civil de 2015, não modifica este entendimento, ao menos por ora, tendo em vista ser necessária a regulamentação do dispositivo a fim de torná-lo aplicável.

15. Ainda no que se refere aos honorários advocatícios, no venerando acórdão decidido em **recurso repetitivo**, no REsp 1.108.013 (j. 22-6-2009), o Egrégio Superior Tribunal de Justiça solidou entendimento no sentido de que:

> "reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município."

Ausente, na espécie, a alegada confusão entre credor e Município devedor, de rigor a condenação apenas da Municipalidade de Porto Ferreira ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Reduzo, no entanto, os honorários advocatícios para 10% do valor da causa, percentual mínimo de condenação, segundo a norma do § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

16. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

DO EXPOSTO, acolhe-se a remessa obrigatória, que se tem por interposta, apenas para afastar a condenação da Fazenda pública estadual no pagamento dos honorários de advogado. Acolhimento parcial do recurso da Fazenda pública municipal apenas para fixar os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa. Não provimento do apelo da Fazenda do Estado de São Paulo, mantida, no mais, a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 1002002-09.2016 da 2ª Vara da Comarca de Porto Ferreira.

É como voto.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031627-32.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

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 44.164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência – ação de cumprimento de sentença – divórcio homologado pelo Setor de Conciliação (CEJUSC) – órgão jurisdicional que não tem competência para executar suas decisões – cumprimento de sentença que deve ser efetivado pelo juízo que, em tese, seria o competente para a fase de cognição – artigo 516, II, do Novo Código de Processo Civil e artigo 37, I, a, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – precedente – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana, em face do MM. Juiz da 4ª Vara Cível do mesmo Foro Regional, nos autos da ação de cumprimento de sentença ajuizada por M.G.R. contra R.R.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os juízos

declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, M.G.R. ajuizou ação de cumprimento de sentença contra R.R., pleiteando a execução do acordado no divórcio consensual homologado pelo Setor de Conciliação – UNINOVE (fls. 04/07).

A ação de cumprimento de sentença foi distribuída inicialmente perante a 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santana que declinou da competência e encaminhou os autos a uma das Varas da Família de referido foro, sob o argumento de que a execução deve ser efetivada perante o Juízo que teria inicialmente competência para a fase de conhecimento (fls. 13).

Recebidos os autos, o Juiz da 5ª Vara da Família e Sucessões suscitou o presente conflito, sob o argumento de que a homologação do divórcio esgotou a competência da Vara Especializada, cabendo ao juízo da Vara Cível processar e julgar a execução das obrigações decorrentes do acordo (fls. 02/03).

Assiste razão ao suscitado.

O Novo Código de Processo Civil ao tratar do cumprimento da sentença, elege, em seu artigo 516, II, o Juízo por onde tramitou a causa, como o competente para o processamento da execução:

"Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

(...)

II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;"

Contudo, no caso em tela, o acordo celebrado entre as partes, nos autos do divórcio consensual, foi homologado pelo Setor de Conciliação (CEJUSC), órgão jurisdicional que não tem competência para executar suas decisões, pois se destina apenas à conciliação e mediação.

Assim, interpretando-se o dispositivo legal em referência, pode-se concluir que o cumprimento do acordo deve ser efetivado pelo juízo que, em tese, seria o competente para a fase de cognição.

Dessa forma, tratando-se de matéria atinente à área da família e sucessões, nos moldes do artigo 37, I, a, do Código Judiciário do Estado de São Paulo, a competência recai sobre o suscitante.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, em caso similar, já se manifestou esta Câmara Especial:

"O CEJUSC não tem competência para cumprir suas decisões, por ser apenas uma unidade do Poder Judiciário destinada a conciliação e mediação. O acordo se deu em expediente pré-processual de ação de divórcio, de competência da Vara da Família e Sucessões. Inequívoca, portanto, a competência do juízo suscitante para o processamento e julgamento da causa". (Conflito de Competência nº 0008987-35.2017.8.26.0000, Relator Alves Braga Junior, j. em 27/03/2017).

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011791-73.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 19ª VARA CIVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 24ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 24ª Vara Cível da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.418)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Ação de obrigação de fazer para que a sócia autora atue conjuntamente com o requerido na administração das empresas Plano Verde Empreendimentos e Participações Ltda e Parque dos Pinheiros Administração S/C Ltda – Alegação de conexão com anterior ação de exclusão de sócio por descumprimento dos deveres societários.

– Conquanto não se identifique própria conexão entre as demandas, reconhecida a diversidade dos elementos das ações, havendo conexão probatória e identidade de questões fundamentais, decisivas para o deslinde do caso, justifica-se a reunião de ações para se evitar conflito de julgados com desprestígio para a função jurisdicional.

– Conexão intelectual explicitada no enunciado do § 3º do art. 55 do vigente Código de Processo Civil – 2015, mas que já se anotava mesmo sob a égide do direito

Acesso ao Sumário

anterior. Precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO:

RELATÓRIO:

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 19ª Vara Cível da Capital em face do M. Juízo da 24ª Vara Cível da mesma comarca, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Elizabeth Amaral dos Santos contra Plano Verde Empreendimentos e Participações Ltda, Parque dos Pinheiros Administração S/C Ltda e Laércio Corte Júnior.

O conflito tem fulcro no reconhecimento da prevenção com ação de exoneração de sócio e apuração de haveres para a dissolução de sociedades, movida por Laércio Corte Júnior contra Elizabeth Amaral dos Santos.

É o relatório.

VOTO:

2. Configurou-se o conflito negativo de competência, ainda agora caracterizado, segundo o inciso II do art. 66 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16-3-2015).

3. Discute-se, *in casu*, a existência de conexão entre demandas oriundas dos mesmos contratos societários, mas que apresentam causas de pedir próximas e pedidos distintos.

Na presente ação de obrigação de fazer, distribuída livremente perante ao M. Juízo Suscitante (19ª Vara Cível da Capital), pede-se que a sócia Elizabeth Amaral dos Santos possa atuar na administração das sociedades conjuntamente com o sócio Laércio Corte Júnior, ao passo que, na reputada ação de exclusão de sócio e dissolução de sociedade, proposta perante o M. Juízo Suscitado (24ª Vara Cível da mesma comarca), há pedido expresso de reconhecimento de descumprimento de deveres societários por Elizabeth Amaral dos Santos e de apuração de haveres para dissolução das sociedades.

Acesso ao Sumário

4. É certo que não há própria conexão entre as ações, ao menos à luz do conceito construído a partir do enunciado art. 105 do então vigente Cód.Pr.Civ. de 1973.

5. Nada obstante, deve observar-se que mesmo sob a égide do direito processual anterior desvelava-se um crescente alargamento da literalidade do enunciado legal em ordem a abarcar, como causa determinante da reunião de ações para julgamento em *simultaneus processos*, hipóteses em que, a despeito da diversidade de pedidos e de causas de pedir, identificava-se nas demandas

um vínculo de prejudicialidade ou de afinidade de questões fundamentais, tudo a bem da coerência de julgamentos, evitando-se decisões potencialmente contrastantes.

Reconhecia-se, em casos tais, a existência do que se convencionou chamar por **conexão intelectual**, esta que "não se caracteriza pela identidade de elementos da ação, mas sim pela identidade de questões (pontos duvidosos ou controversos), e que 'havendo identidade de questões fundamentais, decisivas para o deslinde do caso, é justificável a reunião de ações para se evitar conflito de julgados com desprestígio para a função jurisdicional (cf. nota 4, infra).' (cf. JOÃO BATISTA LOPES, **in** "A Conexão e os Arts. 103 e 105 do CPC", **in** RT 707, letra "e", pág. 36)" (Agr. Instr. 1.209.776-0 4ª Câmara do extinto 1º TAC/SP Rel. Des. OSÉAS DAVI VIANA j. 20.08.03).

Isso era orientação abonada pela jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "A conexão pressupõe a existência de causas que, embora não sejam iguais, guardam entre si algum vínculo, uma relação de afinidade, o que denota que o alcance da regra de conexão tem sido alargado, de modo a se interpretar o vocábulo 'comum', contido no texto legal, como uma indicação do legislador de que, para caracterizar a conexão, seria desnecessária a identidade total dos elementos da ação, bastando tão somente uma identidade parcial." (REsp 1226016/RJ, 3ª T., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 15.03.2011).
>
> "A reunião dos processos deve ocorrer não somente no caso de conexão ou continência, mas sempre que haja clara possibilidade de decisões contraditórias" (RSTJ 112/169).

A adequação desse entendimento mais avulta sob a égide do vigente Código de Processo Civil – 2015, diploma que cuidou de explicitar a conexão intelectual como fator de modificação de competência quando, pelo § 3º de seu art. 55, averba que "Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, **mesmo sem conexão entre eles**" (o destaque não consta do original).

6. Diante desse quadro, por afinidade de questões de fato e de direito, conveniente o processamento conjunto das ações para julgamento em *simultaneus processos*, devendo prevalecer a competência por prevenção do M. Juízo suscitado.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 24ª Vara Cível da Capital.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0025698-18.2017.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE ATIBAIA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna Vara do Juizado Especial Cível de Atibaia. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.855)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Ação anulatória de débitos fiscais – Propositura da ação na Vara Cível – Presença de espólio no polo ativo, inexistindo interesse de incapazes, não afasta a competência absoluta do Juizado Especial – Redistribuição dos autos – Admissibilidade.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO:

RELATÓRIO:

1. Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 3ª Vara Cível de Atibaia em face do M. Juizado Especial Cível da mesma Comarca, nos autos de ação declaratória de inexistência de débitos fiscais, ajuizada por Espólio de Augusto Bogre contra a Fazenda do Estado de São Paulo.

Desfiou-se o conflito, pelo M. Juízo suscitante, com fundamento na competência absoluta do Juizado Especial para apreciar a ação, tendo em vista a presença da Fazenda Pública no polo passivo.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso

Acesso ao Sumário

II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. É da competência **absoluta** do Juizado especial da **Fazenda Pública** o julgamento das ações em que o valor não exceda a 60 salários mínimos, sendo expressa a Lei n. 12.153/2009 (de 22-12), quanto aos casos que não se inserem nessa regra (*vidē* § 1º de seu art. 2º).

Até essa alçada, as pretensões de interesse dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios – observadas as exceções legais – devem tramitar no Juizado especial da **Fazenda Pública**, **padecendo de nulidade a demanda que percorrer via diversa**.

Análoga mostra-se a situação regida pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, a dispor sobre a criação dos Juizados especiais cíveis e criminais no âmbito federal. Também fixa esse diploma a competência absoluta para as causas que não superem o valor de 60 salários mínimos e que pertençam à Justiça federal.

4. Cabe distinguir, de um lado, a instalação do **Juizado Especial da Fazenda Pública** propriamente dito, e, de outro, a instalação de **unidade judiciária** específica para o só processamento das ações versadas na Lei n. 12.153/2009.

A instalação do sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública prescinde da instalação de unidade especializada, **podendo dar-se por atribuição de competência à unidade judiciária pré-existente**.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Comarcas desprovidas de unidades judiciárias especializadas para o só conhecimento das ações referidas na Lei n. 12.153/09 – de princípio, varas dessa tipologia somente existem na Comarca da Capital –, a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por designação de unidades judiciárias anteriormente instaladas. Assim, a teor do Provimento n. 2.203/2014 do eg. Conselho Superior da Magistratura, pelo expediente relativo ao Juizado Especial da Fazenda Pública passaram a responder as Varas da Fazenda Pública; onde inexistentes estas, as Varas do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa (art. 8º).

5. A Comarca de Atibaia não é guarnecida por Vara de Fazenda Pública. Disso é consequência que a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por alargamento da competência da Vara de Juizado Especial Cível e Criminal daquela Comarca, que, à força do aludido Provimento CSM n. 2.203/2014, passou a responder pelo processamento e julgamento das causas alistadas na Lei n. 12.153/2009.

Não há afronta do disposto no § 2º do art. 3º da Lei n. 9.099/1995 (de 26-9), apenas implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública perante a mesma unidade judiciária então responsável pelo expediente do Juizado Especial Cível, cuja competência já se mostrava alargada para compreender o processamento das causas afetas ao Juizado Especial Criminal.

Acesso ao Sumário

6. Deve observar-se que a demanda foi livremente distribuída ao M. Juízo da 3ª Vara Cível de Atibaia que declinou da competência por entender que a presença da Fazenda Pública, ainda que haja presença de espólio no polo ativo da ação não afastaria a competência da vara especializada.

A presença da **Fazenda Pública no polo passivo atrai a competência absoluta para o Juizado Especial** da Fazenda Pública ou Juizado Especial com competência cível ou cumulativa (*ex vi* do inc. II do art. 8º do Provimento n. 2.203, de 2-9-2014 do Conselho Superior da Magistratura).

7. Apesar de inexistir previsão para participação de **espólios no rol dos legitimados ativos**, também não há proibição expressa ou exclusão da hipótese, de sorte que, tal fato não afasta a competência absoluta do Juizado Especial.

Nesse sentido, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE já chegou a aprovar o seguinte enunciado:

"Enunciado 148. Inexistindo interesses de incapazes [como na espécie], o Espólio pode ser parte nos Juizados Especiais Cíveis".

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o Juizado Especial Cível de Atibaia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037775-59.2017.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE LINS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE LINS.

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 44.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 18 de setembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – ação condenatória de procedimento comum, ajuizada contra a Fazenda

Pública do Estado de São Paulo – ausência de Vara especializada na Comarca de Lins – análise do pedido não revestida de complexidade – competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que é parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos – inteligência do artigo 8º do Provimento CSM 2.203/14 e artigo 2º, *caput*, e § 4º, da Lei 12.153/2009 – competência para o processamento da demanda do Juizado Especial – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Lins, em face do MM. Juiz da 3ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação condenatória de procedimento comum ajuizada por Lucildes Pagliotto da Silva Saraiva Leão contra a Fazenda Pública de São Paulo.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda (artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Lucildes Pagliotto da Silva Saraiva Leão ajuizou ação condenatória de procedimento comum contra a Fazenda Pública de São Paulo, para requerer que a ré seja condenada ao recálculo do prêmio de incentivo especial, a incidir sobre o cálculo do 13º salário e de 1/3 das férias (fls. 05/10).

A demanda foi originariamente distribuída ao Juízo da 3ª Vara Cível de Lins, que determinou a remessa do feito ao Juizado Especial Cível da mesma Comarca, sob o argumento de que compete ao Juizado o julgamento da demanda, nos termos do artigo 2º da Lei 12.153/2009, haja vista a ausência de complexidade da matéria e o valor atribuído à causa (fls. 04).

Discordando desse entendimento, o Magistrado do Juizado Especial Cível de Lins suscitou o presente conflito, alegando que nas Comarcas onde não há Juizado Especial da Fazenda Pública a competência não é absoluta, além do que, a remessa dos autos desatende a vontade da parte em demandar na justiça comum, onde, se necessário, poderá ser produzida prova complexa (fls. 02/03).

Assiste razão ao juízo suscitado.

De fato, conforme estabelece o artigo 8º, do Provimento 2.203/14, do Conselho Superior da Magistratura, nas comarcas do interior onde não houver Vara da Fazenda Pública instalada, os feitos previstos na Lei nº 12.153/09 tramitarão com exclusividade nas Varas do Juizado Especial:

Acesso ao Sumário

"Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento".

Assim, diferentemente do entendimento esposado pelo Juiz suscitante em suas razões, a competência dos Juizados Especiais, em referidas Comarcas, é de natureza absoluta, conforme estabelece o texto do artigo 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009.

Nesse sentido:

"No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Comarcas desprovidas de unidades judiciárias especializadas para o só conhecimento das ações referidas na Lei n. 12.153/09 de princípio, varas dessa tipologia somente existem na Comarca da Capital, a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por designação de unidades judiciárias anteriormente instaladas. Assim, a teor do Provimento n. 2.203/2014 do eg. Conselho Superior da Magistratura, pelo expediente relativo ao Juizado Especial da Fazenda Pública passaram a responder as Varas da Fazenda Pública; onde inexistentes estas, as Varas do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa (art. 8º)". (Conflito de Competência nº 0025560-85.2016.8.26.0000, Relator Presidente da Seção de Direito Público Ricardo Dip, j. em 27/06/2016).

Sobre o tema, confira-se precedente desta Câmara Especial:

"Conflito negativo de competência. Ação indenizatória por danos morais e materiais, proposta contra a Prefeitura do Município de Taboão da Serra. Inexistência de Vara do Juizado da Fazenda Pública na comarca. Competência absoluta do Juizado Especial Cível, por força do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009 c.c. o art. 2º, inc. II, 'b', do Prov. CSM 1.768/2009. Valor da causa que se adequa àquele de alçada da Lei dos Juizados Fazendários. Jurisprudência firme da C. Câmara Especial sobre o tema. Conflito julgado procedente. Competência do Juizado Especial Cível de Taboão da Serra para processar e julgar a ação". (Conflito de Competência nº 0002152-65.2016.8.26.0000, Relator Presidente da Seção de Direito Criminal Salles de Abreu, j. em 09/05/2016).

Depois, tendo em vista que à causa foi atribuído o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), fls. 10, montante este inferior ao teto estipulado em lei, a demanda se amolda ao procedimento simplificado dos Juizados Especiais.

Do exposto, declara-se competente o Juízo suscitante, Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Lins.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037798-05.2017.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA JUDICIAL DE CUBATÃO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CUBATÃO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna Vara do Juizado Especial Cível de Cubatão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.139)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 18 de setembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Ação de obrigação de fazer, para que seja realizada cirurgia de células tronco e transplante de medula óssea – Autos distribuídos livremente à Vara do Juizado Especial – Admissibilidade.

– Relevante, para a espécie dos autos, a atração da competência absoluta do Juízo especial da Fazenda Pública para o julgamento das obrigações em que o valor não exceda a sessenta salários mínimos, sendo expressa a Lei n. 12.153/2009, quanto aos casos que não se inserem nessa regra.

– Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Conflito de competência suscitado pelo Juizado Especial sob o fundamento de que deve prevalecer o proveito econômico para estabelecimento do valor da causa – Fixação do valor do ressarcimento que é matéria de mérito a ser oportunamente apreciado.

Acesso ao Sumário

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir a espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 4ª Vara Judicial de Cubatão em face do M. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível da mesma comarca, nos autos de ação de obrigação de fazer, em que se controverte a realização de procedimentos médicos para mobilização e criopreservação de células tronco com quimioterapia e transplante de medula óssea. A demanda foi ajuizada por Maria da Conceição Santos Gonçalves contra Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão (fls. 3-8).

Desfiou-se o conflito com fundamento de que se trata de competência absoluta do Juizado Especial, não sendo o caso de considerar-se o efetivo proveito econômico almejado nos autos para efeito de valor da causa.

É o relatório.

VOTO:

2. Admissível o conflito negativo de competência no caso em análise, a teor do inc. II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. É da competência **absoluta** do Juizado Especial da **Fazenda Pública** o julgamento das ações em que o valor não exceda a 60 salários mínimos, sendo expressa a Lei n. 12.153/2009 (de 22-12), quanto aos casos que não se inserem nessa regra (vidē § 1º de seu art. 2º).

Até essa alçada, as pretensões de interesse dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios – observadas as exceções legais – **devem** tramitar no Juizado especial da **Fazenda Pública, padecendo de nulidade a demanda que percorrer via diversa**.

Análoga mostra-se a situação regida pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, a dispor sobre a criação dos Juizados especiais cíveis e criminais no âmbito federal. Também fixa esse diploma a competência absoluta para as causas que não superem o valor de 60 salários mínimos e que pertençam à Justiça federal.

4. Cabe distinguir, de um lado, a instalação do **Juizado Especial da Fazenda Pública** propriamente dito, e, de outro, a instalação de **unidade judiciária** específica para o só processamento das ações versadas na Lei n. 12.153/2009.

A instalação do sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública prescinde da instalação de unidade especializada, **podendo dar-se por atribuição de competência à unidade judiciária pré-existente**.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Comarcas desprovidas

Acesso ao Sumário

de unidades judiciárias especializadas para o só conhecimento das ações referidas na Lei n. 12.153/09 – de princípio, varas dessa tipologia somente existem na Comarca da Capital –, a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por designação de unidades judiciárias anteriormente instaladas. Assim, a teor do Provimento n. 2.203/2014 do eg. Conselho Superior da Magistratura, pelo expediente relativo ao Juizado Especial da Fazenda Pública passaram a responder as Varas da Fazenda Pública; onde inexistentes estas, as Varas do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa (art. 8º).

5. A Comarca de Cubatão não é guarnecida por Vara de Fazenda Pública. Disso é consequência que a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por alargamento da competência da Vara de Juizado Especial Cível e Criminal daquela Comarca, que à força do aludido Provimento CSM n. 2.203/2014 passou a responder pelo processamento e julgamento das causas alistadas na Lei n. 12.153/2009.

6. Observe-se que a matéria discutida nos autos de origem – realização de procedimentos médicos por nosocômios credenciados à Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão – não está excluída do rol da competência dos Juizados Especiais da Fazenda, aplicando-se, ao caso, o teor do art. 2º da Lei 12.153/2009 (de 22-12) e não o disposto no § 2º, do art. 3º da Lei 9.099/95.

7. A demanda foi livremente distribuída ao M. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível de Cubatão, que remeteu os autos ao M. Juízo da 4ª Vara Judicial da mesma Comarca, por entender deva prevalecer o efetivo *quantum debeatur* no valor da causa. Este, por sua vez, reconheceu a competência absoluta do Juizado Especial, nos termos do art. 2º da Lei 12.153/09, e suscitou o presente conflito.

8. Verifica-se dos autos que o valor atribuído à causa é inferior a sessenta salários mínimos. E o arbitramento definitivo do *quantum* da compensação por eventuais valores dos procedimentos médicos a serem realizados, na hipótese de procedência do pedido, deverá ser apreciado no julgamento do *meritum causae*.

9. Diante desse quadro, sem justificativa para a modificação, na hipótese ora em tela, do valor da causa *ex officio*, cumpria mesmo, por seu valor, ser processada e julgada perante a Vara de Juizado Especial Cível de Cubatão, observada a feição absoluta do Juizado Especial para o processamento de causas dessa natureza (arg. § 4º do art. 2º da Lei n. 12.153/2009).

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna Vara do Juizado Especial Cível de Cubatão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036306-75.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 30ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, designando-se a competência do juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação indenizatória por danos morais fundada em acidente de trânsito, distribuída à 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera. Declinação de competência e determinação de redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis do Foro Central da Capital, por ser o valor da causa superior a 500 (quinhentos) salários mínimos. Conduta inadequada. Faculdade atribuída aos autores de ajuizar a ação no foro de seu domicílio ou no local do fato. Inteligência do artigo 53, V, do CPC. Irrelevância do conteúdo econômico (art. 54, II, "c", da Resolução TJSP 02/76). Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível do Foro Central da Capital** em face da decisão

declinatória proferida pelo **MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera**, nos autos da ação de indenização por danos morais decorrentes de acidente de veículos. Argumenta que, no caso dos autos, os autores são domiciliados em território sob a competência do Foro Regional de São Miguel Paulista e o acidente ocorreu em local sujeito à competência do Foro Regional de Itaquera, foro no qual foi distribuída a ação, tendo havido estrita observância ao artigo 54, inciso II, alínea "c", da Resolução nº 02/76, do E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste sentido, aduz que o juízo suscitado jamais poderia ter declinado da competência.

Processado o conflito, foi designado o MM. Juízo Suscitado (Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera) para apreciar as medidas urgentes.

Não há interesse a justificar a intervenção da D. Procuradoria-Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Configurou-se o conflito de competência, pois ambos os Juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil.

Os autores ajuizaram ação de indenização por danos morais contra Nivaldo Vitaliano (autos nº 1010180-47.2017.8.26.0007), distribuída à 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, que determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis do Foro Central da Capital, sob o fundamento de que o valor da causa ultrapassa o limite de 500 salários mínimos.

Ao receber os autos, o magistrado da 30ª Vara Cível do Foro Central da Capital suscitou o presente conflito.

Razão assiste ao suscitante.

Como é cediço, na comarca da Capital, a competência dos juízos se rege por critérios absolutos, disciplinados pelas Resoluções 1/71 e 2/76, este Egrégio Tribunal de Justiça.

O artigo 53, inciso V, do Código de Processo Civil, estabelece ser competente *"o foro do domicílio do autor ou do* ***local do fato****, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves"*.

Ademais, o artigo 54, II, "c", da Resolução nº 02/76, autoriza o trâmite das ações sobre danos pessoais e materiais decorrentes de acidentes de veículos nos foros regionais, independentemente do valor dado à causa. Portanto, a competência para conhecer e julgar o feito é do Juízo suscitado que abrange o local do acidente.

Sobre o tema, confiram-se recentes decisões desta Câmara Especial:

Acesso ao Sumário

Conflito de competência. Foro Regional de Itaquera e Foro Central. Competência funcional. Absoluta. Possibilidade de declinação de ofício. Ação de indenização por dano moral. Acidente de veículos. Faculdade conferida ao autor para ajuizar a ação no foro de seu domicílio ou no do local do fato, independente do valor dado à causa. Inteligência do artigo 100, § único do CPC/1973, vigente à época (artigo 53, inciso V, do Novo CPC), artigo 54, inciso II, alínea c, da Resolução nº 02/76 e artigo 4º da Lei Estadual nº 3.947/83. Opção exercida pelo autor, no foro do local do fato, que não pode ser desconsiderada. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 19ª Vara Cível do Foro Central. *(TJSP; Conflito de competência 0006564-39.2016.8.26.0000; Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII – Itaquera – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/07/2016; Data de Registro: 27/07/2016)*

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais e estéticos, decorrente de acidente de veículo. Demanda ajuizada no Foro Regional de Nossa Senhora do Ó que abrange o domicílio dos requerentes. Remessa dos autos para o Foro Central em razão do valor atribuído à causa exceder quinhentos salários mínimos. Faculdade do autor em ajuizar a ação no foro do seu domicílio ou no do local do fato, independente do conteúdo econômico. Inteligência do artigo 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época e artigo 54, inciso II, "c", da Resolução TJSP 02/76. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó, ora suscitante. *(TJSP; Conflito de competência 0041405-60.2016.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2017; Data de Registro: 22/02/2017)*

Deste modo, a competência para o julgamento da demanda é do juízo suscitado.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE o presente conflito**, designando-se a competência do **juízo suscitado** (2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037802-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante

MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

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 44.556)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ação cautelar antecedente com pedido de tutela de urgência – relação de consumo – ajuizamento da demanda no foro do domicílio da empresa franqueadora – redistribuição dos autos, de ofício, ao foro onde situada a empresa franqueada – impossibilidade – responsabilidade solidária – opção do consumidor em demandar perante o domicílio de uma das rés – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, em face da MMª. Juíza da 1ª Vara Cível do Foro Central da Capital, nos autos da ação cautelar antecedente com pedido de tutela cautelar de urgência ajuizada por Renato Folino de Lima contra Bomtempo Móveis Ltda. e outra.

O Juízo suscitante afirma que o consumidor optou por ajuizar o feito no foro do domicílio do primeiro réu e que referida escolha não desrespeita a cláusula de eleição de foro, prevista no contrato celebrado entre as partes. Além disso, asseverou que as empresas responderão de forma solidária, se comprovados os danos alegados pelo autor, o que o autoriza a demandar no domicílio de somente uma das rés (fls. 02/04).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do

Acesso ao Sumário

Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta nos autos, Renato Folino de Lima ajuizou ação cautelar antecedente com pedido de tutela cautelar de urgência contra Bomtempo Móveis Ltda. e outra (fls. 06/14).

A ação foi originalmente distribuída ao Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Central da Capital, que se declarou incompetente e determinou a remessa dos autos ao Foro Regional de Santana, sob o argumento de que a empresa ré franqueada está sediada em área de abrangência de aludido Foro Regional (fls. 22).

Ao receber os autos, discordando da posição adotada, a magistrada da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, suscitou o presente conflito de competência.

Assiste razão ao juízo suscitante.

De início, a ação em tela foi corretamente ajuizada pela parte autora perante o Foro Central da Comarca da Capital, local de domicílio de uma das requeridas.

Isso porque, versando a causa sobre relação de consumo, o autor possui a prerrogativa de ajuizá-la perante foro da sede da ré, de acordo com o artigo 53, III, "a", do Novo CPC, ou no foro de seu domicílio, consoante artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 77 deste Tribunal:

"A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos".

Importante salientar que, na hipótese em análise, o autor escolheu propor o feito perante o domicílio de uma das empresas que integra o polo passivo da demanda (empresa franqueadora), no caso, no Foro Central da Capital.

Neste contexto, como bem ponderado pela magistrada suscitante: *"[...] a requerida Bomtempo, na qualidade de fornecedora, responderia solidariamente com a revendedora Isage, caso sejam comprovados os danos alegados, na forma como preceitua o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 34"* (fls. 03).

Portanto, diante da escolha exercida pelo consumidor e, considerando a responsabilidade solidária entre as demandadas, não se justifica a remessa do feito pela Juíza da 1ª Vara Cível Central, ao foro do domicílio da empresa franqueada.

Sobre o tema, confira-se julgado da 31ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, em caso análogo:

"PROCESSUAL CIVIL – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

– NÃO CABIMENTO – ARTS. 7º, § ÚNICO, 14 E 25, § 1º DO CDC – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE FORNECEDOR E REVENDEDOR – ART. 34 DO CDC – RECONHECIMENTO – PRELIMINAR REJEITADA. Nos termos do CDC, são o fabricante e o comerciante solidariamente responsáveis pelos vícios do produto ou serviço, razão pela qual são partes legítimas para figurarem no polo passivo da ação". (Apelação nº 1014916-60.2016.8.26.0002, Relator, Paulo Ayrosa, j. em 15/08/2017).

E ainda:

"Conflito de competência. Ação fundada em direito do consumidor ajuizada pelo autor no foro do domicílio de uma das rés. Competência territorial. Art. 101, do CDC que encerra mera faculdade ao consumidor para ajuizar a ação no seu domicílio ou no da ré. Opção exercida pelo consumidor, no foro do domicílio da ré que não pode ser desconsiderada e impede a declinação de ofício. Súmulas nº 33, do STJ, e 77, do TJSP. Competência do Juízo Suscitante. Conflito procedente". (Conflito de Competência nº 0078905-97.2015.8.26.0000, Câmara Especial do Tribunal de Justiça, Relatora Lídia Conceição, j. em 25/07/2016).

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, 1ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0014969-30.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE CAMPINAS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS.

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. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Crimes de tráfico e porte de entorpecentes atribuídos a réus distintos, objetos da mesma ação penal. Magistrado da 3ª Vara Criminal de Campinas que determina o desmembramento dos autos, para que o Juizado Especial Criminal apure o delito de menor potencial ofensivo. Inadmissibilidade. Conexão. Reunião de processos na Vara Comum. Inteligência do artigo 60 da Lei nº 9.099/95. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da **Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas** em face de r. decisão declinatória do Juízo da **3ª Vara Criminal local**. Argumenta o suscitante que os autos foram inicialmente distribuídos ao juízo suscitado para apuração dos delitos de tráfico e porte de entorpecentes, supostamente cometidos por Débora Lopes dos Santos e Márcio Fonseca Félix. Todavia, após o recebimento da denúncia, o juízo suscitado determinou o desmembramento dos autos, com remessa ao Juizado Especial Criminal da infração relativa a Márcio Fonseca Feliz. Nada obstante, argumenta haver conexão entre os crimes, de modo que ambos devem julgados pelo juízo suscitado, consoante artigo 60 da Lei nº 9.099/95.

Processado o conflito de jurisdição, o MM. Juízo da 3ª Vara Criminal de Campinas foi designado para apreciar as medidas urgentes.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitante.

É o relatório.

O conflito de jurisdição está configurado, pois ambos os juízos consideraram-se incompetentes, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal.

Verte dos autos que o feito foi inicialmente distribuído ao MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas, para a apuração do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, supostamente cometido por Débora

Acesso ao Sumário

Lopes dos Santos, bem como para apuração do crime de porte de entorpecentes, atribuído a Márcio Fonseca Félix. Após o recebimento da denúncia, houve o desmembramento dos autos para a apuração de delito de menor potencial ofensivo pelo Juizado Especial Criminal da mesma Comarca.

Todavia, ao receber os autos, o MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal de Campinas suscitou o presente conflito, ao argumento de existência de conexão das condutas imputadas aos acusados.

Razão assiste ao juízo suscitante.

Com efeito, não há como negar a existência de conexão entre as causas, tanto que os delitos foram cometidos dentro do mesmo contexto fático, com manifesta dependência probatória entre as infrações.

Consoante dispõe o artigo 76, I e III, do Código de Processo Penal, há conexão quando duas ou mais infrações houverem sido praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, e quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Deste modo, verificada a conexão entre crimes de competência do Juizado Especial e do Juízo Comum (Criminal), prevalece a competência mais ampla do último, observando-se os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. É o que dispõe o artigo 60 da Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

> *Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)*
>
> *Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006)*

Confiram-se decisões desta Câmara Especial:

> *CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Vara do Juizado Especial em conflito negativo com 1ª Vara Criminal, ambas de Campinas. Na ação penal, imputa-se o crime de tráfico de entorpecentes para um acusado, e porte para o outro. Formação de cópia integral para remessa ao Juizado Especial Criminal (Suscitante) para a apuração do delito de menor potencial ofensivo. Inadmissibilidade. Existência de conexão intersubjetiva por simultaneidade (artigo 76, I do Código de Processo Penal). Conexão que determina a reunião dos feitos no Juízo Comum (Suscitado), de maior abrangência, para apreciação conjunta, observados os preceitos despenalizadores da transação penal e da composição civil dos danos, quando cabíveis, consoante previsão da Lei dos Juizados. Inteligência do artigo 76 do Código de Processo Penal e do artigo 60, caput e parágrafo único, da Lei nº. 9.099/95, com a redação dada pela*

Acesso ao Sumário

Lei nº. 11.313/2006. Enunciado nº. 10 do FONAJE. Jurisprudência desta E. Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado. (Conflito de Jurisdição nº 0075859-03.2015.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Comarca: Campinas; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 21/03/2016; Data de registro: 23/03/2016)

E:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Tráfico de drogas e porte para consumo pessoal. Extração de cópias e remessa ao JECRIM. Impossibilidade. Conexão. Reunião de processos na Vara Comum, de maior abrangência. Inteligência do art. 60 da Lei 9.099/95 e do art. 76, I, do CPP. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (Conflito de Jurisdição nº 0033474-40.2015.8.26.0000; Relator: Alves Braga Junior; Comarca: Campinas; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 29/08/2016; Data de registro: 29/08/2016)

Por fim, observa-se que nenhum motivo relevante foi invocado para justificar a separação dos processos, conforme disposto no artigo 80 do Código de Processo Penal.

Neste contexto, atribui-se a competência ao juízo suscitado.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o conflito para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0026795-53.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o conflito negativo de jurisdição e declararam competente o Juízo suscitado, da 2ª Vara Criminal de Guarulhos, para processar o inquérito policial 3032486-43.2013.8.26.0224. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.918)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Arguição de conexão instrumental entre inquérito policial, com denúncia, e ação penal em curso. Delitos autônomos. Conexão inexistente. Ausência de prejudicialidade entre os feitos, que, ademais, encontram-se em fases distintas. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado, da 2ª Vara Criminal de Guarulhos.

VOTO

Trata-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo MM. Juiz da 4ª Vara Criminal de Guarulhos em face de despacho proferido pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Guarulhos, nos autos do inquérito policial com denúncia oferecida contra Magaly Bezerra Duarte pela prática do crime previsto pelo art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal.

Afirma o suscitante competir ao suscitado o processamento do feito, eis que o inquérito policial por ele mencionado para justificar a prevenção da 4ª Vara Criminal foi distribuído em data posterior ao distribuído à 2ª Vara Criminal. Alega, ainda, não haver conexão probatória, por ausência de liame entre os fatos, que se deram em datas diversas, contra vítimas distintas e em condições de fato e tempo próprias. Por fim, aduz que os feitos encontram-se em fases processuais diferentes, de forma a não se justificar a reunião.

Designado o Juízo suscitado para dirimir questões urgentes (fls. 92), opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela competência do Juízo suscitado (fls. 96/97).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido por estar configurada a hipótese prevista no art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal.

Divergem os doutos Magistrados quanto à existência de conexão instrumental a determinar o processamento conjunto da ação penal nº 3032642-31.2013.8.26.0224, distribuída à 4ª Vara Criminal de Guarulhos, e o inquérito policial nº 3032486-43.2013.8.26.0224, com denúncia, distribuído à 2ª Vara Criminal de Guarulhos.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

A uma porque, se conexão houvesse, prevento estaria o Juízo suscitado, a quem primeiro distribuído o primeiro inquérito policial, de nº 3032486-43.2013.8.26.0224, em 9/9/2013 (fls. 6) – o segundo, de nº 3032642-31.2013.8.26.0224, foi distribuído ao suscitante apenas no dia seguinte, em

Acesso ao Sumário

10/9/2013 (fls. 75).

Mas não há que se falar em conexão, pois, como ressaltado pelo Juízo suscitante, os feitos têm vítimas diversas, ocorreram em datas distintas e em condições de fato e tempo diferentes, não havendo liame a autorizar o processamento conjunto.

De mais a mais, há que se observar que os feitos encontram-se em fases distintas, não se justificando, também pelo aspecto de utilidade e praticidade, a junção pleiteada. Enquanto na ação penal nº 3032642-31.2013.8.26.0224 já foram as três rés citadas e ofereceram resposta à acusação, no inquérito policial nº 3032486-43.2013.8.26.0224 sequer foi recebida a denúncia.

Como se vê, portanto, cada Magistrado deverá permanecer à frente do feito que lhe foi distribuído.

Ante o exposto, meu voto **JULGA PROCEDENTE** o conflito negativo de jurisdição e declara competente o Juízo suscitado, da 2ª Vara Criminal de Guarulhos, para processar o inquérito policial 3032486-43.2013.8.26.0224.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2121859-56.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.A.R.S. (MENOR).

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 30.585)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de internação. Prática de ato infracional equiparado ao crime descrito no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Alegação de ausência

de violência no tráfico e ofensa ao disposto no artigo 49, da Lei nº 12.594/12 (SINASE), a autorizar a imposição de medida em meio aberto. Inocorrência de constrangimento ilegal. Questão relativa à custódia do menor em local distante de sua família que se encontra minimizada pela portaria normativa 162/09 da Fundação Casa. Precedente. Infração grave. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Dra. Gabriela Galetti Pimenta, Defensora Pública, em favor de G.A.R.S. (DN (...)), alegando, em síntese, sofrer este constrangimento ilegal em virtude de lhe ter sido aplicada internação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, cujo cumprimento não está sendo realizado na Comarca em que reside e, ademais, trata-se de conduta onde inexiste violência ou grave ameaça à pessoa (fls. 1/5).

A liminar foi negada (fls. 51/53), foram prestadas as informações (fls. 58/59) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 66/67).

É o relatório.

Consabido é que o *habeas corpus* é a ação constitucional própria para a tutela da liberdade de locomoção dos indivíduos em face de eventuais constrangimentos ilegais ou arbitrários, o que significa, então, que a finalidade precípua do referido remédio constitucional é a proteção do direito de ir e vir das pessoas perante a ilegalidade e o abuso de poder, e não a reanálise de aspectos fáticos e jurídicos já apreciados por decisão judicial. Em verdade, a pretensão de rediscutir tais aspectos somente será oportunizada pela interposição do recurso cabível à espécie. O *habeas corpus*, portanto, não é sucedâneo de recurso.

Há precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF – decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux) nos quais se firmou o entendimento da *"inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal"* (STJ – HC 222.217/SC – 5ª Turma – rel. Min. Gilson Dipp – J. 12.6.2012).

Por essa razão, a análise, no caso, compreende somente a questão da ocorrência de eventual ilegalidade da r. decisão que, ao manter o ora paciente internado, não violou o direito de liberdade do paciente.

O paciente encontra-se cumprindo medida socioeducativa de internação

Acesso ao Sumário

por envolvimento na prática de ato infracional correspondente ao delito de tráfico de entorpecentes. A Defensoria Pública postulou o cumprimento do artigo 49, inciso II, da Lei do Sinase, com inclusão em programa em meio aberto na sua cidade de origem.

Com efeito, estabelece o inciso II do artigo 49 da Lei nº 12.594/12 que:

"Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

(...)

II – ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação de liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência".

Ab initio, não se pode afastar a ideia de que a infração análoga ao crime de tráfico de drogas é equiparada a crime hediondo e põe em risco a saúde pública, a justificar a imposição da medida extrema, a qual, neste momento, melhor atende ao caso, não havendo como negar a gravidade da conduta, nos termos do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na verdade, ao dispor, no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (inciso I) ou por reiteração no cometimento de outras infrações graves (inciso II), o que fez o legislador foi possibilitar a aplicação da medida socioeducativa de internação para todos os casos de atos infracionais revestidos de gravidade. E, o tráfico ilícito de entorpecentes reveste-se de tamanha gravidade que foi incluído entre os crimes de caráter hediondo (artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 8.072/90).

A propósito, Vicente Greco Filho, ao comentar o delito, verbera que *"o bem jurídico protegido pelo delito é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social"* (Tóxicos – Prevenção – Repressão, SP, Saraiva, 1995, 10ª edição, pág. 83).

Acesso ao Sumário

De igual modo não se vislumbra constrangimento ilegal pelo simples fato de o menor se encontrar custodiado em local distante de seus familiares, uma vez que, como bem lembrado pelo eminente desembargador Eros Piceli, *"o problema foi minimizado pela portaria normativa 162/09 da Fundação Casa que concede verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes do deslocamento dos familiares, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo de adolescentes que cumprem medida fora da comarca de origem. No mais, a mera inexistência de unidade próxima à residência do menor não pode servir de obstáculo para o cumprimento da medida aplicada, que é necessária"* (*Habeas*

Corpus nº 2222393-13.2014.8.26.0000, j. 30.3.2015).

Nesse sentido também:

"Conduta tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente medida socioeducativa de internação – Alegação de ofensa ao princípio da legalidade e ao disposto no artigo 49, inciso II da Lei nº 12.594/2012 – Admissibilidade da aplicação da medida extrema, ainda que não tenha sido praticado o ato com grave ameaça ou violência – Inexistência de unidade de internação na Comarca de residência do menor que não pode justificar a liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família – Inexistência de ilegalidade (Habeas Corpus nº 2060090-18.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, j. 18.5.2015).

Pelo exposto, **denega-se** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2137596-02.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente V.C.A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, denegaram a ordem, vencida a Relatora sorteada com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz.". **(Voto nº 44.690)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO), vencedores, e DORA APARECIDA MARTINS, vencida.

São Paulo, 18 de setembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator Designado

Ementa: *Habeas corpus* – Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida – Indeferimento do pedido de extinção da medida – Menor que não estuda, trabalha e não realizou cursos profissionalizantes – Prorrogação da medida – Decisão fundada no livre convencimento do juiz e que atende ao princípio da proteção integral – Processo de ressocialização ainda em curso – Constrangimento ilegal inocorrente – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente V.C.A. contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juízo do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que manteve a medida socioeducativa de liberdade assistida, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo, apesar do parecer favorável à extinção.

Em apertada síntese, sustenta a ilegalidade da decisão, uma vez que o menor alcançou a finalidade da medida socioeducativa a ele imposta, devendo ser declarada extinta a liberdade assistida, conforme sugerido pelos técnicos da execução.

Requer a concessão liminar da ordem para suspender o cumprimento da medida, e, ao final, a cassação da decisão impugnada, extinguindo-se a medida socioeducativa imposta ao paciente (fls. 01/08).

Deferida a liminar (fls. 142/144), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 172/180).

É o relatório.

Segundo consta, ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de internação, que, após evolução em seu quadro, foi convertida em liberdade assistida.

Apesar da manifestação favorável dos técnicos do serviço de execução da medida (fls. 120/122), não se verifica ilegalidade manifesta na decisão que manteve a liberdade assistida ao paciente (fls. 140).

Inicialmente, trata-se de um jovem com diversos registros infracionais (fls. 22/23), o que por si só implica em cautela na análise de sua situação.

Depois, como bem observado na origem, o jovem não está trabalhando e registra frequência irregular na escola, sendo certo que tais circunstâncias revelam a persistência das demandas psicossociais.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se, ainda, que o juiz não está adstrito aos pareceres elaborados pela equipe técnica, pois consubstanciam apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, consoante já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* 225.597-MG, relatora Marilza Maynard, desembargadora convocada do TJ/SE, julgado em 02/04/2013:

> *"PENAL. (...) ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO E ESTUPRO. INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. LAUDO PERICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. MAIORIDADE PENAL. EXTINÇÃO DA MEDIDA. INVIABILIDADE. (...) Com base no princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está adstrito ao parecer psicossocial*

emitido pela equipe técnica, ainda que seja favorável ao paciente. Logo, quando houver fundamentação suficiente da decisão para manutenção da medida socioeducativa aplicada, não se faz necessária a vinculação do magistrado ao parecer técnico. (...) Habeas corpus não conhecido".

Finalmente, vale salientar que a interrupção do acompanhamento técnico – o qual não restringe sua liberdade, ademais – sem que o menor esteja preparado poderá causar prejuízos ao efetivo processo de reeducação.

Realmente é prudente, portanto, a manutenção da liberdade assistida até que não haja dúvida de que as demandas socioeducativas foram satisfatoriamente atingidas.

Do exposto, denega-se a ordem.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4.464)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente **V.C.A.** apontando como autoridade coatora o Juízo do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da São Paulo, contra decisão (fls. 140) que, a despeito de relatório técnico favorável, indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de internação, imposta ao paciente em razão da prática de ato infracional equiparado a porte ilegal de arma e determinou seu prosseguimento, sob a alegação de desempenho escolar insuficiente.

Sustenta que a decisão de primeiro grau é ilegal e redunda em grave constrangimento com violação de dispositivos legais aplicáveis ao caso, alegando não se justificar a manutenção da medida, contrariando a recomendação do laudo técnico.

Requer a concessão liminar da ordem para autorizar o jovem a aguardar o julgamento do *habeas corpus* em liberdade, e, ao final, a concessão da ordem para que seja extinta a medida (fls. 1/8).

Indeferida a liminar (fls. 142/144), e prestas as informações pelo Juiz *a quo* (fls. 149/169), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 172/179).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a decisão que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de internação, a despeito de relatório técnico favorável, merecia ser reformada.

O paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003,

Acesso ao Sumário

sendo-lhe, ao final, por sentença proferida aos 02 de fevereiro de 2016, aplicada a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 15/19).

Aos 05 de outubro de 2016 a medida foi substituída por liberdade assistida (fls. 85/86).

Em 25 de maio de 2017, após cerca de 1 (um) ano e três meses de cumprimento da medida socioeducativa, veio aos autos relatório técnico conclusivo recomendando a extinção da medida (fls. 120/122).

Conforme se extrai dos autos, o relatório psicossocial do adolescente demonstra que, devido à sua evolução comportamental, ele se encontra apto a retornar ao convívio familiar e social.

Referida evolução foi avaliada por meio de minucioso relatório, elaborado por vários profissionais especializados, os quais acompanham o paciente, estando, pois, aptos a emitirem parecer sobre o comportamento e viabilidade de convívio social, seja pela sua capacidade técnica, seja pela convivência próxima que possuem com o adolescente.

Se os técnicos apresentaram razões socioeducativas para a extinção da medida, indeferi-la significa atentar contra a própria finalidade da medida.

Não se mostra possível, assim, o não acolhimento do laudo sob a alegação de desempenho escolar insuficiente, anotando-se que a decisão impugnada não apontou contestação hábil a desmerecer o relatório apresentado pela equipe multidisciplinar.

É sabido que o magistrado não está vinculado ao laudo técnico (Súmula 84, do TJ/SP), manejando, pois, de modo livre seu convencimento.

Todavia, não poderá afastar os dados e a conclusão dos técnicos, quando assim entender, sem que o faça de modo fundamentado e amparado em elementos fáticos robustos a embasar seu entendimento.

Além disso, tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei nº 8.069/90, art. 4º).[1]

Acesso ao Sumário

No caso, o Relatório Conclusivo de fls. 120/122 é consistente e comprova ter havido acompanhamento do adolescente e sua conclusão não é superficial ou estéril.

A equipe multiprofissional concluiu que as metas estabelecidas foram alcançadas. Diz que o jovem vem demonstrando frequência regular e comprometimento com a medida imposta, participando dos atendimentos individuais agendados, grupos mensais com temas relacionados à vida cotidiana

1 HC nº 55.721-SP, STJ – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima

dos adolescentes e seus familiares. Diz que o adolescente mostrou-se receptivo e atento as orientações da equipe, além de discorrer sobre os temas de forma clara cooperante, procurando manter boa relação com os funcionários e usuários do serviço. Diz que, no que se refere à participação da família neste processo, observamos o movimento do genitor neste acompanhamento, Sr. Osias é presente quando solicitado, demonstra abertura para o diálogo e orientações da equipe, contribuindo de forma significativa, empenhando-se para a ressocialização do educando.

O relatório técnico, enfim, contém suficiente análise da condição do jovem, o qual foi sensível ao processo de ressocialização, mostrando, além do arrependimento, a potência necessária para buscar outras amizades e atividade laboral lícita, com amparo da família, que se tornou sua principal referência positiva, suprindo estrutura emocional e material para o jovem em seu retorno ao convívio social.

Bem por isso, nada está posto no laudo que permita concluir que o jovem necessite continuar a medida que lhe foi imposta. E, é bom destacar que, apostar no seu apoderamento como indivíduo e na sua autonomia também é parte desse processo de ressocialização.

Assim, a manutenção da medida socioeducativa imposta não se revela apropriada para o processo de recuperação do jovem e deve ser afastada.

Deste modo, considerando os pareces dos técnicos (profissionais que acompanham o jovem no dia-a-dia) do Centro de Atendimento, somado ao tempo de cumprimento da medida, vez que já se perdura por mais de 9 (nove) meses, de rigor a extinção da medida de internação.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **CONCEDIA A ORDEM**, nos termos acima explicitados.

DORA A. MARTINS, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0163132-64.2008.8.26.0000/50001, da Comarca de Santos, em que são agravantes MILTON GOMES DOS SANTOS, RAIMUNDO RIBEIRO e EDSON PORTO FIGUEIREDO, é agravado FUNDAÇAO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL – FEMCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 22 de agosto de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

– Previdência privada – Restituição de reserva de poupança – Cobrança de expurgos inflacionários – Súmula 291/STJ.

– A questão referente prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 na cobrança das diferenças de correção monetária incidente sobre restituição da reserva de poupança em contribuições pessoais de associado ao plano previdenciário, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.110.561/SP.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Opuseram Milton Gomes dos Santos e Outros agravos regimentais (fls. 931/951 e 953/974) contra decisão desta Presidência que deliberou negar seguimento a recurso especial por entender que sobre a tese jurídica versada há precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça construído sob a égide do regime de recursos seriais – Resp. n. 1.110.561/SP, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegam os agravantes, em síntese, que o recurso especial está fundamentado nas Súmulas 85 do STJ e 327 do TST, no tocante à decretação da prescrição total da presente ação, razão pela qual não pode prevalecer a decisão agravada.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo regimental, na forma do art. 2º, II, do então vigente Assento Regimental nº 397/2011, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e passa-se ao julgamento, em atendimento à orientação firmada pelo STJ (AI(s) nº(s) 1.369.231/SP, 1.371.642/SP, 1.380.227/SP, 1.381.784/SP, bem como a Questão de Ordem no AI nº 1.154.599, Rel. **MIN. ARI PARGENDLER**).

Em linha com a jurisprudência estratificada no âmbito desta eg. Câmara Especial, forte no prestígio à instrumentalidade das formas, recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do parágrafo 2º, do art. 1.030, do Código de Processo Civil e nos termos do Assento Regimental nº 553/2016, do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no que atina à parte da decisão hostilizada que negou seguimento ao recurso excepcional por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada por tribunal superior sob a técnica de julgamento de casos repetitivos.

Com efeito, a parcela da decisão agravada fez-se em cumprimento à alínea 'b' do inciso I do art. 1.030, do Código de Processo Civil, cujo fragmento apresenta o seguinte teor:

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento ao art. 543-C, § 7º, I, do então vigente Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *"Quanto à questão da PREVIDÊNCIA PRIVADA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, considerando o julgamento definitivo do mérito do REsp. nº 1.110.561/SP (Tema nº 57/STJ), DJ de 06.11.2009, que entendeu que a ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria* ***prescreve em cinco anos*** *contados da data do pagamento e, em cumprimento ao disposto no art. 543-C, § 7º, I, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial interposto".*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente à prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291, incidente na cobrança de parcelas

Acesso ao Sumário

de complementação de aposentadoria nas contribuições previdenciárias de associados ao plano previdenciário – e aquela examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos – Resp. n. 1.110.561/SP, Tema n. 57 – com julgamento definitivo de mérito, asseverando, *verbis*:

"A prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão as diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário".

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, de vez que está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Em face de tais razões, recebe-se o recurso como agravo regimental e nega-se provimento.

Por final, no que atina à insurgência quanto ao segundo tópico da decisão agravada, alusiva à negativa de seguimento quanto às questões suscitadas nos recursos excepcionais por déficit de requisitos de admissibilidade, para além dos lindes deste agravo interno, preservada a decisão de fls. 926 (cf. § 2º do art. 1.042 do CPC), subam os autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0001728-04.2001.8.26.0047/50004, da Comarca de Assis, em que é agravante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE ASSIS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 22 de agosto de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário que versa matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos – Hipótese que se amolda ao Tema n. 296 do STF – Conveniência da suspensão concomitante do recurso especial.

Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Banco Santander (Brasil) S/A contra a decisão desta Presidência, que determinou o sobrestamento do recurso extraordinário conforme disposto no parágrafo 5º, do art. 1.035 do Código de Processo Civil e do recurso especial, até pronunciamento definitivo da Suprema Corte.

Alega o agravante, em síntese, que o sobrestamento do recurso especial interposto com base na prejudicialidade deste quanto ao tema nº 296 do STF deve ser revisto, eis que possui matéria inegavelmente mais ampla daquela afetada pela repercussão geral, não havendo que se falar em seu sobrestamento.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do parágrafo 2º, do art. 1.030 do Código de Processo Civil e nos termos do Assento Regimental n. 553/2016 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento ao § 5º, do art. 1.035 do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *"Reconhecida a existência da repercussão geral da questão constitucional referente a – ISS – Serviços – Bancários – Lista – Tema nº 296 do STF, delibero sobrestar o recurso extraordinário, nos termos do § 5º do art. 1.035 do Código de Processo Civil, até pronunciamento final da Suprema Corte.*
>
> *Constatando-se, quanto ao Recurso Especial, questões que no todo ou em parte poderão ser afetadas pela aludida decisão da Suprema Corte, conveniente que o exame de admissibilidade faça-se oportunamente, razão pela qual se delibera o sobrestamento de ambos os recursos."*

Como a questão *sub exame* amolda-se, perfeitamente, a esse tema, com o permissivo do § 5º, do art. 1.035, do Código de Processo Civil, o caso é mesmo de sobrestamento do recurso extraordinário até o pronunciamento do C. Supremo Tribunal Federal, bem como do recurso especial, na medida em que a

Acesso ao Sumário

matéria a ser analisada na Suprema Corte, poderá refletir nestes autos, evitando, dessa forma, colidências de decisões.

No sentido do acima expendido, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Nos termos do § 2º do art. 1.031, do CPC/2015: 'Se o relator do recurso especial considerar prejudicial o recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, sobrestará o julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal'.*
>
> *A disposição processual acima deve ser interpretada em conjunto com o art. 1.036 do CPC/2015, que estabelece que, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Suprema Corte. Julgado o mérito do Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, os recursos extraordinários sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*
>
> *Tendo em vista as disposições contidas nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, impõe-se a adoção do entendimento firmado pela Segunda Turma do STJ, no sentido de que não há óbice para que o Ministro Relator, levando em consideração razões de economia processual, aprecie o Recurso Especial apenas quando exaurida a competência do Tribunal de origem. Nesse contexto, se há, nos autos, Recurso Extraordinário pendente de julgamento, em que tratada a questão com repercussão geral reconhecida no âmbito do STF (caso dos autos), é possível ao Ministro Relator, no STJ, determinar que o Recurso Especial seja apreciado apenas após exercido o juízo de retratação ou declarado prejudicado o Recurso Extraordinário, na forma do art. 1.039 do CPC/2015 (...)"* (AREsp nº 476.944/SP, Min. Rel. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 30.06.2016).
>
> *"(...) Além disso, em razão das modificações inseridas no Código de Processo Civil pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008 (que incluíram os arts. 543-B e 543-C, respectivamente), não há óbice para que o Relator, levando em consideração razões de economia processual, aprecie o recurso especial apenas quando exaurida a competência das instâncias ordinárias. Nesse contexto, se há nos autos recurso extraordinário sobrestado em razão do reconhecimento de repercussão geral no âmbito do STF e/ou recurso especial cuja questão central esteja pendente de julgamento em recurso representativo da controvérsia no âmbito desta Corte (caso dos autos), é possível ao Relator determinar que o recurso especial seja apreciado apenas após exercido o juízo de retratação ou*

declarado prejudicado o recurso extraordinário, na forma do art. 543-B, § 3º, do CPC, e/ou após cumprido o disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC. É oportuno registrar que providência similar é adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (...)" (RCDESP no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 197.456 RJ, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 26.11.2012).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PROVIDÊNCIA QUE NÃO ENSEJA PREJUÍZO A NENHUMA DAS PARTES. EXISTÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. PENDÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR OS OBJETIVOS DA LEI 11.672/2008.

1. O Código de Processo Civil admite a interposição de agravo regimental apenas quando o Relator trata sobre a viabilidade ou não do recurso (nega seguimento ou dá provimento ao recurso), conforme se depreende do art. 557 do CPC. No caso concreto, considerando que a decisão ora agravada não tratou sobre a viabilidade ou não do recurso especial, é manifestamente inadmissível a interposição de agravo regimental em face do julgado, sobretudo porque a determinação em comento não enseja prejuízo para as partes. Ressalte-se que 'tem a parte interesse e legitimidade de recorrer somente quando a decisão agravada lhe causar prejuízo ou lhe propiciar situação menos favorável, pois só recorre quem sucumbe' (AgRg na Rcl 1.568/RR, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 1º.7.2005).

2. Ademais, em razão das modificações inseridas no Código de Processo Civil pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008 (que incluíram os arts. 543-B e 543-C, respectivamente), não há óbice para que o Relator, levando em consideração razões de economia processual, aprecie o recurso especial apenas quando exaurida a competência das instâncias ordinárias. Nesse contexto, se há nos autos recurso extraordinário sobrestado em razão do reconhecimento de repercussão geral no âmbito do STF e/ou recurso especial cuja questão central esteja pendente de julgamento em recurso representativo da controvérsia no âmbito desta Corte (caso dos autos), é possível ao Relator determinar que o recurso especial seja apreciado apenas após exercido o juízo de retratação ou declarado prejudicado o recurso extraordinário, na forma do art. 543-B, § 3º, do CPC, e/ou após cumprido o disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC. É oportuno registrar que providência similar é adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RE 556316 AgR-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 7.6.2011).

3. Entendimento em sentido contrário – para que a suspensão ocorra sempre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – implica esvaziar um dos objetivos da Lei 11.672/2008, qual seja, 'criar mecanismo

Acesso ao Sumário

que amenize o problema representado pelo excesso de demanda' deste Tribunal. Assim, deve ser 'dada oportunidade de retratação aos Tribunais de origem, devendo ser retomado o trâmite do recurso, caso a decisão recorrida seja mantida', sendo que tal solução 'inspira-se no procedimento previsto na Lei nº 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal', conforme constou expressamente das justificativas do respectivo Projeto de Lei (PL 1.213/2007).

4. Agravo regimental não conhecido" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.283.880/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/06/2012).

Assim, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar cariz protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa da qual se ocupa o § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1005057-30.2015.8.26.0010/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROSANGELA ÁVILA GONÇALVES e PEÇA EXPRESSA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS EIRELI LTDA., é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44430)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de agosto de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Contrato bancário – Juros remuneratórios – Sujeição das instituições financeiras à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei da Usura afastada – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Rosangela Ávila Gonçalves e outra** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 973.827/RS e 1.061.530/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustentam os agravantes a possibilidade de limitação da taxa de juros remuneratórios quando verificada a abusividade de sua cobrança e a vantagem exagerada da instituição financeira. Afirmam que, no caso em tela, a taxa cobrada é superior à taxa média de mercado e há vantagem exagerada da instituição financeira, pois aufere vantagem econômica de até 765%.

Houve apresentação de contraminuta (fls. 12/14).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.061.530/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente,

Acesso ao Sumário

no âmbito dos contratos bancários, no sentido de não se sujeitarem as instituições financeiras à Lei da Usura, acrescentando que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% não indica, por si só, abusividade. Confira-se fls. 963/965.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. **792/800**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir pela impossibilidade de limitação da taxa de juros para as instituições financeiras ao percentual de 12% ao ano e, ainda, pela ausência de abusividade das taxas efetivamente pactuadas porque em harmonia com a média do mercado da época da celebração do contrato. Confira-se a ementa do julgado:

> *REVISÃO DE CONTRATO. ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE E EMPRÉSTIMO. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Contexto probatório suficiente para o deslinde da causa. CAPITAL DE GIRO. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Empréstimo utilizado para implementação de atividade empresarial. Relação de consumo inexistente. CAPITALIZAÇÃO. Admissibilidade. Expressa previsão no contrato, celebrado após a edição da MP 2.170-36/2001. Incidência das súmulas 539 e 541 do Superior Tribunal de Justiça. TAXA DE JUROS. Abusividade. Não ocorrência. Percentuais cobrados em harmonia com a média do mercado da época da celebração do contrato. Limitação ao percentual de 12% ao ano para as instituições financeiras. Impossibilidade. Jurisprudência já pacificada. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Nulidade da cláusula contratual no ponto em que admite a cumulação com outros encargos remuneratórios e moratórios. Inteligência das súmulas 30 e 472 do Superior Tribunal de Justiça. Devolução simples, ante a ausência de má fé. SUCUMBÊNCIA. Ônus carreado às autoras. Sentença reformada em parte. Apelação parcialmente provida.*
>
> Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.
>
> Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0002458-65.2014.8.26.0562/50001, da Comarca de Santos, em que é agravante JEFFERSON JOVITA SANTOS.

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

relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso especial. Interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 453), que julgou prejudicado o recurso especial com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO (Tema 280), em sessão de julgamento realizada aos 05 de novembro de 2015, por maioria, reconheceu a repercussão geral e fixou a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso e pelo desprovimento no mérito (fls. 468/470).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 474/475).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso especial, com fundamento no artigo

Acesso ao Sumário

1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada e estando os acórdãos recorridos de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 453, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, verifica-se que os acórdãos de fls. 372/379 e 390/397 consignaram que não há que se falar em ofensa a princípios constitucionais, devido à ausência de expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar. Registrou-se que, inicialmente, houve a expedição de mandado de busca e apreensão para endereço onde se verificou ser a antiga residência do acusado. Em seguida, os genitores do apelante informaram qual seria o novo local de domicílio do réu, onde foi localizada a arma apreendida, sendo que, posteriormente, a entrada dos milicianos foi autorizada pelo próprio acusado. Mencionou-se, ainda, que, de qualquer modo, o crime em tela é de natureza permanente e, enquanto perdura a fase de consumação, há situação de flagrância, razão pela qual a eventual diligência policial não instrumentalizada por mandado de busca e apreensão domiciliar não constituiria qualquer espécie de ilegalidade e não autorizaria o reconhecimento de nulidade do feito.

Acesso ao Sumário

Tais decisões estão em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1020463-70.2015.8.26.0405/50000, da Comarca de Osasco, em que é agravante ANTONIO JARBAS MARTINS, é agravado BANCO PANAMERICANO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44480)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001, que, no artigo 5º, autorizou a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – Decisão da Turma Julgadora alinhada com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Antônio Jarbas Martins** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo colendo Supremo Tribunal do Federal no **recurso extraordinário n. 592.377/RS**. Discorre o agravante sobre o cabimento do agravo interno e sobre o procedimento previsto no artigo 258 do RITJSP.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 9/14.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento

Acesso ao Sumário

ao recurso extraordinário à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

O Supremo Tribunal Federal, no **recurso extraordinário n. 592.377/RS**, da relatoria do ministro MARCO AURÉLIO, sendo relator para acórdão o ministro TEORI ZAVASCKI, transitado em julgado em 16/04/2015, para efeitos do regime de repercussão geral, firmou o entendimento no sentido da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 **que, no artigo 5º, autorizou a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano**, uma vez reconhecidos os requisitos de relevância e urgência. Neste sentido a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal: *"Os requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal estão presentes na Medida Provisória 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional"*. Confira-se **fls. 255/256**.

Nessa linha, o posicionamento da douta Turma Julgadora **(fls. 131/146)** está em consonância com a orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual é inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2234966-49.2015.8.26.0000/50002, da Comarca de Bauru, em que é agravante CAIXA

ECONÔMICA FEDERAL e interessado SUL AMÉRICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS, são agravados MIGUEL HERMÍNIO MOMO, ANDRÉ GARCIA MOMO e LUZIA APARECIDA VICENTE GREGORIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44462)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – SEGURO HABITACIONAL – CEF – Falta de comprovação, além de vinculação à apólice pública, de comprometimento do FCVS – Ausência de interesse jurídico da instituição financeira – Posicionamento da Câmara Julgadora coincidente com a orientação do Superior Tribunal de Justiça – Incidência do artigo 1.030, inciso I, alínea *b*, do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela **Caixa Econômica Federal** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.091.393/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta a agravante a ocorrência de violação à súmula 150 do STJ, em razão da comprovação da existência de contrato vinculado ao Ramo 66, garantido por recursos públicos. Afirma que, nesta hipótese, cabe à Justiça Federal a análise do comprometimento ou não de recursos públicos federais em virtude de eventual condenação na ação. Alega ausência de definição de mérito em relação à matéria controvertida, pois há divergência no próprio E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Acesso ao Sumário

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 6).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.091.393/SC**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente acerca da ausência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para ingressar nas demandas que envolvam contratos de seguro de mútuos habitacionais firmados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional quando não ficar comprovado que, além da vinculação à apólice pública, o Fundo de Compensação de Variações Salariais será afetado. Confira-se fls. **155/159**.

Nesse contexto, o v. acordão recorrido (fls. **126/130**) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir que as provas carreadas aos autos não se revelaram hábeis à comprovação, além da vinculação à apólice pública, do efetivo comprometimento das reservas do FCVS ou de suas subcontas. Destaca-se o seguinte excerto do v. acórdão:

> "No caso em exame, não há nos autos nenhuma demonstração concreta do comprometimento do FCVS. Ainda que pública a apólice, o ingresso da CEF na relação processual, com o subsequente deslocamento de competência à Justiça Federal, depende da demonstração documental do interesse jurídico da instituição financeira, o que não pode ser simplesmente presumido como se pretende" (fls. 130).

Finalmente, as recentes decisões referidas nas razões recursais, apesar da identidade de questão jurídica, apenas revelam a persistência da controvérsia; a superação do entendimento sedimentado nos precedentes qualificados pressupõe procedimento de revisão na forma do **artigo 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**, inexistente por ora.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1027975-49.2015.8.26.0100/50002, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DC LOGISTICS BRASIL LTDA. e ONICRON TRANSPORTES LTDA., é agravada TOKIO MARINE SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44445)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Obrigatoriedade de fundamentação – Satisfação – Produção de provas – Princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais – Ofensa reflexa – Ausência de repercussão geral.

1. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (STF, repercussão geral na questão de ordem no agravo de instrumento n. 791.292/PE, julgado em 23/6/2010).

2. Não há repercussão geral na questão referente à violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido

Acesso ao Sumário

processo legal quando o julgamento estiver assentado em normas infraconstitucionais por configurar ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (STF, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 748371 RG/MT, julgado em 06/06/2013).

3. "Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional." (STF, agravo regimental no agravo de instrumento n. 639.228/SP, julgado em 17/6/2011).

4. Inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

5. Decisão mantida. Agravo interno desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **DC Logistics Brasil Ltda. e outro** contra a decisão proferida por esta Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo colendo Supremo Tribunal Federal nos **recursos extraordinários ns. 748.371/MT e 791.292/PE**. Alega a agravante violação aos artigos 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Sustenta a inaplicabilidade dos precedentes invocados na decisão agravada, pois o acórdão recorrido não trouxeram as razões determinantes da negativa de produção de prova oral.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 1002/1017.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso extraordinário à luz do regime de repercussão geral, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, criada nos termos do Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou

Acesso ao Sumário

econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

In casu, o colendo Supremo Tribunal Federal manifestou-se definitivamente a respeito do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

> "Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3° e 4°). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral". (STF, **repercussão geral na questão de ordem no agravo de instrumento n. 791.292/PE**, julgado em 23/6/2010)

Além disso, o colendo Supremo Tribunal Federal já rejeitou a repercussão geral da questão referente à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais – **ônus dinâmico da prova** –, valendo transcrever:

> "Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.". (STF, **repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 748371 RG/MT**, julgado em 06/06/2013).

Em relação ao indeferimento de produção de provas, o colendo Supremo Tribunal Federal, também já concluiu pela ausência de repercussão geral da

Acesso ao Sumário

questão, conforme ementa abaixo transcrita:

> "RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional."(**recurso extraordinário com agravo n. 639.228/RJ**, relator ministro CEZAR PELUSO, acórdão transitado em julgado em 31/08/2011, g.n.).

Nesses termos, inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1015652-33.2016.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MARIA LUIZA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44478)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 11 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Cédula de crédito bancário – Contrato bancário celebrado após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1963-17/2000 – Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – Pactuação

expressa – Admissibilidade – Previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal – Suficiência – Tarifa de cadastro – Cobrança no início do relacionamento entre consumidor e a instituição financeira – Possibilidade, exceto na hipótese de reconhecimento da abusividade segundo parâmetros de mercado e circunstâncias do caso concreto – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Maria Luiza da Silva** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 1.251.331/RS e 1.255.573/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta a agravante que as tarifas cobradas são abusivas e ilegais. Afirma, ainda, que a capitalização mensal de juros não foi contratada.

Houve apresentação de contraminuta (fls. 10/12).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgados os **recursos especiais n. 1.251.331/RS e 1.255.573/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

pronunciou-se definitivamente no sentido de permanecer válida a tarifa de cadastro, que somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira, desde que pactuada de forma clara no contrato e atendida a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, **ressalvado abuso** devidamente comprovado. Confira-se **fls. 175/177**.

Em relação à capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, cumpre acrescentar à decisão agravada o entendimento firmado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 973.827/RS**, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, no sentido de que ela é permitida em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17.2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada, acrescentando que a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Ressalte-se que a própria Corte Superior vem aplicando o entendimento firmado no REsp repetitivo 973827/RS (temas 246 e 247) às cédulas de crédito bancário, conforme se observa dos seguintes precedentes: **AREsp 1081761/SP**, relator ministro MOURA RIBEIRO, DJe 04/05/2017; **REsp 1636383/MG**, relator ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 03/05/2017; **AREsp 1007176/RS**, relatora ministra LAURITA VAZ, DJe 19/12/2016; **AgRg no AREsp 642542/PR**, relator ministro MARCO BUZZI, DJe 22/08/2016; **AREsp 844499/SP**, relator ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 16/08/2016; **AREsp 840634/SP**, relator ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 17/02/2016; **AgRg no AREsp 747747/SP**, relator ministro RAUL ARAÚJO, DJe 03/12/2015; **AgRg no REsp 1332591/PR**, relatora ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 23/03/2015; **AREsp 917724/DF**, relator ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 02/12/2014; e **AgRg no REsp 1449330/SC**, relator ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 29/10/2014.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 146/157) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir pela possibilidade da capitalização de juros em contrato firmado posteriormente à Medida Provisória n. 1963-17/2000 quando expressamente pactuada – e, para este fim, suficiente a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal – e pela legalidade da cobrança do valor contratado a título de tarifa de cadastro.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 3000274-24.2013.8.26.0238/50002, da Comarca de Ibiúna, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado JOSÉ ROLIM MACHADO (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram em parte do agravo interno e, na parte conhecida, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Ação Civil Pública – Alcance da Sentença Coletiva – Aplicação indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil – Execução/Liquidação Individual – Legitimidade ativa dos poupadores e seus sucessores independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC – Questão já decidida pelo STJ – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Competência e termo inicial de juros de mora – Teses que não foram objeto do acórdão – Violação a dispositivo constitucional e análise de decisão do Supremo Tribunal Federal – Descabimento de discussão, vedada a inovação, nesta sede recursal, estreita – Decisão mantida – Recurso não conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S.A.** contra

decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.391.198/RS**, **julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta o agravante ofensa à Lei Federal n. 7.347/85, violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e existência de dissídio jurisprudencial. A propósito do termo inicial dos juros moratórios, alega que sua fixação deve se dar a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença. Aduz, ainda, que a execução do título judicial somente pode ser proposta pelos associados que outorgaram autorização expressa às associações para a defesa de seu interesse individual e ressalta a decisão proferida no Recurso Extraordinário 573232/SC.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 378/380.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.391.198/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal.

Acesso ao Sumário

Na mesma oportunidade, assentou a Corte Superior que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC, para ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Confira-se fls. 324/325.

Nesse contexto, o v. acórdão de fls. 293/299 está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir pela desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da execução individual da sentença coletiva.

Inafastável, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

A análise dos temas da competência territorial e do termo inicial dos juros de mora, que não foram objeto do acórdão hostilizado, desborda dos limites desta via recursal, estreita.

No tocante à matéria constitucional, não foi interposto o devido recurso extraordinário, sendo, pois, inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes, a teor do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017, e do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não se conhece em parte do agravo interno e, na parte conhecida, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0000171-16.2014.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELLEN CHRISTINA DA SILVA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 22 de setembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso especial. Furto no interior de estabelecimento comercial. Existência de segurança e de vigilância eletrônica. Crime impossível. Incapacidade relativa do meio empregado. Tentativa Idônea. Reconhecido o caráter multitudinário da matéria e julgamento definitivo do mérito do recurso repetitivo. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interno contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 163), que julgou prejudicado o recurso especial com fundamento no artigo 1030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, em razão do *decisum* proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.385.621/MG (Tema 924), em sessão de julgamento realizada aos 27 de maio de 2015, que por unanimidade e nos termos do voto do Relator, firmou a tese de que a existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 174/181).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso especial, com fundamento no art. 1030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos da legislação mencionada e estando o acórdão recorrido de acordo com o

entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fl. 163, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, no acórdão de fls. 134/138 restou consignado que não se trata mesmo da hipótese de crime impossível. Salientou-se que eventual existência de alarme ou que tenha o fiscal percebido a ação delituosa não são fatores que tornam inidônea a tentativa de furto, que pode ser consumado a qualquer tempo, nos precisos termos do recurso repetitivo.

Tal decisão coaduna-se com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.385.621/MG, que, analisando as circunstâncias fáticas do caso, consignou que "embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto. Não era, por conseguinte, impossível que as acusadas conseguissem consumar a subtração, apesar das câmeras, dos vigilantes, do etiquetamento eletrônico, etc.".

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0066752-76.2015.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WALLACE GOMES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.858)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 22 de setembro de 2017.

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Recurso sem repercussão geral reconhecida. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 209), que julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 237/243).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 244/245).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

> *Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*
>
> *a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual*

o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, sendo afastada a existência de repercussão geral, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fl. 209, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, tendo aquele Sodalício entendido que não há repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0001022-36.2014.8.26.0218/50001, da Comarca de Guararapes, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado JOSÉ SOARES NEVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram em parte do agravo interno e, na parte conhecida, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45407)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Legitimidade Ativa – Ação Civil Pública – Sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Ação Coletiva 1998.01.1.016798-9) – Execução/Liquidação Individual – Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva – Observância à coisa Julgada – Legitimidade ativa dos poupadores e seus sucessores independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Decisão mantida – Recurso não conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S.A.** contra decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos **recursos especiais n. 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta o agravante, em síntese, a necessidade de demonstração, pelo poupador, do vínculo associativo com o IDEC, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos **recursos extraordinários n. 573.232/SC e 885.658/SP**. Por fim, indica que a matéria também é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.438.263/SP**, que determinou o sobrestamento dos recursos sobre o mesmo tema.

Embora regularmente intimado, o agravado não apresentou resposta (fls. 251).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

Acesso ao Sumário

O agravo interno previsto no parágrafo 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.391.198/RS** sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Confira-se fls.**225/228**.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls.**160/164**) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir pela desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da execução de sentença.

A ordem de suspensão dos processos exarada no **REsp n. 1.438.263/SP** não repercute aqui porquanto referente exclusivamente às execuções individuais com origem na ação civil pública n. 0403263-60.1993.8.26.0053 ajuizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC em face do Banco Nossa Caixa S/A (incorporado pelo Banco do Brasil S/A).

Nesses termos, inafastável a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por fim, a pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exarado nos **recursos extraordinários n. 573.232/SC e 885.658/SP** desborda dos limites desta via recursal, estreita.

Ante o exposto, não se conhece em parte do agravo interno e, na parte conhecida, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0192807-92.2010.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SUNSHINE S.P. PRODUÇÃO DE EVENTOS E LOCAÇÕES

Acesso ao Sumário

DE EQUIPAMENTOS LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA) e ALEXANDRA DE SOUZA CÂNO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001, que, no artigo 5º, autorizou a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – Decisão da Turma Julgadora alinhada com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Sunshine **S.P. Produção de Eventos e Locações de Equipamentos Ltda. e outro** contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil, em virtude de o posicionamento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo colendo Supremo Tribunal do Federal no **recurso extraordinário n. 592.377/RS**. Sustentam a existência de vício de inconstitucionalidade na questão da possibilidade da capitalização de juros sob a ótica da relevância e urgência (artigo 192 e 62, § 1º, III da Constituição Federal). Destacam o princípio da reserva legal e ressaltam que somente lei complementar – e não medida provisória – poderia dispor sobre o tema da capitalização. Assim, assinalam que inexiste decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e pugnam pela admissão de seu recurso extraordinário.

Não houve resposta ao agravo (fls. 386).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso extraordinário à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

O Supremo Tribunal Federal, no **recurso extraordinário n. 592.377/RS**, da relatoria do ministro MARCO AURÉLIO, sendo relator para acórdão o ministro TEORI ZAVASCKI, transitado em julgado em 16/04/2015, para efeitos do regime de repercussão geral, firmou o entendimento no sentido da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 **que, no artigo 5º, autorizou a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano**, uma vez reconhecidos os requisitos de relevância e urgência. Neste sentido a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal: *"Os requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal estão presentes na Medida Provisória 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional"*. Confira-se **fls. 353/354**.

Nessa linha, o posicionamento da douta Turma Julgadora está em consonância com a orientação do colendo Supremo Tribunal Federal (**fls. 326/331**), razão pela qual é inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil. Confira-se:

> *REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO – Admissível a cobrança de juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano – As instituições financeiras não se submetem à Lei de Usura – Além disso, as taxas cobradas pelo apelado estavam em conformidade com as praticadas à época no mercado, segundo informações divulgadas pelo BACEN – Não demonstrada cobrança de juros superiores aos que foram contratados – Legalidade da capitalização – Operação em exame posterior ao*

Acesso ao Sumário

advento da Medida Provisória 1.963-17/2000, perenizada pela Emenda Constitucional 32/2001 – Capitalização prevista no contrato – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido. (fls. 327).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0002348-45.2013.8.26.0160/50001, da Comarca de Descalvado, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado MARIA DENISE PEREIRA FERRAZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45425)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – Ofensa reflexa – Ausência de repercussão geral – Decisão mantida – Recurso desprovido.

1. Não há repercussão geral na questão referente à violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal quando o julgamento estiver assentado em normas infraconstitucionais por configurar ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (STF, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 748.371/MT, julgado em 6/6/2013).

2. Inviável a análise do mérito. Ausência de pressuposto de admissibilidade. Art. 1.030, inciso I,

Acesso ao Sumário

alínea *a*, primeira parte, do Código de Processo Civil.
3. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S/A** contra a decisão proferida por esta Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a*, primeira parte, do Código de Processo Civil, em virtude de o v. acórdão recorrido ter abordado matéria cuja repercussão geral foi afastada pelo colendo Supremo Tribunal do Federal no **recurso extraordinário com agravo n. 748.371/MT**. Sustenta o agravante, em síntese, que o acórdão hostilizado violou os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da celeridade processual e, ainda, os princípios relacionados à ação e à defesa diretamente vinculados ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Por fim, invoca seu direito a uma decisão colegiada e busca afastar a aplicação do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 448/452.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o agravo interno interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negou seguimento ao recurso extraordinário à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o artigo 1.035 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Parágrafo primeiro. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)".

Destarte, a existência da repercussão geral é pressuposto de admissibilidade para todos os recursos extraordinários e, uma vez constatada a sua ausência sobre um determinado tema, a Corte Suprema sequer adentra na análise do

Acesso ao Sumário

mérito da questão.

In casu, o colendo Supremo Tribunal Federal já rejeitou a repercussão geral da questão referente à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, valendo transcrever:

> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral. (**ARE n. 748.371/MT**, relator ministro GILMAR MENDES, julgado em 6/6/2013, publicado em 1/8/2013).

Nesses termos, inafastável a aplicação do artigo 1.030, I, *a*, 1ª parte, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1090261-29.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EXEMPLAR CONSTRUÇÕES LTDA., é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, v.u. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.772)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, JOÃO CARLOS SALETTI, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Registro de hipoteca judiciária – Impossibilidade – Registro requerido por corréu condenado por sentença judicial – Solidariedade da condenação que não lhe socorre – Corréu que ainda não pagou quantia alguma, de modo que não se tornou credor de nenhum de seus pares – Apelação desprovida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Exemplar Construções Ltda. contra a sentença de fls. 103/105, que manteve a recusa ao registro de hipoteca judiciária na matrícula n.º 17.368 do 3º Registro de Imóveis da Capital, de titularidade de Empresarial Alfredo Pujol SPE 02 Ltda.

Sustenta a apelante, em síntese, que tem interesse jurídico na constrição, porquanto pode ser obrigada a pagar o débito aos credores originais. Nesse caso, para assegurar seu direito de regresso, a hipoteca judiciária seria importante. Ressalta que, ao contrário do alegado pelo registrador, não há qualquer notícia de alienação das unidades de propriedade de Empresarial Alfredo Pujol SPE 02 Ltda. Diz, ainda, que, por força do artigo 54 da Lei nº 13.097/15, é inaplicável

Acesso ao Sumário

ao caso o artigo 55 da mesma Lei. Pede, por fim, a reforma da sentença, com a determinação do registro da hipoteca judiciária (fls. 119/126).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 139/141).

É o relatório.

De acordo com os documentos acostados a fls. 16/31, em processo de rescisão contratual, cumulado com pedido de devolução de quantias pagas e perdas e danos, que tramitou na 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santana (autos n.º 0015532-94.2012.8.26.0001), a recorrente – Exemplar Construções Ltda. – e as empresas Empresarial Pujol SPE 02 Ltda., AM Assessoria em Crédito Imobiliário e Lopes – LPS Consultoria de Imóveis Ltda. foram condenadas a devolver aos autores Antônio Canadeu Filho e Silvio Carlos Rezende da Silva os valores por eles desembolsados para a aquisição de unidade condominial.

A recorrente, que, repita-se, foi condenada a pagar o valor desembolsado pelos autores, apresentou essa sentença no 3º Registro de Imóveis da Capital, com o objetivo de obter a inscrição de hipoteca judiciária na matrícula n.º 17.368, cuja titularidade dominial é de uma corré também condenada.

O Oficial negou o registro, sob o argumento de que apenas o credor poderia pleitear a hipoteca judiciária.

Suscitada a dúvida, a MM. Juíza Corregedora Permanente manteve a desqualificação (fls.103/105).

E o óbice ao registro está correto.

Preceitua o artigo 495 do Código de Processo Civil.

Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

§ 1º A decisão produz a hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;

III – mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

§ 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia de sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

§ 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.

Acesso ao Sumário

§ 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.

§ 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

Embora não conste expressamente na redação do dispositivo legal acima transcrito, não há outra interpretação possível que não seja a realizada pelo registrador: ou seja, somente pode requerer a inscrição da hipoteca judiciária aquele que, por sentença judicial, se tornou credor.

A recorrente, no entanto, não é credora de absolutamente nada. Muito pelo contrário. Caso a sentença não seja reformada, é devedora.

E se é devedora, não faz sentido que se registre em seu favor hipoteca judiciária na matrícula de imóvel de outro devedor.

Cumpre salientar que o fato de a sentença ter condenado os corréus de modo solidário (fls. 30) nada altera esse panorama.

Prescreve o artigo 283 do Código Civil:

*Art. 283. O devedor **que satisfez a dívida por inteiro** tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.*

No entanto, para que um dos codevedores se transforme em credor de seus pares é necessário que ele tenha satisfeito a dívida por inteiro, o que inegavelmente não ocorreu (cf. fls. 122, terceiro parágrafo).

Ou seja, para o registro da hipoteca judiciária, a recorrente apresenta sentença judicial que não lhe favorece – ao contrário, lhe desfavorece – e justifica sua pretensão em um hipotético direito de regresso.

Note-se que os autores da demanda podem, na forma do artigo 275 do Código Civil[1], buscar a satisfação de seu crédito de Empresarial Alfredo Pujol SPE 02 Ltda. ou de AM Assessoria em Crédito Imobiliário ou de Lopes – LPS Consultoria de Imóveis Ltda., excluindo totalmente a recorrente da fase de cumprimento de sentença. Isso deixa ainda mais claro o contrassenso que seria o registro da hipoteca judiciária na forma pleiteada.

Esses fatos, por si sós, são suficientes para impedir o registro almejado

1 *Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.*
Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

pela recorrente.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 48.967)

1. Averbo, de início, adotar o relatório lançado pelo insigne Relator do caso.

2. O rogado registro *stricto sensu* (n. 2 do inc. I do art. 167 da Lei n. 6.015, de 31-12-1973) realmente tem de ser indeferido, porque a apelante, que o pedira, não possui interesse jurídico na sua feitura: afinal, não sendo titular de nenhum crédito a ser garantido pela hipoteca judiciária, não na assiste direito de pedir a providência, seja em nome próprio, seja (ainda menos) em nome alheio.

E não se afirme que o art. 217 da Lei n. 6.015/1973 (de 31-12), redigido em termos amplos, lhe concederia tal faculdade. Nesse dispositivo *lex dixit magis quam voluit*, ficou expresso mais do que se queria significar: ali, de fato, a construção "qualquer pessoa" está por "qualquer interessado", como faz ver a circunstância de que, logo a seguir, o texto tem de explicitar a legitimidade rogatória dos atos gratuitos (cf. art. 218), o que não faria sentido, se na disposição anterior realmente não estivesse dito que a rogação depende de interesse – como, note-se, está no inc. II do art. 13 da própria Lei de Registros.

É, de resto, a lição de Afrânio de CARVALHO:

> "O nosso Código Civil prevê que a inscrição seja requerida por qualquer interessado, tanto aquele a quem aproveita, como aquele a quem prejudica, bem como pelo representante ou órgão de um ou de outro, fazendo-o num texto restrito à transmissão gratuita, mas que tem evidente caráter genérico, abrangendo toda espécie de transmissão e de oneração (Cód. Civ., art. 857; cf. Dec. n.º 4.857, de 1939, art. 233). Ao invés de aludir a 'qualquer interessado', a nova Lei do Registro declara que a inscrição pode ser provocada por 'qualquer pessoa', o que não é exato, bastando, para comprová-lo, lembrar a inscrição da hipoteca legal ou da judicial." (*Registro de Imóveis*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 329).

TERMOS EM QUE, nego provimento à apelação, para manter a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007718-85.2016.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante FABIO JUNIOR DE FREITAS, é apelado 2º CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE LIMEIRA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto n.º 29.789)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – ESTADO CIVIL DO VENDEDOR QUE SE REVELA EQUIVOCADO – POSSIBILIDADE DE QUE O IMÓVEL POR ELE VENDIDO DEVESSE SER PARTILHADO COM O EX-CÔNJUGE – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Limeira, que julgou procedente dúvida suscitada, para o fim de obstar registro de escritura pública de compra e venda de imóvel, por equívoco na qualificação do vendedor, que figurou como solteiro na escritura pela qual adquiriu o bem, embora já casado.

O apelante afirma, em síntese, que o Sr. Registrador analisou elemento intrínseco à escritura, o que escaparia de suas atribuições. Versou sobre a impossibilidade de presunção de que o imóvel devesse ser partilhado com o ex-cônjuge do vendedor.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Consoante se verifica da certidão de fls. 56, Tiago Ambrosio Moreira

casou-se, pelo regime da comunhão parcial de bens, em 16/7/10.

Em 30/11/10, comprou o imóvel que, anos depois, seria vendido ao apelante. Embora fosse casado, Tiago figurou como solteiro na escritura pela qual adquiriu o imóvel (fls. 8). Esta a falha fundamental.

Uma vez que comprado por quem fosse casado pelo regime de comunhão parcial de bens, e à míngua de qualquer situação excepcional, o imóvel em voga haveria de se comunicar ao patrimônio da então esposa de Tiago. Com o subsequente divórcio, indicado na escritura de fls. 50, o imóvel deveria ter sido partilhado. Todavia, sequer figurou nos autos do divórcio como bem a partilhar, conforme fls. 60 e 68.

Assim é que a escritura de fls. 50/53, cujo registro almeja o apelante, ao contemplar Tiago como exclusivo vendedor, padece de mácula a obstar o ato cartorial. Com efeito, não se tendo apresentado qualquer causa de exceção, o imóvel haveria de figurar na partilha do divórcio (e segue podendo ser objeto de futura sobrepartilha), de modo que inviável o ato cartorial pretendido, sem prévia correção da escritura anterior, em que Tiago há de figurar como casado, e demonstração de regular partilha do bem.

Para o mesmo Norte aponta a sedimentada jurisprudência deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

> "Registro de Imóveis – escritura de compra e venda – conflitos entre nome e estado civil de parte dos vendedores – afronta aos princípios da continuidade e da especialidade subjetiva – necessidade de apresentação de certidões de casamento e óbito pleiteadas pelo Sr. Oficial – dúvida procedente – recurso provido." (APELAÇÃO CÍVEL: 016818-43.2015.8.26.0344, Rel. Des. Pereira Calças, j. 31/3/17)

A correta qualificação daqueles que tomam parte em compra e venda imobiliária presta-se, ademais, à observância aos princípios da especialidade subjetiva e da continuidade. Conforme os magistérios de Narciso Orlandi Neto:

> "Existe uma inteiração dos princípios da especialidade e da continuidade na formação da corrente filiatória. Quando se exige a observância da continuidade dos registros, exige-se que ela diga respeito a um determinado imóvel. O titular inscrito, e só ele, transmite um direito sobre um bem específico, perfeitamente individualizado, inconfundível, sobre o qual, de acordo com o registro, exerce o direto transmitido. É por este corolário dos princípios da continuidade e da especialidade, reunidos, que o § 2º do art. 225 da Lei nº 6015/73 dispõe: 'Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior.' (Retificação do registro de imóveis, Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1999, p. 67/68)

Por fim, note-se que, diversamente do quanto sustentado pelo recorrente,

Acesso ao Sumário

a nota devolutiva de pronto indicou a necessidade de apresentação da carta de sentença do divórcio do vendedor, para que, apreciada pelo Sr. Oficial, fosse o título requalificado (fls. 44).

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024158-98.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PROGRESSO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou a dúvida improcedente, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 25 de agosto de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Registro de escritura pública de dação em pagamento – Desqualificação – Suposta incorreção da base de cálculo utilizada para o recolhimento do ITBI – Dúvida julgada improcedente – Apelação interposta pelo Ministério Público — Atuação que extrapola as atribuições do Oficial – Dever de fiscalização que se limita ao recolhimento do tributo e à razoabilidade da base de cálculo – Recolhimento antecipado do ITBI que não afronta as NSCGJ nem a legislação municipal – Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a sentença de fls. 118/120, que julgou improcedente

a dúvida suscitada pelo Oficial do 1º Registro de Imóveis de São José dos Campos, permitindo o registro na matrícula nº 179.839 de escritura pública de dação em pagamento, sob o argumento de que não houve erro flagrante no recolhimento do ITBI.

Sustenta o apelante, em síntese, que o registrador tem o dever de fiscalizar o recolhimento dos tributos; e que a diferença entre o valor recolhido e o devido é gritante (fls. 124/125).

Contrarrazões de apelação a fls. 135/149.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 154/157).

É o relatório.

A apelada firmou contrato de sociedade em conta de participação, por meio do qual os sócios participantes lhe transferiram a propriedade de imóvel matriculado sob nº 179.839 no 1º Registro de Imóveis de São José dos Campos. Em que pese a falta de data de celebração na cópia do instrumento acostada a fls. 54/64, pelas autenticações que lá constam, nota-se que isso ocorreu antes de 30 de dezembro de 2014.

Pelo contrato, a apelada ficou responsável pela implantação de loteamento em três imóveis distintos, entre os quais está o descrito na matrícula nº 179.839.

Logo após a celebração do instrumento particular, mais especificamente em 12 de janeiro de 2015 (fls. 19), a apelada promoveu o recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Dois dias depois, em 14 de janeiro de 2015, o imóvel passou a ser considerado urbano (cf. Av.4 da matrícula nº 179.839 – fls. 27), o que gerou a mudança da base de cálculo para o pagamento do imposto. E quando da lavratura da escritura pública de dação em pagamento (8 de julho de 2015) e de sua apresentação a registro (28 de julho de 2015), a base de cálculo já não correspondia àquela utilizada para o cálculo do imposto efetivamente recolhido.

Apresentada a registro a escritura de dação em pagamento (fls. 10/13), a Oficial do 1º Registro de Imóveis de São José dos Campos desqualificou o título e exigiu o recolhimento da *"diferença do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, devido à Prefeitura Municipal de São José dos Campos, referente ao objeto jurídico do presente título, devendo este ser recolhido tendo como base de cálculo o valor venal do imóvel"* (fls. 31).

O MM. Juiz Corregedor Permanente julgou improcedente a dúvida, afastando o óbice (fls. 118/119).

E correta foi a decisão prolatada em primeiro grau.

Como já decidiu esse Conselho Superior, no julgamento da apelação nº 0002604-73.2011.8.26.0025, em voto da lavra do então Excelentíssimo

Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini:

"A falha apontada pelo Oficial envolve questão de questionamento no âmbito do direito material.

Não foi atacada a regularidade formal do título nem mesmo a temporalidade do recolhimento ou o ato em si. Ao contrário, a exigência envolve exame substancial do montante do pagamento do imposto devido, que é atribuição dos órgãos fazendários competentes, sendo que seu questionamento mereceria a participação da Fazenda Pública, principal interessada.

Ao Oficial cabe fiscalizar, sob pena de responsabilização pessoal, a existência da arrecadação do imposto previsto e a oportunidade em que foi efetuada. O montante, desde que não seja flagrantemente equivocado, extrapola a sua função.

Neste sentido é o parecer da D Procuradora de Justiça, citando precedente deste E. Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível 996-6/6, de 09/12/2088)."

No caso, o valor do tributo recolhido foi de R$ 948,80; com base de cálculo modificada, após o imóvel ser considerado urbano, o recolhimento seria de R$ 113.156,21 (fls. 5).

Essa diferença de valores – que não é pequena – fundamentou a desqualificação do título.

No entanto, isso não se justificava.

Preceitua o § 4º do artigo 5º da Lei Complementar nº 383/09 do município de São José dos Campos:

§ 4º. No caso de imóveis rurais, a base de cálculo do imposto será o valor constante do instrumento de transmissão, respeitado, no mínimo o valor da declaração para fins de lançamento do Imposto Territorial Rural, do exercício da transmissão, atualizado monetariamente. (grifei)

Considerando que o valor da transação que constou na escritura de dação em pagamento foi o mesmo utilizado para o cálculo do imposto de transmissão (R$ 47.440,00, cf. fls. 11 e 19), percebe-se que, no momento do recolhimento, que ocorreu antes do imóvel ser considerado urbano, o valor estava correto.

A pergunta que deve ser feita é se o imposto de transmissão poderia ter sido recolhido em janeiro para um negócio cuja escritura só foi lavrada em julho, mesmo mês que o instrumento foi levado a registro.

Dispõe o item 15 do Capítulo XIV das NSCGJ:

15. o Tabelião de Notas manterá arquivos para os seguintes documentos necessários à lavratura dos atos notariais, em papel, microfilme ou documento eletrônico:

(...)

Acesso ao Sumário

b) comprovante ou cópia autenticada do pagamento do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis, de direitos reais sobre imóveis e sobre cessão de direitos a sua aquisição – ITBI e do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;

Pelas Normas de Serviço, salvo autorização legal expressa, o comprovante de recolhimento de ITBI deve ser apresentado no momento da lavratura da escritura de compra e venda.

Assim, ainda que o fato gerador do ITBI ocorra somente com a transmissão da propriedade – o que ocorre com o registro do título na serventia imobiliária –, fato é que as NSCGJ exigem que o tributo seja recolhido, em regra, de forma antecipada, no caso, antes mesmo da lavratura da escritura pública.

E se por um lado o artigo 12 da Lei Complementar nº 383/09 do município de São José dos Campos preceitue que *"o Imposto Sobre a Transmissão 'Inter Vivos' de Bens Imóveis será recolhido até a data do ato de transmissão de bens ou direitos reais"* – o que autorizaria o recolhimento após a lavratura da escritura –; por outro, não existe dispositivo legal que proíba a antecipação do recolhimento do tributo para momento anterior à lavratura da escritura.

Destaque-se que o recolhimento não foi feito em data aleatória. Ocorreu poucos dias após a assinatura pelos interessados de contrato de sociedade em conta de participação, por meio do qual os sócios participantes assumiram a obrigação de transferir à apelada a propriedade do imóvel matriculado sob nº 179.839 no 1º Registro de Imóveis de São José dos Campos (fls. 19 e 54/64).

Note-se que o próprio município, sujeito ativo da obrigação tributária, quase dois meses depois de o imóvel da matrícula nº 179.839 ter sido considerado urbano (cf. Av.4 da matrícula nº 179.839 – fls. 27), por meio da certidão acostada a fls. 18, não questionou o valor recolhido pelos contribuintes a título de ITBI.

Desse modo, embora zelosa, a atitude da registradora vai além de suas atribuições normais, pois não lhe cabe aferir se o montante do tributo recolhido está correto, devendo apenas zelar pela existência de recolhimento e pela razoabilidade da base de cálculo utilizada.

E não se está aqui afirmando que o recolhimento está correto. O município, caso entenda que houve recolhimento a menor, poderá efetuar o lançamento da diferença e, se entender necessário, ajuizar execução fiscal. Reitera-se apenas o entendimento segundo o qual não cabe ao registrador agir como agente fiscal, exigindo a complementação do tributo, cujo recolhimento, em princípio, nem o ente tributante parece questionar (fls. 18).

Por todo o exposto, nego provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou a dúvida improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011232-88.2016.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOÃO RONALDO TANGANELLI HERNANDES.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram por prejudicadas a dúvida e a apelação, v.u. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.804)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU.

São Paulo, 15 de agosto de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: IRRESIGNAÇÃO PARCIAL – Concordância com apenas parte das exigências formuladas pelo Sr. Oficial basta para prejudicar a dúvida – Apelação não conhecida – Análise, porém, das exigências, como forma de pautar futura prenotação.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Loteamento – A mera existência de demanda criminal, ainda que sem condenação, por crime contra o patrimônio, ou contra a administração pública, basta para obstar o registro. Prescindibilidade de condenação, quanto menos de trânsito em julgado. Crime contra a ordem tributária que se insere dentre aqueles contra a Administração Pública, para os fins do art. 18, § 2º, da Lei 6.766/79. Registro Obstado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Marília, que julgou improcedente dúvida suscitada, para o fim de permitir registro de desmembramento imobiliário, mesmo havendo demanda criminal por crime contra a ordem tributária, desde que cumpridas as demais

exigências formuladas na nota devolutiva.

Apelou o Ministério Público, sustentando ser inviável a prolação de sentença condicional. Defendeu a inviabilidade do registro, pendendo, em face de um dos ex-proprietários do imóvel, processo que apura prática de crime contra a ordem tributária. Requereu provimento do apelo, para que se obste o registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

De início, cumpre frisar que dúvidas comportam procedência, ou improcedência. Ou bem o título há de ser registrado, e a dúvida é improcedente, ou o registro é descabido, e a dúvida é procedente. Inviável o julgamento de improcedência, determinando-se registro do título, porém sob condição de cumprimento de exigências outras formuladas na nota de devolução. Tecnicamente, na hipótese em voga, o provimento judicial acolheu a dúvida, obstando o registro, ao menos tal como postos os fatos ao tempo do sentenciamento, em que as exigências da nota devolutiva não estavam integralmente satisfeitas.

Indo além, a nota devolutiva em comento está centrada em quatro motivos de recusa ao registro. E o interessado explicitamente afirma não haver impugnado dois deles (fls. 256). Em casos tais, nos moldes da jurisprudência absolutamente sedimentada desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, prejudicada a dúvida, à míngua de ataque à totalidade dos óbices levantados pelo Sr. Oficial. É que a concordância tácita do apresentante com qualquer das objeções cartorárias é suficiente para impedir que se lavre o ato pretendido, ainda que parte das restrições seja revista judicialmente.

Resta a análise da exigência impugnada, como forma de pautar futuras prenotações.

À luz do art. 18, § 2º, da Lei 6.766/79:

> *"§ 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."*

Havendo ação penal referente a crime contra o patrimônio ou contra a administração pública, vedado o registro do loteamento. Protestos, ações pessoais e penais distintas daquelas aludidas não impedem o registro, desde que o requerente comprove ter patrimônio bastante para, cumprindo as obrigações que lhe são demandadas, satisfazer eventuais direitos dos adquirentes dos lotes.

Neste passo, como se vê de fls. 242, Nelson Fancelli, antigo proprietário

do imóvel cujo desmembramento se quer registrar, foi denunciado por suposta prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90. A denúncia foi recebida em 18/2/16, de modo que, ao tempo da nota devolutiva, pendia ação penal em face do aludido ex-proprietário do bem.

Pese embora se trate de crime previsto em Lei Especial, flagrante a afronta à administração pública, em decorrência do tipo legal em comento, consistente em "omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias". As autoridades fazendárias ludibriadas estão, por óbvio, inseridas no âmbito da administração pública, prejudicada, pois, com a ilicitude.

De todo despiciendo, portanto, expressa menção a "crimes contra a ordem tributária". A alusão, no art. 18, § 2º, da Lei 6.766/79, aos crimes contra a administração pública já encampa os delitos contra a ordem tributária. Nem se olvide que a Lei 8.137/90 é posterior à 6.766/79, que, então, sequer poderia fazer alusão àquela (ressalvando-se reforma legislativa), ainda que fosse o caso.

Do art. 18, IV, b, e § 1º, da Lei 6.766/79, extrai-se que o óbice ao registro incide mesmo quando o réu do processo criminal não seja o atual titular do imóvel a ser loteado, mas proprietário anterior, cuja propriedade date de menos de dez anos. Pertinente a sedimentada orientação deste E. CSM sobre o tema:

> *Equivoca-se o apelante quando procura limitar a restrição ao loteador. O art. 18, par. 1º., da Lei 6.766/79, estabelece que as certidões devem "ser extraídas em nome daqueles que, nos mencionados períodos, tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel". No acórdão proferido no processo 856-6/8, de 11 de novembro de 2008, Rel. Des. Ruy Camilo, foi decidido que a ação penal por crime contra patrimônio contra quem foi proprietário do imóvel dentro do decênio anterior constitui impedimento ao registro (fls. 07 e ss.). No mesmo sentido, a apelação cível 1.114/-6/0, de 16 de junho de 2009, Rel. Ruy Camilo." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0078848-38.2009.8.26.0114, Rel. Des. Maurício Vidigal, j. 20/10/11)*

Tampouco há qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, pelo só fato de bastar pendência de demanda criminal em face do loteador, ou de qualquer dos proprietários do imóvel, pelo decênio anterior, ainda que sem sentença condenatória definitiva, para obstar o registro do loteamento. Novamente de rigor rememorar a jurisprudência deste E. CSM:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – LOTEAMENTO URBANO – NEGATIVA DE REGISTRO – ARTIGO 18, III, 'A' E 'C', E §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 6.766/1979 – EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO CONTRA UM DOS SÓCIOS DA LOTEADORA QUE, POR SI SÓ, OBSTA O REGISTRO – PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE QUE É INSUFICIENTE PARA AFASTAR O ÓBICE – DESQUALIFICAÇÃO MANTIDA – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.*

Acesso ao Sumário

É indiferente que a ação penal esteja suspensa em razão do parcelamento do débito que a originou, uma vez que o § 2º, do art. 18, da Lei nº 6.766/1979, é claro ao dispor que a simples existência de processo criminal versando sobre crime contra o patrimônio e contra a administração, contra um dos loteadores ou, como no caso dos autos em que o loteamento está sob a responsabilidade de pessoa jurídica, contra um de seus representantes legais impede o registro do projeto de loteamento.

(...) A lei não leva em conta a culpa dos acusados, mas procura apenas assegurar o sucesso do empreendimento e proteger os futuros adquirentes das unidades imobiliárias." (Apelação n 3000556-37.2013.8.26.0408, Rel. Des. Elliot Akel, j. 28/4/15)

"A tese de que a exigência legal viola os princípios constitucionais da presunção da inocência e da individualização da pena não pode ser apreciada nesta esfera administrativa, porque a ultratividade da decisão constituiria verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, que só pode ser exercido pela via própria, conforme entendimento já assentado neste E. Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível n 97.021-0/0, 3.346-0, 4.936-0 e 20.932-0/0)" (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0078848-38.2009.8.26.0114, Rel. Des. Maurício Vidigal, j. 20/10/11)

Desta feita, por meu voto, havendo impugnação apenas parcial das exigências da nota devolutiva, dou por prejudicadas a dúvida e a apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 49.244)

1. Acompanho a **conclusão** do respeitável voto de Relatoria.

2. Peço reverente licença, entretanto, para não aderir à "análise de mérito" a que se lançou **após afirmar não conhecer do recurso**.

3. Ao registrador público, tendo afirmada, *per naturam legemque positam*, a **independência na qualificação jurídica** (*vidē* arts. 3º e 28 da Lei n. 8.935, de 18-11-1994), não parece possam impor-se, nessa esfera de qualificação, "orientações" prévias e abstratas de caráter hierárquico.

Assim, o registrador tem o **dever** de qualificação jurídica e o **direito** de efetivá-la com independência profissional, *in suo ordine*.

4. Vem a propósito que a colenda Corregedoria Geral da Justiça paulista, em seu código de normas, enuncia:

> "Os oficiais de Registro de Imóveis gozam de independência jurídica no exercício de suas funções e exercem essa prerrogativa quando interpretam disposição legal ou normativa. (...)" (item 9º do cap. XX das "Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo").

Acesso ao Sumário

5. Se o que basta não bastara, calha que os órgãos dotados de *potestas* para editar **regras técnicas** relativas aos registros públicos são os **juízes competentes para o exercício da função correcional** (o que inclui a egrégia Corregedoria Geral da Justiça; cf. inc. XIV do art. 30 da Lei n. 8.935/1994). Essa função de corregedoria dos registros, em instância administrativa final no Estado de São Paulo, **não compete a este Conselho Superior da Magistratura**, Conselho que, a meu ver, não detém, ao revés do que respeitavelmente entendeu o venerando voto de relação, "poder disciplinador" sobre os registros e as notas (v., a propósito, os incs. XVII a XXXIII do art. 28 do Regimento Interno deste Tribunal).

6. Averbo, por fim, que a admitir-se a pretendida força normativa da ventilada "orientação", não só os juízes corregedores permanentes estariam jungidos a observá-la, mas também as futuras composições deste mesmo Conselho.

Deste modo, voto no sentido de que se exclua a r. "orientação para casos similares".

É, *da veniam*, **meu voto de vencido**.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Corregedor Geral de Justiça)

Discurso proferido em virtude do falecimento do Desembargador Romeu Ricupero, ocorrido em 18.09.2017. (Homenagem prestada na abertura da Sessão do Órgão Especial de 21.09.2017).

Exmo. Senhor Presidente,

Exmos. Senhores Desembargadores que compõem este E. Órgão Especial do TJSP,

Senhores Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça,

Senhores Advogados e servidores,

Senhoras e Senhores,

Solicitei ao Presidente, Desembargador Paulo Dimas, a concessão da palavra neste início da Sessão do Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça para homenagear a memória de nosso colega Desembargador Romeu Ricupero, que ontem nos deixou.

Pedi ao nosso Presidente que me concedesse a primazia de iniciar as homenagens póstumas ao já saudoso Desembargador Romeu Ricupero, invocando duas razões relevantes. Primeiramente, porque tive o privilégio de conviver com o Magistrado Romeu Ricupero a partir de 23 de outubro de 2000, quando de sua promoção, pelo quinto constitucional do Ministério Público, para o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Passou nosso homenageado a compor a 12ª. Câmara, composta pelos então Juízes Arantes Teodoro, Campos Petroni, Ribeiro da Silva, Irineu Prado e Gama Pelegrini. Posteriormente, referida Câmara passa a contar com os Juízes Jayme Queiroz Lopes e Palma Bisson, magistrados que também conviveram intensamente com Juiz Romeu Ricupero. Com a unificação do segundo grau, determinada pela Emenda Constitucional 45, de 8/12/2004, a partir de 31 de dezembro de 2004 passa a compor o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como Desembargador, na 36ª. Câmara de Direito Privado. Tive a honra de compor, desde sua instalação, em 9 de junho de 2005, a então única Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, constituída pelos Desembargadores Sidnei Beneti, Boris Kauffmann, Hamilton Akel, Romeu Ricupero, Lino Machado e José Araldo da Costa Telles. Em fevereiro de 2011, foi criada a Câmara Reservada de Direito Empresarial, que também tive a honra de compor ao lado dos Desembargadores Romeu Ricupero,

Acesso ao Sumário

José Reynaldo Peixoto de Souza, Ricardo Negrão, Ênio Santarelli Zuliani, José Araldo da Costa Telles e Fernando Maia da Cunha. Neste período, portanto, Dr. Romeu Ricupero e eu acumulamos a jurisdição de três câmaras: Direito Privado, Especial de Falências e Recuperações e Reservada de Direito Empresarial. Mais adiante, em 6 de novembro de 2013, nosso Tribunal unificou a competência das Câmaras de Falência e de Direito Empresarial, situação que ainda perdura. O Desembargador Romeu Ricupero se aposentou pela implementação da idade limite de 70 anos em 1º de março de 2012.

Cumpre-me lembrar alguns dados de nosso homenageado:

Romeu Ricupero nasceu em São Paulo aos 14 de março de 1942, filho de João Ricupero e Assumpta Ricupero. Seus irmãos: Rubens Ricupero e Renê Ricupero. Nasceu na parte mais tradicional do bairro do Brás. Ele e seus dois irmãos foram batizados na Paróquia Bom Jesus do Brás. Os três irmãos Ricupero cursaram o primário no Grupo Escolar Romão Puigare. O Ginasial foi cursado no Colégio Nossa Senhora do Carmo dos Irmãos Maristas.

Romeu Ricupero cursou Economia na Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo, graduando-se em 1963. Na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco colou grau pela Turma de 1966. Destacou-se como aluno na FEA e, ainda graduando, foi professor assistente da Cadeira de História Econômica Geral, cuja titular era a Professora Alice Canabrava. Ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo em fevereiro de 1969. Foi nomeado para a Curadoria de Massas Falidas da Capital/São Paulo em dezembro de 1978, e promovido a Procurador de Justiça a partir de maio de 1983.

O Dr. Romeu Ricupero ainda exerceu os seguintes cargos: Assessor Jurídico e posteriormente Chefe de Gabinete do Gabinete do Secretário da Economia e Planejamento do Estado de São Paulo de 1970 a 1971; Chefe de Gabinete do Procurador Geral da República - Dr. José Carlos Moreira Alves -, em Brasília, no período de maio de 1972 a março de 1983; Chefe de Gabinete e Secretário Adjunto da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, no período de março de 1983 a março de 1987; Diretor do Departamento Adjunto na Secretaria do Tesouro Nacional no Gabinete do Ministro da Fazenda, no período de abril a setembro de 1994; e atuou como representante da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo perante este Órgão Especial, no período de janeiro de 1997 a março de 1998.

É importante ressaltar que o Dr. Romeu Ricupero tinha uma inteligência privilegiada, na medida em que se destacava por seu raciocínio matemático, com profundos conhecimentos de estatística. Seu passatempo predileto era jogar xadrez, competindo com diversos jogadores, em jogos dos quais ele participava concomitantemente. Os que privaram de sua amizade sempre se recordam de que o Dr. Romeu Ricupero, no governo de Franco Montoro, foi o responsável

pela firme condução das finanças do Estado de São Paulo, que àquela época lidava com o grave e conhecido problema dos precatórios judiciais.

Posso testemunhar que conviver profissional e pessoalmente com o magistrado Romeu Ricupero constitui-se um dos maiores privilégios em meus quase 42 anos de exercício da magistratura paulista. Foi ele, sem qualquer favor, um dos mais completos Juízes que conheci nesta já longa jornada de magistrado e professor. Seus votos eram lapidares, bem fundamentados, escritos em português claro, simples, didático e elegante. Ele me dizia que não conseguia ser sintético. Sentia-se obrigado a fundamentar na doutrina clássica e na jurisprudência sedimentada todos os julgamentos que proferia. Suas decisões sempre ressaltaram a indispensável observância dos princípios de direito e princípios do direito, destacando-se os postulados da ética, da boa-fé e dos bons costumes. Conseguia aliar a profundidade do jurista completo, do economista e professor de matemática e estatística, com uma bondade e simplicidade tocantes. O seu bom humor era contagiante. Amante da boa mesa, perfeito gourmet, fazia da alegria, companheirismo e amizade o matiz adequado de suas relações pessoais.

Em nossas conversas, o Desembargador Romeu Ricupero sempre demonstrou o imenso orgulho dos pais que, com trabalho e amor, educaram seus três filhos, que galgaram as maiores posições profissionais e políticas de nosso País. Dizia-me sempre, com carinho e emoção, do amor que dedicava aos seus dois irmãos: o Embaixador Rubens Ricupero e o Desembargador Renê Ricupero. Falava dos sobrinhos, dos Ricupero e dos Góes Sampaio, evidenciando diuturnamente a honra por sua família.

Conheceu sua namorada de toda a vida na biblioteca da FEASP. Amou sua esposa e companheira Silvia Maria Sampaio Góes, descendente dos mais antigos e tradicionais troncos da gente paulista, os Almeida Prado e Sampaio Góes do Jahu, e, ao lado dela, ele, que era urbano, paulistano da gema, aprendeu a amar as coisas boas e simples da terra, a agricultura e a pecuária. Conciliava a vida simples do campo com a sofisticada cultura que hauriu ao longo de sua vida acadêmica na área da economia, administração pública e do direito. Não aceitou diversos convites que lhe foram feitos, os quais, fatalmente o levariam ao STJ ou ao STF, por não querer se afastar dos familiares do Jahu.

Apaixonado pelo único filho Marcelo Sampaio Góes Ricupero, advogado da Turma de 1999 da velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco, que exerce com brilho, competência e respeitabilidade o *munus* da advocacia. Dizia e repetia o orgulho que sentia em ser o pai do Marcelo Ricupero. Contou-me, pouco antes de partir, que havia adquirido uma gleba de terras que ampliava o quinhão rural do filho querido. Coisas do Romeu!

Encerrando - e tendo dito muito pouco do muito que nosso saudoso

Acesso ao Sumário

Magistrado Romeu Ricupero fez pelo Ministério Público paulista, pela Magistratura nacional, pela administração pública, pelos reclamantes que o procuraram no "parquet", pelos jurisdicionados que ele atendeu, pelos advogados com quem se relacionou, pelos amigos que semeou por toda sua vida, pelos servidores públicos que comandou -, só posso atestar, em depoimento prestado com todas as forças de meu coração, que o legado do exemplo de vida que nos deixa o Desembargador Romeu Ricupero será o alento da saudade, o preito de nosso respeito e o pranto emocionado de todos os seus amigos. Que Deus o receba em sua grandeza e amor.

Tenho dito.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Desembargador)

Discurso proferido em virtude da outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Ministro José Carlos Dias (Solenidade ocorrida em 28.09.2017).

Há muito, "batendo perna por aí", fui descobrindo que podemos ter, além de nossa família biológica, outra formada pelo afeto. Irmão e irmãs que amamos, exatamente como aqueles outros, que surgiram em nossas vidas, pelo vínculo do regular parentesco.

Considero José Carlos Dias um desses entes queridos, que o afeto me trouxe.

O conheci, quando eu ainda era criança, nos anos 50. Ele e o Lauro, meu irmão mais velho, eram, além de colegas no colégio e, mais tarde, na faculdade de Direito do Largo de São Francisco, grandes amigos. Formaram-se em 1963.

A Isabel, minha irmã número 1, que, lamentavelmente já se foi, também era muito próxima ao José Carlos e mais ainda de Vera Cecília, irmã dele. A Vera visitava, nos últimos tempos, minha irmã, já muito doente, praticamente todos os dias.

Lembro-me dos pais do José Carlos, que propiciaram à Isabel uma longa e maravilhosa viagem para a Europa, na companhia da família, no início dos anos 50.

Do desembargador Theodomiro Dias, pai do José Carlos, que presidiu este Tribunal, por quem meu pai nutria um carinho imenso e um respeito maior ainda, eu, muito pequeno, tinha medo. Eu o achava muito bravo... Eu fugia dele, para aflição do meu pai. De dona Cecília, mãe do nosso homenageado, eu me aproximava, achando que era mais uma de minhas avós.

Acesso ao Sumário

José Carlos Dias, um modelo para mim.

Eu estava no ginásio, quando deu-se o golpe militar, em 1964. A partir daí, passei a acompanhar a corajosa atuação do jovem advogado criminal, desde a sua rápida detenção, durante uma das marchas "pela família com Deus, pela liberdade". Atuou com um zelo imenso em defesa de um sem número de perseguidores políticos. Ameaçado quase sempre, não pactuava como medo. Exclusivamente por sua atividade profissional, contrariando os interesses da ditadura, chegou a ficar preso, um ou dois dias no DOPS. Fiquei lá, por horas, com uma montanha de advogados, entre os quais, bem me lembro, do Mário Sérgio Duarte Garcia e do Arnaldo, meu primo, exigindo sua imediata libertação.

Formei-me 10 anos depois dele, em 1973. Nessa época, ele, conselheiro da OAB, passou a me nomear curador de advogados, que não se defendiam na comissão de ética e disciplina, enchendo-me de orgulho. Levava a sério as defesas daqueles colegas. Acho que consegui livrar um ou outro, de penalidade maior.

Advogado exemplar, ético, corajoso, extremamente culto, levou para excelentes caminhos profissionais, muito que, pelo seu escritório passaram, entre os quais meu querido e agora saudoso primo Arnaldo Malheiros Filho.

Chegamos a conviver um pouco na Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, que ele presidiu, logo após a primeira gestão, do professor Dalmo de Abreu Dallari, tudo sob a supervisão do inesquecível Dom Paulo Evaristo Arns. Assim foi até 1982, quando se tornou Secretário da Justiça. Lá, por sua solidária e corajosa atuação, principalmente em prol da humanização do nosso terrível sistema carcerário, ganhou novos inimigos. Atacando um deles, em defesa do José Carlos, arrisquei um artigo, que intitulei "As serpentes negras e as lombrigas pardas". Nessa época, com o Luiz Francisco Carvalho Filho, colega de escritório do José Carlos, hoje seu sócio, de quem sou leitor semanal, passei a compor uma comissão de estudos sobre o manicômio judiciário. Lá fomos várias vezes. "Uma coisa de louco...".

Ministro da Justiça exemplar, com uma atuação política inatacável. Hoje, com mais alguns como ele, estaríamos em um momento melhor.

Participou da Comissão da Verdade com brilhantismo.

Encontro, de vez em quando, com o Carlos Dias Mota, seu sobrinho, que abrilhanta o segundo grau deste Tribunal.

Obrigado José Carlos, pelo que você fez e continua fazendo por São Paulo e pelo Brasil.

Obrigada José Carlos, pela sua contínua luta pelo estado democrático de direito.

Obrigado José Carlos por fazer nosso Judiciário melhor, trazendo para cá sua ética e culta atuação como advogado.

Acesso ao Sumário

Obrigado José Carlos, pela liberdade, que trouxe para tanta gente.

Obrigado José Carlos por ter aguentado firme, quando era fácil desistir.

Obrigado José Carlos pelo Theo e pela Marina, brilhantes defensores do direito de defesa.

E a "advertência", poema de Paulo Bomfim, que, par o meu ciúme, foi o mentor intelectual dessa justíssima homenagem, bem quer poderia ser lançado por você, José Carlos, por que não lhe falta autoridade para isso, diante de sua vida exemplar, além de ser, você também, um poeta.

> "Ai daqueles que brincam com esperança de um povo.
> Ai daqueles que se banq ueteiam junto à fome de seus irmãos.
> Ai daqueles que são fúteis, numa hora grave, indiferentes num momento definitivo.
> Ai daqueles que corrompem, para tirar proveito da corrupção, que envenenam o mundo pela volúpia de caminhar impunemente entre ruínas.
> Ai daqueles que fazem da mentira a verdade de suas vidas.
> Ai daqueles que usam os simples como degraus de sua vaidade e instrumentos de sua ambição.
> Ai daqueles que fabricam, com a violência, a trama do medo.
> Ai daqueles que roubam ao próximo a alegria de existir.
> Ai daqueles que usam dinheiro e o poder para prostituir, humilhar e deformar.
> Ai daqueles que se atordoam, para fugir das próprias responsabilidades.
> Ai daqueles que traficam a terra de seus mortos, enxovalham tradições e traem compromissos com o presente e com o futuro.
> Ai daqueles que se fazem de fracos no instante da tempestade.
> Ai daqueles que loteiam seus corações, alugam suas consciências, transacionam com a honra, especulam com o bem, açambarcam a felicidade alheia e erguem virtudes falsas sobre pântanos.
> Ai daqueles que concordam e morrer vivos".

Salve José Carlos Dias!

PAULO BOMFIM (Decano da Academia Paulista de Letras)

Discurso proferido em virtude da outorga do Colar do Mérito Judiciário ao

Ministro José Carlos Dias (Solenidade ocorrida em 28.09.2017).

Rolam as águas do Paraíba e o menino poeta vai pressentindo em seu marulhar o passado de sua gente o futuro de seu destino.

Da velha paineira pendem de um calendário verde cento e noventa anos da amada faculdade, o centenário de "Nós" de Guilherme de Almeida, prefaciador de seu primeiro livro, os oitenta e cinco anos da fundação da OAB de onde ressurge a figura de Plínio Barreto amigo de seu pai.

Vinte oito de setembro palpita no coração dos Paulistas.

Há 85 anos Theodomiro Dias regressava do front com a gloriosa e invicta "Coluna Romão Gomes".

O menino contempla as águas do Paraíba onde o avô Juca Dias garimpa piabanhas ao som das valsas que compunha.

A poesia chama ele com a voz de Cecília, sua mãe.

O Direito brotava das Arcadas e ladeado por Queiroz Filho e André Franco Montoro percorria as tradições deste Tribunal presidido por seu pai.

José Carlos, meu primo e meu irmão, suas lutas e suas vitórias fazem parte do brasão de meu orgulho e do amor pelo primo que vi nascer.

Evocando nosso querido Pedro Chaves este colar é o reconhecimento de suas lutas pela justiça e o abraço da poesia que reflete amor pela Liberdade.

Quatro pontos cardeais saúdam o homenageado de hoje:

As Arcadas da São Francisco, os ideais deste Tribunal, a casa hospitaleira da Alameda Tietê e a fazenda Vale da Alegria em Santa Branca.

E tudo sob a benção das águas santas do Paraíba.

JOSÉ CARLOS DIAS (Advogado e Político)

Discurso de agradecimento em virtude da outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Ministro José Carlos Dias (Solenidade ocorrida em 28.09.2017).

Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti Presidente do Tribunal de Justiça.

Tinha eu menos de dez anos quando pisei pela primeira vez o chão deste palácio. Minha mãe, Cecilia Lebeis Dias levou-me a um grande salão, talvez este mesmo, e vi meu pai Theodomiro Dias, no meio de seus colegas, todos

vestidos de capas pretas. Fiquei extasiado. Nunca poderia imaginar que, no futuro, procuraria encontrar meus passos no "salão dos passos perdidos".

E assim cresci e comigo cresceu a veneração à justiça, transmitida por meu pai. Nunca tive qualquer dúvida de que meu destino seria o Direito e, assim, me formei na velha academia do Largo São Francisco. Apesar de me sentir atraído pela magistratura, apaixonadamente tornei-me advogado, advogado criminal, contrariando meu pai que tentou me convencer a mudar de rumo e trabalhar no cível, dizendo que o crime não compensa. Apesar disso sempre que podia ele ia assistir aos meus júris, a torcer por mim.

Hoje quando aqui me encontro para uma sustentação oral bem diferente daquelas que tantas vezes dirigi aos senhores desembargadores, estou a lembrar-me de tantos nomes ilustres que frequentavam minha casa ou que eram mencionados como homens de grandeza moral e de cultura. Com medo de esquecer me de alguns, quero reverenciar entre os mais queridos de meu pai: Vicente Penteado, Marcelino Gonzaga, Manoel Carlos de Figueiredo Ferraz, Manoel Gomes de Oliveira, Macedo Vieira, Paulo Colombo Pereira de Queiroz, Alcides Ferrari, Paulo Costa, Manoel Carneiro, Pedro Rodovalho Marcondes Chaves, Francisco Meireles dos Santos, Armando Fairbanks.

Vem-me à lembrança episódio que bem ilustra o respeito que nutro pelo Poder Judiciário. Quando a ditadura cassou o Desembargador Edgard de Moura Bittencourt, ouvi de meu pai, que então já estava aposentado, que tinha sido atingida uma das maiores inteligências deste Tribunal. Quando assumi a Secretaria da Justiça no governo Montoro, em 1983, meu primeiro ato foi comparecer a esta Corte. E à noite fui à casa do Dr. Edgard para um ato de desagravo, um pedido de perdão do Poder Executivo ao Poder Judiciário, que fora vítima de violência perpetrada contra um de seus mais ilustres membros.

Durante toda minha trajetória de vida profissional, convivi com pessoas admiráveis que honraram este Tribunal, valendo lembrar Lauro Malheiros, cujo filho, Antonio Carlos Malheiros, herdeiro de suas virtudes me desvaneceu com suas palavras e pela iniciativa de propor a homenagem que hoje se consuma . Cito alguns nomes que me ocorrem pensando que assim homenageio o Poder Judiciário de São Paulo, todos muito queridos: Ranulfo de Melo Freire, figura admirável como juiz humanista, Alberto Silva Franco, grande hermeneuta, Rubens Ferraz de Oliveira Lima com quem fraternalmente dei meus primeiros passos na advocacia, José Reinaldo Peixoto de Souza, amigo e avô de meus netos. Recordo os nomes de João Baptista de Arruda Sampaio, Joaquim de Syllos Cintra, Francisco Thomaz de Carvalho Filho, Luís Francisco da Silva Carvalho, Acácio Rebouças, Manoel Thomaz Carvalhal, Adriano Marrey. E cá estou senhores Desembargadores, a reincidir no pecado do esquecimento, pedindo-lhes que sejam indulgentes com minha senectude. Já mencionei muitos juízes credores de meus elogios, que já passaram por este Tribunal. No entanto

faltou lembrar aquele que passou a integrar esta Corte pelo quinto da Poesia: Paulo Bomfim, por todos amado e reverenciado. Confidencio-lhes que em nossas veias corre o mesmo sangue que sinto dar-me força para continuar a cultuar poesia e pedir-lhe a benção.

Nestes meus 54 anos de advocacia, posso assegurar-lhes que este momento me é muito especial. Jamais aspirei tamanha honraria, motivada pela elegante generosidade dos Senhores Desembargadores, e ao receber este colar das mãos do Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti que hoje tão bem preside este Tribunal, afirmo-lhes com emoção, que o recebo sentindo que toca não só meu coração mas o de meu pai, cujo neto Carlos Dias Motta já participa das decisões desta Corte, como Juiz Substituto em segundo grau.

Asseguro-lhes que trago no embornal vitórias e derrotas por mim assimiladas. O que em verdade me machuca é o grande sofrimento por não ter podido resgatar com vida muitos de meus clientes perseguidos políticos. Mais de quinhentas criaturas foram por mim assistidas na Justiça Militar e assim posso testemunhar as violências perpetradas nas masmorras da ditadura. Ainda recentemente, tendo integrado a Comissão Nacional da Verdade, participei de depoimentos e diligências que concluíram pelos desatinos que foram praticados.

E hoje, Senhor Presidente, sinto que é meu dever dizer algumas palavras sobre nosso país, golpeado, esquartejado pela corrupção e pelos desmandos cometidos por agentes públicos dos três poderes. O que se espera hoje do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal? Como conciliar rigor absoluto no combate à corrupção, com absoluta intransigência no respeito ao devido processo legal e às garantias penais esculpidas na nossa Constituição e nas nossas consciências? Como exercemos a cidadania sem os cacoetes do corporativismo, desencarnados de *juizite, promotorite* e *advocatite?*

Reunidos neste plenário, não podemos tolerar que nosso silêncio seja um silêncio obsequioso, porque se está homenageando um simples operador de direito. Devemos, isto sim, nos insurgir contra um silêncio ignominioso, perverso, conivente com todos os desmandos que assolam nossa pátria. O sorriso que tenho nos lábios que escancara minha alma impregnada de vaidade insuflada pelo gesto generoso desta homenagem, não deve substituir a indignação com o que se passa à nossa volta. Isto positivamente não podemos aceitar. Não estamos aqui somente para esta homenagem, mas também e, principalmente, para que transformemos o clima festivo num cerimonial de compromisso em prol do estado democrático de direito que num templo da justiça precisa ser reverenciado.

Acesso ao Sumário

Senhores Desembargadores, remexendo meus arquivos, quis o destino que encontrasse, entre os papéis amarelecidos pela idade, mensagem dirigida por meu pai a este Tribunal, datada de 12 de fevereiro de 1.935, quando assumiu

suas funções de desembargador provindo da advocacia , em razão de dispositivo inserido na Constituição de 34 que reservava aos tribunais a participação de advogados e promotores na proporção de um quinto. E neste sodalício porfiou por vinte e dois anos, vindo a tornar-se seu presidente, no biênio 1948/1949, aliás, o único presidente originário da advocacia.

E entre muitas coisas, disse meu pai: "No longo ministério em que se me gastou a mocidade, diz-me a consciência que jamais pratiquei voluntariamente uma injustiça e que, com a pouquidade das minhas forças, sempre me bati pelo justo, com destemor, algumas vezes com vivacidade e vibração, mas nunca com maldade ou cólera." E logo adiante afirmou: "ser juiz é, sem dúvida, exercer parcela do poder divino. Tenho de mim para comigo que antes de julgar, deve o julgador fazer longo e severo exame de consciência e rezar um ato de contrição por todas as suas fragilidades".

Meu pai foi, assim, meu mestre de viver, amante das artes, um cultor das letras, um justo em quem me balizo para tentar merecer a honra e alegria der ser seu filho.

Ainda sob o impacto dos anos de chumbo e ansioso por bem cumprir meu desafio de advogado vi-me, certa feita, a assumir, em versos, o compromisso que procuro renovar diuturnamente:

"Guardo guardados nos guardados meus
Segredos, lembranças e ilusões,
Angústias e impasses,
Alegrias oprimidas enquanto risos
Incineradas em paz definitiva.
Coisas caladas em mim, hoje só minhas,
Coisas tão fortes
Amargadas em dores e em mortes.
E o sem saber o que as manhãs me esperam
Povoam meu sonhar
Enquanto renovo a mim o compromisso
De guardar bem guardados os meus guardados.
São dores que assimilei no meu viver,
Covardes que respeitei, julgando heróis
E que continuei a amar, mesmo covardes,
Seres que suportaram, seres que nada disseram,
Seres que tombaram,
Seres esfrangalhados, seres mortos,
Seres sem inventário e sem presente
No não sei onde no não sei porquê.
Tudo arquivado em mim,
Bem vivo no meu vivo,

Com os mortos que habitam meu viver.
Mudou o meu olhar, mudou meu paladar,
Mudou o meu falar, o meu cismar,
O meu riso contraído no esgar
Que a culpa da alegria faz calcar.
Quanta vez atormenta-me a saudade
De alguém que nunca vi
Mas cuja voz entoa em meus ouvidos
Num grito, numa canção de crença e pressa.
Faço-me por ser quando o medo abala
E o medo subtraio
Para suportar o que os meus olhos viram
E acreditar nas tardes das manhãs.
Faço-me por ser no compromisso amado
De morrer com meu eu imaculado.
Jogo-me inteiro por amar,
Lavro meu destino voltado a libertar.
Se da liberdade deixar de ser apóstolo,
Se meus segredos estiver por devassar,
Que a morte me surpreenda ainda vacilando,
Antes que a vida me imponham a suportar."

José Carlos Dias

VENILTON CAVALCANTE MARRERA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da Instalação da Unidade de Processamento Judicial – UPJ, da Comarca da Campinas (Solenidade ocorrida em 03.10.2017).

Acesso ao Sumário

SAUDAÇÃO AO PRESIDENTE E AUTORIDADES QUE COMPOEM A MESA

EXCELENTISSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI,

Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo é uma honra receber Vossa Excelência nesta Comarca de Campinas, em um momento festivo, marco de progresso na organização dos serviços judiciários.

Servidores do TJSP

Senhoras e Senhores

ESTAMOS AQUI REUNIDOS PARA O ATO DE INSTALAÇÃO DA UNIDADE DE PROCESSAMENTO JUDICIAL

A Unidade de Processamento Judicial (UPJ), conhecida como "Cartório do Futuro", é uma inovação do Tribunal de Justiça de São Paulo para adequar as unidades judiciais à realidade de trabalho resultante da implantação do processo digital.

É uma iniciativa na implantação de nova organização e novos métodos de trabalho, recursos que devem ser continuamente buscados pelo Administrador.

A UPJ unifica ofícios judiciais para processamento e cumprimento das determinações judiciais.

Além de unificar os cartórios, a UPJ implanta uma nova divisão de tarefas e melhor distribuição dos recursos humanos e do espaço físico. As antigas seções processuais transformam-se em equipes com gestores e atribuições específicas:

Equipe de atendimento ao público,

Equipe de processos físicos,

Equipe de movimentação dos processos digitais e

Equipe de cumprimento dos processos digitais.

As varas permanecem independentes e os gabinetes dos juízes recebem, como efetivamente recebemos, reforço no quadro funcional, com equipe dedicada à realização dos atos decisórios (despachos, decisões e sentenças), além de outras atividades do processamento digital.

As primeiras UPJs foram instaladas em 2015, no Fórum João Mendes Júnior e nelas pode ser observado aumento expressivo de produtividade em comparação ao modelo tradicional de ofícios judiciais.

Por essa razão, o "Cartório do Futuro" está em expansão gradativa.

Essa iniciativa chega agora a Comarca de Campinas, pela iniciativa de Vossa Excelência Presidente PAULO DIMAS MASCARETTI, sempre com o objetivo de oferecer à população uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Saiba Senhor Presidente que esse projeto foi muito bem recebido pelos Senhores Juízes de Direito das Varas de Família, que somaram esforços ao Juiz Diretor e a Secretaria de Primeira Instância, possibilitando a implantação nessa oportunidade.

A IMPLANTAÇÃO DE ATOS DE ADMINISTRAÇÃO DESSE JAEZ EM HISTÓRIA RECENTE DE CAMPINAS TEM EVIDENCIADO SUA IMPORTÂNCIA.

DE FATO, EXCELÊNCIA, A INSTALAÇÃO DAS VARAS DE FAMÍLIA PROPICIOU A ESPECIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS JUDICIÁRIOS EM MATÉRIA SENSÍVEL A COMUNIDADE E POSSIBILITA CONTÍNUA

MELHORIA NA TRAMITAÇÃO DOS FEITOS NESSA MATÉRIA.

A ESPECIALIZAÇÃO, SOB AS MÃOS EXPERIENTES DOS JUIZES TITULARES DAS VARAS DE FAMÍLIA, LUIZ TORRANO, BERNARDO CASTELO BRANCO E RICARDO SEVALHO, POSSIBILITOU A REDUÇÃO DO ACERVO DOS FEITOS DA FAMILIA E SUCESSÕES, QUE NA ÉPOCA DA INSTALAÇÃO CHEGAVA A 9.000 PROCESSOS POR VARA PARA ATUALMENTE MENOS DE 3.000 POR UNIDADE.

POR CERTO QUE ESSA REDUÇÃO EXPRESSIVA DO ACERVO SOMENTE SE TORNOU POSSÍVEL PORQUE CONTAMOS COM UMA EXCELENTE EQUIPE DE ASSISTENTES E SERVIDORES, CUJO TRABALHO E DEDICAÇÃO SE REVELAM A CADA DIA ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDÍVEIS PARA A BOA CONSECUÇÃO DESSES SERVIÇOS.

AGORA, COM A INSTALAÇÃO DO CARTORIO DO FUTURO, ESTAMOS CERTOS DE QUE ESSES NOVOS RECURSOS POSSIBILITARÃO AINDA MELHOR E MAIS ADEQUADO CONHECIMENTO DAS DEMANDAS DA SOCIEDADE.

O CUIDADO PERMANENTE COM A IMPLANTAÇÃO DE MÉTODOS DE TRABALHO MODERNOS SEMPRE FOI ALMEJADO POR VOSSA EXCELÊNCIA.

EXTERNAMOS AQUI NOSSO RECONHECIMENTO.

É COM ENORME SATISFAÇÃO QUE TEMOS A HONRA DE RECEBER VOSSA EXCELENCIA PARA O ATO DE INSTALAÇÃO FORMAL DA UPJ DAS VARAS DE FAMÍLIA, MAIS UM ATO DA NOTÁVEL ADMINISTRAÇÃO DE VOSSA EXCELÊNCIA, SEMPRE NA BUSCA PELA QUALIDADE DOS SERVIÇOS JUDICIÁRIOS.

PARABÉNS E CONTE COM NOSSA COMARCA DE CAMPINAS EM NOVOS PROJETOS.

Nosso muito obrigado...

Acesso ao Sumário

PAULO BOMFIM (Decano da Academia Paulista de Letras)

Texto lido por ocasião da outorga da Medalha “Paulo Bomfim – Príncipe dos Poetas” a homenageados pelo Tribunal de Justiça (Cerimônia ocorrida em 17.10.2017).

EU TE AMO SÃO PAULO

Paulo Bomfim

Eu te amo São Paulo, em teu mistério de chão antigo, em teu delírio de cidades novas; e porque teus cafezais correm por meu sangue e tuas indústrias aquecem o ritmo de meus músculos; pela saga de meus mortos que vêm voltando lá do sertão, pela presença dos que partiram, pela esperança dos que vêm vindo – eu te amo São Paulo!

Em teu passado em mim presente, em teus heróis sangrando rumos, em teus mártires santificados pela liberdade, em teus poetas e em teu povo de tantas raças, tão brasileiro e universal – eu te amo São Paulo!

Pela rosa dos ventos do sertão, pelas fazendas avoengas, pelas cidades ancestrais, pelas ruas da infância, pelos caminhos do amor – eu te amo São Paulo!

Na hora das traições, quando tantos se erguem contra ti, no instante das emboscadas, quando novos punhais se voltam contra teu destino – eu te amo São Paulo!

Pelo crime de seres bom, pelo pecado de tua grandeza, pela loucura de teu progresso, pela chama de tua história – eu te amo São Paulo!

Desfazendo-me em terra roxa, transformando- me em terra rubra, despencando nas corredeiras do meu Tietê, rolando manso nas águas santas do Paraíba, vivendo em pedra o meu destino nos contrafortes da Mantiqueira, salgando pranto, dor e alegria na areia branca de nossas praias, na marcha firme dos cafezais, nas lanças verdes do canavial, no tom neblina deste algodão, na prece de nossos templos, no calor da mocidade, na voz de nossas indústrias, na paz dos que adormeceram – eu te amo São Paulo!

Por isso, enquanto viver, por onde andar, levarei teu nome pulsando forte no coração, e quando esse coração parar bruscamente de bater, que eu retorne à terra donde vim, à terra que me formou, à terra onde meus mortos me esperam há séculos; por epitáfio, escrevam apenas sobre meu silêncio, minha primeira e eterna confissão: – EU TE AMO SÃO PAULO!

"Aquele Menino. São Paulo: Ed. Green Forest do Brasil, 2000, p. 309"

GUSTAVO ALEXANDRE DA CÂMARA LEAL BELLUZZO (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração das Novas Instalações Fórum Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes (Solenidade ocorrida em 19.10.2017).

Acesso ao Sumário

Meus Senhores, Minhas Senhoras:

A sociedade está em constante desenvolvimento e transformação, e cada vez mais, o desenvolvimento social se acelera, tornando obsoletas muitas criações, as quais, algumas, ainda que possam ser relativamente recentes, vão se tornando obsoletas em um menor espaço de tempo e, sendo assim, ciclicamente, vão sendo substituídas por outras mais modernas.

E não haveria dia melhor, para a cerimônia de inauguração do Fórum Criminal de Mogi das Cruzes, do que a data de hoje, 19 de outubro, dia em que, nos termos da Lei 12.193/10, comemora-se o Dia da Inovação em homenagem ao inventor Santos Dumont, que em 1901 efetuou um voo em um dirigível ao redor da Torre Eiffel em Paris.

Portanto, é com muita alegria e satisfação que participo aqui desta cerimônia de inauguração do Fórum Criminal de Mogi das Cruzes, ao lado de muitas pessoas que contribuíram com muito empenho e há mais tempo do que eu, para que um sonho se tornasse realidade e é muito gratificante poder participar de uma parte deste complexo processo de construção de um prédio que servirá à população mogiana.

E este sonho, que já conta com alguns anos, partiu de pessoas dotadas de espírito público, dinamismo e empreendedorismo, e que felizmente, se mobilizaram à época, de forma proativa, de forma colaborativa e convergente e deram os primeiros passos, firmes e acertados para que a ideia se tornasse uma realidade e fosse atendida uma justa reivindicação dos funcionários, dos Advogados, Promotores de justiça e demais pessoas que frequentavam o prédio antigo do Fórum Distrital de Brás Cubas.

Este sonho era sonhado pelos funcionários do Fórum Distrital de Brás Cubas, pelos Advogados, Promotores de Justiça e também pelas pessoas que tinham de frequentar aquele prédio antigo, durante as atividades forenses, o que se deu por muitos anos, desde meados dos anos 90.

sabido que os serviços forenses não param, o Poder Judiciário não para, no máximo, nos recessos são suspensos apenas parte desses serviços, posto que nos recessos e plantões são decididas questões que envolvam urgências, o que se torna agravado o serviço e prejudicado diante da realização dos trabalhos em um prédio sem estrutura e que não foi construído para abrigar um Fórum, mas sim uma fábrica de pianos.

E as pessoas tinham de frequentar ou trabalhar num prédio sem estrutura, e que era alvo até de alagamentos em dias de chuvas fortes, como já mencionado pela Ora. Ana Carmem, Juíza Diretora de Brás Cubas na época.

Falando em inovação, não faz muito tempo que ainda usávamos telefones fixos discados, pedíamos para que a telefonista fizesse uma ligação de longa

distância, logo depois, passamos para os telefones de teclas, ainda fixos e com fios, depois vieram os fixos sem fios, e praticamente ao final dos anos 90, inicio do ano 2000, adotamos o celular, iniciando com o tal "tijolão" em meados dos anos 90 até chegarmos nos atuais smartphones que hoje são equipamentos de comunicação quase que indispensáveis.

Estima-se que já tenhamos no Brasil, cerca de 200 milhões só de smartphones dentre mais de 250 milhões de celulares. A internet de 1995, discada, para cá deu um salto gigantesco.

Mas, enquanto saltávamos em modernidades em várias áreas, as pessoas da Comarca continuavam sendo atendidas ou tendo de desempenhar seus trabalhos no Foro Distrital de Brás Cubas, em um prédio antigo e sem estrutura, em descompasso com o desenvolvimento.

Dentre as medidas paliativas para se solucionar a inadequação do antigo prédio, estava a informatização dos processos, que na época, estava apenas se iniciando, bem como havia propostas de reforma do prédio, mas reformar um prédio muito antigo e inadequado não se mostraria a melhor solução.

Por felicidade, essas pessoas até então sonhadoras, contaram com o dinamismo e o apoio da Juíza de Direito, Doutora Ana Carmem de Souza Silva, Diretora do Fórum Distrital à época e do Juiz de Direito Dr. Robson Barbosa Lima, que se mostraram bastante sensíveis às justas reinvindicações para que o prédio do Fórum Distrital de Brás Cubas não fosse reformado, mas sim, construído.

E assim passou-se a dar vida à ideia, no sentido de que fosse construído um prédio novo com mais espaço, com condições dignas de trabalho e esses Juízes adotaram atitudes efetivas de forma a que se iniciassem esses passos, obtendo apoio do Tribunal de Justiça, na época, presidido pelo Desembargador Ivan Sartori, e fazendo convergir esforços de todos para que a população mogiana, notadamente de Brás Cubas, pudesse ter a disposição um prédio moderno e adequado ao acesso à Justiça, com espaços maiores, moderno e adequado e com melhores condições para o exercício do trabalho.

Na época, houve muito empenho, contribuição e cooperação entre dos três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, seja para se conseguir o terreno para a construção do Fórum, para se obter recursos financeiros junto do Governo do Estado, através da Secretaria da Justiça, para a aprovação da iniciativa pelo Tribunal de Justiça, sendo que o terreno foi doado pela Municipalidade de Mogi das Cruzes, a Câmara dos Vereadores também teve papel importante aprovando a doação do terreno, até que foi lançada a "pedra fundamental" no inicio de 2013 e tudo isto foi realizado a fim de que a população mogiana tivesse um equipamento público que melhor lhe atendesse e pudesse ter um melhor acesso à Justiça.

Acesso ao Sumário

Desde o lançamento da pedra fundamental, no início de 2013, passaram-se cerca de pouco mais de 4 anos e meio para que o prédio ficasse pronto. Tivemos paralisações neste interregno. Mas foram superadas por conta da colaboração de muitas pessoas.

Neste tempo, muita coisa mudou, e o que parecia ser inadequado apenas no prédio antigo do Foro Distrital, passou a ser inadequado também no prédio central do Centro Cívico de Mogi das Cruzes por conta de falta e espaços.

O Foro Distrital de Brás Cubas, que contava com 2 Varas Cumulativas foi extinto, fazendo com que houvesse a necessidade de se trazer os trabalhos forenses para o prédio Central de Mogi das Cruzes, conforme as especialidades nas áreas cível e penal, bem como quanto às 2 novas Varas Cíveis dele oriundas, mas isso seria impossível sem a construção e a finalização deste novo prédio que hoje se inaugura.

O Foro Distrital de Brás Cubas acabou sendo fundido à Comarca de Mogi das Cruzes, que de 5 Varas Cíveis, passou a ter 7 Varas Cíveis, muito embora as 2 novas Varas Cíveis continuaram funcionando no antigo e inadequado prédio de Brás Cubas, as quais virão de mudança para o prédio Central, já a partir de 6 de novembro próximo, concretizando-se em definitivo o sonho de todos os funcionários que ainda trabalham no prédio antigo em se verem trabalhando em um espaço adequado.

Mogi das Cruzes até 2015, contava com 2 Varas Criminais, sendo a 1ª Vara Criminal com anexo do Júri e a 2ª Vara Criminal com o anexo da Infância e Juventude.

Houve a criação da 3ª Vara Criminal que recebeu o anexo de Execução Criminal, bem como houve a criação da Vara da Infância e Juventude, que deixou de ser um anexo da 2ª Vara Criminal, passando a ter instalações exclusivas no reduzido espaço do prédio central.

A Vara da Fazenda Pública acabou indo para um prédio exclusivo nas imediações do prédio Central situado no Centro Cívico, o qual já não mais poderia comportar todas as Varas.

Acesso ao Sumário

A 2ª Vara Criminal e a 3ª Vara Criminal até pouco tempo não tinham espaços adequados para a realização de trabalhos de audiências e de gabinete ao mesmo tempo, porque os seus valorosos e dedicados Juízes Titulares, Drs. Tiago Ducatti Lino Machado e Davi de Castro Pereira Rio, tinham de dividir as salas e sequer tinham seus gabinetes, porque as 2 Varas estavam instaladas em um local que seria adequado à apenas 1 Vara.

A situação somente se normalizou após o Ministério Publico inaugurar a sua sede nas imediações do Fórum Central de Mogi das Cruzes, o que permitiu obter-se mais espaço.

Portanto, era fundamental, essencial que as obras deste prédio retomassem

e terminassem no menor espaço de tempo possível a permitir com que as 3 Varas Criminais da Comarca, que agregam hoje a Execução Penal e o Júri, tivessem um local adequado e moderno para atendimento à população.

E um prédio novo, onde funcionará agora o Fórum Criminal, é muito importante para a Comarca, Comarca esta que já há alguns anos, vem caminhando no sentido da modernização e buscando o seu desenvolvimento a fim de que a população possa ter uma melhor qualidade de vida e acesso aos serviços públicos essenciais como mobilidade urbana, saúde, educação, segurança e Justiça, em correspondência com o porte e a importância da Comarca no cenário nacional.

Com o prédio novo inaugurado e em funcionamento, poderemos agora não só voltar a sonhar como poderemos reiniciar os passos no caminho da busca de mais inovações, colocando-se em prática projetos voltados à criação de mais Varas para a Comarca, especialização de Varas Cíveis em Família, Vara de Violência Doméstica (Maria da Penha), instalação de Central de Penas e Ressocialização com prestação de serviços, Centro de Referencia e Apoio às Vitimas (CRAVI), projetos esses que se concretizarão quanto maior for a colaboração e a convergência de esforços por parte da sociedade e principalmente dos Poderes e das autoridades constituídas.

Aproveito para agradecer a todas as pessoas que se empenharam e que de algum modo se envolveram proativamente para a realização desse sonho de se construir um prédio novo em prol da população mogiana, tornando isso uma realidade, a começar pelas pessoas que o sonharam, idealizaram, bem como quero agradecer a todos os operários da construção civil que trabalharam nesta obra desde o inicio, aos engenheiros, arquitetos, aos técnicos de informática, e todos que aqui deixaram os seus esforços e peço que Deus os abençoe.

Não posso deixar de agradecer ao trabalho do DD. Desembargador e Secretário de Justiça Exmo. Sr. Aloisio de Toledo Cesar que tão bem nos recebeu e se empenhou para que a Comarca de Mogi das Cruzes pudesse ser contemplada para concluir a obra tão importante, permitindo a nós um avanço qualitativo, o que foi uma vitória para Mogi das Cruzes. Agradeço o empenho e apoio da OAB de Mogi das Cruzes, na pessoa do seu presidente, Dr. Marcelo Eduardo Inocêncio. Agradeço o empenho e apoio do Poder Legislativo, o que faço nas pessoas dos Deputados Estaduais Exmos. Srs. Marcos Damásio e André do Prado, que sempre estiveram dispostos a nos auxiliar nas questões afetas à construção e finalização do prédio. Agradeço o empenho e apoio da Prefeitura de Mogi das Cruzes, o que faço nas pessoas do Prefeito Exmo. Sr. Marcus Mello e também do ex-Prefeito Sr. Marco Bertaiolli, que sempre estiveram à disposição para nos auxiliar na solução das questões afetas à realização e finalização de importante equipamento público, desde o inicio da construção. Agradeço a Polícia Militar o empenho e apoio, o que faço na pessoa do Exmo. Sr. Ten. Cel. Ary Kamiyama que está sempre à disposição para nos auxiliar nas questões de

Acesso ao Sumário

segurança. Agradeço o empenho e apoio dos Juízes de Direito da Comarca, o que faço nas pessoas dos MM. Juízes, Drs. Davi de Castro Pereira Rio e Tiago Ducatti Lino Machado, que aqui irão doravante exercer a judicatura e aos MM. Juízes Drs. Ana Carmem de Souza Silva e Robson Barbosa Lima que iniciaram os primeiros passos, essenciais à concretização deste sonho. Agradeço aos funcionários do Fórum e aos funcionários das Varas Criminais, o que faço na pessoa do Supervisor Claudio Ferrari, a equipe do STI. Agradeço à Assessoria da Presidência na pessoa dos MM. Juízes, Drs. Fernando Figueiredo Bartoletti, Juiz Chefe da Casa Civil, Dr. Sylvio Ribeiro de Souza Neto, Dr. Valdir Ricardo Pompêo Marinho, Dr. Alessio Martins Gonçalves, Dr. Fernando Awensztern Pavlovsky e Dr. Roberto Chiminazzo Junior, bem como ao Juiz Diretor da RAJ, Dr. Regis de Castilho Barbosa Filho, que muito se empenharam. Agradeço o empenho do nosso Desembargador Coordenador Dr. José Helton Nogueira Diefenthaler Junior. Agradeço o empenho e o apoio do nosso Presidente Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti. Pelo ainda venia para que as pessoas não mencionadas nominalmente e que tenham contribuído, se sintam destinatárias dos meus agradecimentos. E venho finalizar com um pensamento de meu saudoso tio, Des. Luiz Gonzaga Belluzzo, que judicou aqui em Mogi das Cruzes, no inicio dos anos 60 e a quem eu tive o privilégio de seguir os seus passos e de quem recebi incentivo a ingressar na Carreira da Magistratura Bandeirante o que faz quase 19 anos:

"O Poder Judiciário é um Poder por excelência, devendo ser em razão disso, o mais justo, o mais suave e o mais elevado, na hierarquia do pensamento humano. Aquele que penetra nos magnificentes umbrais do Templo de Themis veste o burel da humildade e da honra, para jamais conspurcá-lo. Deixa lá fora, os seus sonhos e vem como monge de uma ordem severa, professar o credo pelo Direito dos seus semelhantes."

Muito obrigado.

GUSTAVO SAUAIA ROMERO FERNANDES (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Núcleo Especial Criminal – NECRIM da Comarca de Embu das Artes (Solenidade ocorrida em 30.10.2017).

Excelentíssimo senhor desembargador Ademir de Carvalho Benedito, vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Excelentíssimo senhor secretário de estado da Segurança Pública Mágino Alves Barbosa Filho. Excelentíssimo Senhor delegado geral de polícia do estado de São Paulo, Dr

Yossef Abou Chahin, em nome dos quais cumprimento todas as autoridades presentes.

Embu das Artes, assim como o Brasil, precisa de Justiça. Precisa muito de Justiça. Há quem pense que nunca o futuro de uma cidade, de um estado e de um país dependeu tanto dela. Na verdade, sempre foi assim. Desde a formação da primeira sociedade, o Direito estava lá para dar segurança, equilíbrio e bem comum aos homens e mulheres. Não há evolução da sociedade sem Justiça. Do contrário, tem-se insegurança, desequilíbrio e **bem de uns, em detrimento do bem de muitos outros.**

O triunfo da desonestidade só traz crime, corrupção e seu fruto mais cruel, o conformismo. Passa-se a pensar que a sociedade não merece Justiça e deve se contentar com sobras de caráter. No lugar do governo dos justos, tem-se a governabilidade dos cínicos e o sossego dos criminosos. Ninguém pode aceitar este cenário. Nem nós, que por juramento e vocação temos que combater a canalhice. Nem as pessoas às quais servimos, diariamente convidadas a desistir de acreditar. **Não desistam.**

A criação do NECRIM é mais um recurso para promover a Justiça de que todos precisam. Trazendo a solução preliminar e pacífica de suas causas, permite à persecução criminal se concentrar em males maiores. Sem desviar os olhos dos interesses das vítimas, descongestiona o Judiciário, otimizando sua atuação. Sua utilidade não se resume a pequenas causas. As ilustres presenças a este evento demonstram a compreensão de que este passo impulsionará outros, na longa e incessante caminhada contra a impunidade.

O Fórum de Embu das Artes se orgulha por integrar esta iniciativa da Polícia Civil paulista. É uma honra fazer parte do grupo dos que não se acomodam. É este grupo que buscará e encontrará a Justiça que queremos, precisamos e teremos. Embu das Artes saúda os presentes e deseja a melhor das fortunas ao NECRIM.

Obrigado a todos.

Acesso ao Sumário