

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

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



VOLUME 24 – ANO 4  
NOVEMBRO E DEZEMBRO 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

<b>1- Jurisprudência Cível:</b>	
<b>Seção de Direito Privado:</b>	
a) Ações Rescisórias	23
b) Agravos de Instrumento	29
c) Agravos Internos	135
d) Apelações	138
e) Embargos de Declaração	345
f) <i>Habeas Corpus</i>	353
<b>Seção de Direito Público</b>	
a) Ações Rescisórias	358
b) Agravos de Instrumento	362
c) Agravos Internos	413
d) Agravos Regimentais	418
e) Apelações	426
f) Apelações/Reexames Necessários	524
g) Embargos de Declaração	531
h) <i>Habeas Corpus</i>	538
i) Reexames Necessários	540
<b>2- Jurisprudência Criminal:</b>	
a) Agravos em Execução Penal	552
b) Apelações	560
c) Embargos de Declaração	665
d) <i>Habeas Corpus</i>	666
e) Mandados de Segurança	690
f) Recursos em Sentido Estrito	713
<b>3- Jurisprudência do Órgão Especial:</b>	
a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's)	718
b) Agravos Regimentais	804
c) Conflitos de Competência	814
<b>4- Jurisprudência da Câmara Especial:</b>	
a) Agravos Internos	830
b) Apelações	836
c) Conflitos de Competência	844
d) Conflitos de Jurisdição	853
e) <i>Habeas Corpus</i>	858
<b>6- Câmara Especial de Presidentes</b>	876
<b>7- Conselho Superior da Magistratura</b>	909
<b>8- Noticiário</b>	919

---

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

Palácio da Justiça, Rua Onze de Agosto, s/nº, 1º andar  
sala 114, São Paulo-SP, 01018-010

Telefone (11) 3117-2801/3117-2802

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

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano IV,  
n. 24, nov./dez. 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 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

## 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\*\*  
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA\*\*  
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 GIACCOIA  
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\*\*  
Desembargador MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO\*\*

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

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

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

### 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  
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL  
CIMINO\*\*  
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ  
GOMES\*\*

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

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL\*\*\*  
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI  
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA  
SILVA LEME FILHO  
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA  
Desembargador THEODURETO de Almeida  
CAMARGO Neto  
Desembargador ALEXANDRE COELHO\*\*  
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO  
XAVIER\*\*  
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\*\*  
Desembargadora SÍLVIA MARIA FACCHINA  
ESPÓSITO MARTINEZ\*\*  
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\*\*

**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 CLAIVISO  
Desembargador HELIO Marques de FARIA  
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR  
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  
Desembargadora 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 PAULOLO  
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

**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 ATTÍE 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 DAÍSE 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  
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR

**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 CALÇASI  
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 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 Mendes  
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 LUIS 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 CLÁUDIO AUGUSTO  
PEDRASSI  
Desembargador CARLOS Vieira VON ADAMEK  
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES  
BRAGA JÚNIOR\*\*

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

Desembargador ANTONIO CARLOS  
MALHEIROS\*\*\*  
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA  
Desembargador 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 FÁRIA  
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 AROLDI 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 ROBERTO MARTINS DE SOUZA  
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA\*\*\*  
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos  
Santos Monteiro VIOLANTE  
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI\*\*

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

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

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI  
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA  
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho  
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO  
NASCIMENTO\*\*\*  
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior  
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO\*\*  
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS  
NETO\*\*

**17ª Câmara de Direito Público (sala 601  
— 3ª feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador ANTONIO José Martins  
MOLITERNO  
Desembargador RICARDO GRACCHO  
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida  
Pedroso Neto  
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da  
SILVA\*\*\*  
Desembargador 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 DIFENTHÄLER 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 MAURÍCIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO\*\*

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

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA  
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE  
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA  
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva\*\*\*  
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA  
Desembargador LAURO MENS DE MELLO\*\*  
Desembargador MARCOS ANTONIO 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 AGUIINALDO 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 ROBERTO GRASSI NETO  
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR  
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 CÁRDOSO PERPÉTUO  
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA  
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA  
SILVA  
Desembargador 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 Antonio ENCINAS MANFRÉ  
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN  
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 Francisco José GALVÃO  
BRUNO  
Desembargador PAULO Antonio ROSSI  
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 ALEX Tadeu Monteiro  
ZILENOVSKI  
Desembargador LAURO MENS DE MELLO\*\*  
Desembargadora IVANA DAVID\*\*

\*\*\* — 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  
Sílvia 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

### Ações Rescisórias

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2164990-81.2017.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é autor CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, é ré DEUSONETE MARINHO DO REIS SAUD.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Indeferiram liminarmente a inicial julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 330, III, e 485, I e VI, do CPC. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.337)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA, JACOB VALENTE, TASSO DUARTE DE MELO, SANDRA GALHARDO ESTEVES, GIL COELHO E RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. Execução por quantia certa fundada em título extrajudicial. Contrato de financiamento imobiliário. Embargos do devedor acolhidos. Reconhecimento da prescrição em sede de embargos de declaração com efeitos infringentes. Possibilidade. Pedido rescisório fundado em alegada violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, CPC/15). Não ocorrência. Decisão que simplesmente adotou interpretação que pareceu justa e adequada ao caso, perfeitamente razoável dentro do ordenamento jurídico. Situação que não autoriza a pretensão deduzida, pois não cabe ação rescisória para desconstituição da coisa julgada quando ao tempo da sua formação havia controvérsia na jurisprudência sobre a questão enfrentada. Petição**

**inicial indeferida. Processo extinto sem resolução do mérito.**

*“Não cabe ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (súmula 343, STF), ainda que posteriormente tenha se fixado interpretação favorável ao pedido do demandante.”*

## VOTO

Trata-se de ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, relativamente ao v. acórdão de fls. 352/359 da C. 12ª Câmara de Direito Privado desta Corte, relatado pelo i. Des. Jacob Valente, que, em sede de embargos de declaração contra v. acórdão prolatado em embargos de devedor opostos em execução de financiamento imobiliário, reconheceu a prescrição arguida e extinguiu a execução do contrato de mútuo ajustado entre as partes.

Sustenta a autora que o v. acórdão violou os arts. 199, II, 206, § 5º, I e 884, todos do Código Civil. Argumenta que o reconhecimento da prescrição a favor da ré foi feito em sede de embargos de declaração e que a infringência do julgado deve ser apenas uma possibilidade remota, não cabendo a reforma de todo o entendimento até então esposado nos autos. Diz a autora que tal decisão viola o princípio da segurança jurídica, sendo contrária à lei e à própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à excepcionalidade dos efeitos modificativos dos embargos de declaração. Afirma, por fim, que a contagem do prazo prescricional se inicia na data do vencimento da última parcela, pois, caso contrário, prestigiar-se-ia a própria torpeza da ré em razão de seu inadimplemento contratual.

Culmina pedindo a procedência da ação para declarar rescindido o v. acórdão embargado e proferido novo julgamento.

A inicial veio instruída com cópias extraídas dos autos principais e foi atribuído à causa o valor de R\$ 189.172,05.

Foi realizado o depósito previsto no art. 968, II, do Código de Processo Civil (fls. 38/40) e recolhidas a custas iniciais (fls. 1.077/1.086).

É o relatório.

Em que pesem as alegações deduzidas, com a devida vênia, não é possível acolher a pretensão inicial.

A coisa julgada é instituto vinculado ao princípio geral da segurança jurídica, com agasalho entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXVI, CF). Por conseguinte, a impugnação da coisa julgada reclama hipótese anormal, no sentido de excepcional, que de modo algum se pode confundir com



os caminhos normais de se vulnerar os atos do juiz, que são os recursos e as ações impugnativas autônomas.

Assim, como bem explica TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Parece claro que a ação rescisória, medida excepcional que é, não se pode *transformar* numa ação de *revisão*, pura e simplesmente, do que tenha sido decidido no processo de onde emanou a decisão rescindenda, como se de uma apelação se tratasse” (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2008, p. 514).

E no caso, com efeito, o que pretende a autora é essa “transformação” de uma coisa em outra, claramente com a intenção de suprir deficiência sua e que levou o julgamento a ela desfavorável.

Segundo se infere das razões deduzidas na peça inicial, a autora pretende rescindir o v. acórdão sob as alegações de que o julgado teria violado manifestamente disposição de normas jurídicas e de jurisprudência. Mas, com toda a certeza, o resultado aferido na espécie, de nenhum modo, apresenta a anomalia que quer ressaltar a autora para fazer vingar o juízo rescisório.

Em primeiro lugar, nada impedia que em sede de embargos de declaração a Colenda Câmara resolvesse, como de fato resolveu, com modificação do julgado inicial.

Da conjugação das disposições dos arts. 494, II e 1.023, § 2º, ambos do CPC, verifica-se a possibilidade de os embargos terem caráter infringente.

A propósito ensinam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO:

“Nada obstante o recurso de embargos de declaração vise apenas ao aperfeiçoamento de obscuridade, desfazimento de contradição, supressão de omissão e correção de erro material, não se prestando, como regra, à obtenção de modificação do julgado, pode ocorrer de o acolhimento dos embargos declaratórios provocar uma alteração na substância da decisão embargada (art. 1.023, § 2º, CPC). Nesse caso, em que as hipóteses típicas de cabimento dos embargos declaratórios provocam a alteração do julgado, diz-se que os embargos de declaração apresentam efeitos infringentes - modificativos - da decisão da causa e conseqüente modificação no entendimento exposto pelo órgão jurisdicional na decisão com a interposição de embargos de declaratórios com efeitos infringentes....”.

(*Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1.102-1.103)

Nesse sentido também já proclamou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

*“A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a*

*contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.”*

(STJ - EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 979901 / SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, 10/10/2017, DJe 24/10/2017)

Portanto, com todo o respeito, é sem fomento jurídico a tese da autora de que seria “nula a decisão de embargos de declaração na qual se atribuiu efeito modificativo para reformar o entendimento até então exarado nos autos”.

Não resta dúvida de que, em regra, os embargos de declaração não servem para nova e simples análise do caso julgado, mas como bem leciona LUÍS GUILHERME AIDAR BONDIOLI: “(...) quando houve escancarado engano no pronunciamento do julgador, que decidiu ignorando determina circunstância ou tomando por base premissa equivocada, e um simples alerta parecer suficiente para a reformulação do seu entendimento, os embargos de declaração devem ser admitidos” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XX. Coord. p/ José Roberto F. Gouvêa *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 168).

Afinal: pior do que errar é reconhecer o erro e não querer mudar.

Superada a questão acima, no mais infelizmente a ação também não pode vingar.

A pretensão inicial vem fundada no art. 966, V, do Código de Processo Civil, que autoriza o uso da ação rescisória quando a decisão de mérito, transitada em julgado, *violar manifestamente norma jurídica*.

E ao exigir a decisão impugnada tenha *manifestamente* violado norma jurídica obviamente a lei quis se referir a uma violação visível, evidente, gritante, beirando mesmo uma situação teratológica, onde avulta o desprezo ao sistema de normas pelo julgado rescindendo.

Com todo o respeito, o caso dos autos não é desses.

Ao contrário, ao decidir como decidiu, a Colenda Câmara adotou interpretação que lhe pareceu justa e adequada ao caso, perfeitamente razoável dentro do ordenamento jurídico. Logo, é verdadeiramente impossível afirmar que dita r. decisão teria incorrido em violação *manifesta* da norma jurídica.

Conforme ensinam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO:

“Em um sistema lógico-argumentativo pautado por precedentes (arts. 102, III, e 105, III, CF, e 926 e 927, CPC), é natural que exista em um dado espaço de tempo diferentes interpretações de um ado dispositivo constitucional ou legal. **Como inexiste uma única resposta correta para os problemas interpretativos, é preciso considerar legítima a decisão que, na falta de precedente constitucional ou de precedente federal, confirma determinada interpretação que posteriormente não foi sufragada pelas Cortes Supremas. Justamente para proteger o espaço de desacordo interpretativo inerente a um sistema de**

**precedentes, não cabe ação rescisória para desconstituição da coisa julgada quando ao tempo da sua formação havia controvérsia na jurisprudência sobre a questão enfrentada (súmula 343, STF).** Pouco importa a índole constitucional ou federal do debate: em ambas as hipóteses a ação rescisória não é cabível (STF, Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, DJe 21.11.2014, e STJ, 1ª Turma, REsp 1.458.607/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2014, DJe 03.11.2014). Vale dizer: quem narra, a título de violação manifesta da ordem jurídica, hipótese em que havia controvérsia jurisprudencial à época da formação da coisa julgada, não narra na realidade hipóteses de manifesta violação da ordem jurídica: é por essa razão que a ação rescisória é incabível, por o demandante nesse caso sequer chega a narrar uma das hipóteses de seu cabimento. **Não cabe ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (súmula 343, STF), ainda que posteriormente tenha se fixado interpretação favorável ao pedido do demandante (súmula 134, TFR)."**

(*Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1.040) (destaquei)

Não custa ressaltar que o próprio v. acórdão rescindendo destacou a existência de “divergência jurisprudencial a respeito do tema” (fls. 946), mas persistiu na solução que acabou conferindo à matéria e que não pode ser dita incoerente com o regramento jurídico que regula a espécie.

Veja-se que ao decidir pela ocorrência da prescrição, a colenda Câmara assinalou (fls. 945):

“Assim, considerando-se que o prazo incidente na hipótese é de cinco anos, (art. 206, § 5º, inc. I, CC/2002) e que, segundo decidido no acórdão embargado, ele se inicia no momento em que violado o direito (31/07/1997) - data do inadimplemento por parte dos mutuários), tal qual exposto anteriormente, (art. 189/CC), e considerando que a ação somente foi proposta em 16/05/2011, quando incontestavelmente já transcorrido o prazo de cinco anos, considerando o início da vigência do Código Civil de 2002 e as regras de transição, início em 11/01/2003 e término em 11/01/2008), **conclui-se que a pretensão ventilada pelo banco encontra-se irremediavelmente prescrita, motivo pelo qual a ação deve ser extinta, com julgamento de mérito, a teor do quanto contido no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, reconhecendo, como consequência, que nada mais poderá ser exigido dos mutuários.**”

Tal raciocínio, fundado no entendimento de que o início do prazo prescricional se verifica com o nascimento da pretensão (*actio nata*), tem suporte no disposto no art. art. 189 do Código Civil, que assim reza: “*Violado o direito,*

*nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.*

Por ele, então, quando se trata de obrigação dividida em prestações periódicas, o prazo deve ser contado a partir do momento em que essas prestações se vencem e não da última delas, porque isso implicaria aumentar o prazo prescricional, contrariando a disposição da lei.

Em tais condições, embora os invocados julgados em sentido diverso, infelizmente não se faz possível fazer com que prevaleçam aqui, porque tais julgados não têm caráter vinculativo e assim não podem se sobrepor, nem determinar orientação de julgamento, porque referida jurisprudência não é de observância obrigatória, como sucederia se fosse o caso de enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos (art. 966, §§ 5º e 6º, CPC).

Enfim, o que está em jogo não reflete propriamente violação de norma jurídica, mas tem a ver com a justiça da decisão, decorrente de uma interpretação diversa daquela pretendida pela autora, mas perfeitamente razoável e possível. E isso, *data venia*, não basta para autorizar a pretensão rescisória, pois nesta não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei, tanto menos na adoção, ou não, deste ou daquele entendimento jurisprudencial.

Além do mais, conforme bem adverte HUMBERTO THEODORO JR.: “(...) a rescisória é remédio excepcional não concebido como instrumento de uniformização da jurisprudência, mas apenas para eliminar ilegalidades e injustiças graves, cometidas por sentenças definitivas e, em princípio, intocáveis e imodificáveis, vícios esses arrolados e identificados pela lei de forma taxativa” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 859).

De resto, não custa também anotar que, fundada nessas mesmas razões aqui deduzidas, a autora tentou sem sucesso levar o caso à apreciação do colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual não conheceu de seu recurso (fls. 1.066/1.076), portanto havendo razão a mais em seu desfavor.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta sendo inviável a rescisão pretendida, fica indeferida a inicial e julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 330, III, e 485, I e VI, do Código de Processo Civil, arcando a autora com as custas e autorizada em favor dela a restituição do depósito.

## Agravos de Instrumento

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200149-85.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante CAMILA SCARANO RIOS GONÇALVES, são agravados MEGA IMAGEM LTDA. e UNIMED DE SANTOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente), CHRISTINE SANTINI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão interlocutória que mantém o indeferimento do pedido de justiça gratuita e dá por intempestiva arguição de suspeição do perito. Recurso conhecido em parte, e desprovido na parte conhecida.**

**JUSTIÇA GRATUITA. Indeferimento do pedido de gratuidade, já negado em outras duas oportunidades. Manutenção. Formulado o pedido no curso da demanda, deveria vir acompanhado de elementos robustos de que houve inequívoca alteração da capacidade financeira da demandante, e desse ônus não se desincumbiu a recorrente. Se litiga a agravante desde outubro de 2.014 suportando custas e despesas do processo, deveria ter comprovado cabalmente a impossibilidade de continuar solvendo tais despesas, o que deixou de fazer. Recurso desprovido.**

**ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO. Matéria não contemplada no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015. Poderá a questão ser agitada em sede de preliminar de razões, ou contrarrazões, de apelação. Inteligência do art. 1.009, § 1º, do NCPC. Recurso não conhecido.**

## VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, sem pedido de efeito ativo, tirado de decisão (fl. 378 dos autos digitais de primeira instância) que, nos autos da ação indenizatória ajuizada pela agravante CAMILA SCARANO RIOS GONÇALVES em face de MEGA IMAGEM LTDA. E OUTRO, ora agravadas, manteve o indeferimento do pedido de justiça gratuita e deu por intempestiva a arguição de suspeição do perito.

Fê-lo o *decisum* recorrido nos seguintes termos:

“Vistos.

Fls. 347 e seguintes: Indefiro de plano.

A autora só suscitou a suspeição do perito após o laudo, aparentemente, mostrar-se desfavorável à sua pretensão. Em suma, a autora discorda das conclusões do médico perito.

De qualquer forma, a arguição de suspeição do perito deve ser lançada em 15 (quinze) dias após a intimação do despacho de nomeação, nos termos do artigo 465, § 1º, inciso I do CPC. A intimação da autora se deu em 02 de maio de 2016 (fls. 241).

Logo, intempestiva sua arguição de suspeição. Os demais fatos suscitados, respeitado entendimento diverso, não desqualifica nem o perito nem o trabalho apresentado.

O mérito das conclusões do perito será analisado no momento oportuno. Sobre o pedido de assistência judiciária, reporto-me às decisões de fls. 49 e 320.

Fixo os honorários definitivos do perito em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Deposite a autora a diferença em 10 (dez) dias.

Intime-se.”

Aduz a autora, em apertada síntese, que comprovou a alteração de sua situação financeira, no curso do processo, a justificar a concessão dos benefícios da justiça gratuita. No entanto, o pedido foi negado, mantendo decisões anteriores de indeferimento.

Alega que o perito é suspeito. Afirma ter postulado o reconhecimento da suspeição do perito “*após ter conhecimento tanto da inexistência de conhecimento técnico no objeto da perícia pelo i. perito nomeado, como da sua utilização de uma auxiliar (amiga dos sócios da ré) para elaboração do laudo pericial*” (fl. 07).

Indica que “*Em sede de esclarecimentos periciais, o i. perito nomeado reconheceu, expressamente, não possuir os conhecimentos técnicos para análise da perícia requerida (no caso, diagnóstico por imagem) e esclareceu que para elaboração do laudo solicitou o concurso de um especialista na*

área, ocasião em que indicou o nome da Dra. Patrícia Tomaz de Oliveira que, por coincidência ou não, é amiga de longa data dos sócios da Ré, conforme comprovavam os documentos de fls. 355/359 [...] Foi, portanto, somente em sede de esclarecimentos periciais que a Agravante tomou conhecimento tanto da inexistência de conhecimento técnico especializado no objeto da perícia pelo perito nomeado, como de quem, de fato, havia elaborado/orientado as conclusões do laudo pericial (claro, totalmente favoráveis à Ré), procedendo ao imediato requerimento de suspeição/desqualificação do i. perito” (fl. 08).

Pugna pela concessão da gratuidade, bem como pelo reconhecimento da suspeição do perito.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 01/11, pede, ao final, o provimento do recurso.

Ausente pedido de efeito ativo, permaneceram os autos em gabinete pelo prazo de 05 (cinco) dias úteis, sem oposição da agravante à realização de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal, disponibilizada no DJe aos 09 de agosto de 2.017 e em vigor desde a data da publicação.

É o relatório.

1. Duas são as questões colocadas em debate, à medida que foram indeferidos dois pedidos de naturezas distintas pelo Juízo de Primeira Instância.

A primeira matéria a ser enfrentada versa sobre o indeferimento do pedido de gratuidade processual. A segunda, sobre a rejeição da arguição de suspeição do perito.

Passo a analisar, separadamente, cada uma delas.

2. Conheço do Agravo, independentemente do preparo, tão somente para viabilizar o conhecimento, haja vista que uma das questões colocadas em debate é justamente a concessão aos benefícios da justiça gratuita à agravante.

3. Admito o recurso, com fundamento no inciso V do art. 1.015 do Código de Processo Civil vigente, de acordo com o qual cabe Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre “rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação”.

4. Não comporta provimento o recurso contra a parte da decisão que manteve o indeferimento de pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O presente Agravo de Instrumento foi tirado de decisão interlocutória que manteve o indeferimento da concessão dos benefícios da justiça gratuita à autora de ação indenizatória ajuizada em face de MEGA IMAGEM LTDA. E OUTRO, ora agravadas.

Digno de nota que o pedido de justiça gratuita já fora indeferido em outras



duas oportunidades, conforme decisões de fls. 49 e 320 dos autos originais - disponibilizadas no DJe, respectivamente, aos 03 de dezembro de 2.014 (fl. 52) e 25 de abril de 2.017 (fl. 322) -, que não foram atacadas por recurso de Agravo de Instrumento.

Disso decorre que o novo pedido, formulado no bojo de petição protocolizada aos 28 de julho de 2.017, deveria vir acompanhado de elementos robustos de que houve inequívoca alteração da capacidade financeira da demandante, e desse ônus não se desincumbiu a recorrente.

Sabido que a lei processual prevê requisitos à concessão da gratuidade, dentre os quais se destaca a “*insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios*” (CPC/2015, art. 98, *caput*).

É certo que essa insuficiência deve ser comprovada pela parte que pleiteia a concessão da benesse processual. Isso porque o Magistrado não é simples autômato no exame dos pedidos que lhe são dirigidos, podendo se servir dos diversos elementos constantes dos autos como parâmetro de sua apreciação ao motivar a sua decisão.

O Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de condicionamento da concessão do benefício à demonstração de pobreza (**AgRg nos EDcl na MC 5942-SP**), porque ele não é amplo e absoluto, principalmente se a atividade exercida pelo litigante faz, em princípio, presumir não se tratar de pessoa pobre (**REsp 178244/RS, rel. Min. Barros Monteiro**).

*“Hoje, portanto, vislumbra-se essa necessidade, de prova da alegada precariedade econômica, porquanto este dispositivo constitucional é expreso ao assegurar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Se o próprio constituinte condicionou o favor da gratuidade à prova da insuficiência econômica, não cabe ao legislador ordinário dispensá-la (JTJ 196/239 e 240)” (TJ-SP, cf. AI 390.149-5/00, rel. Des. Teixeira Leite).*

Pois bem.

Claro que a concessão do benefício dependerá do exame individual da situação de cada requerente e das evidências do comprometimento do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário em decorrência da impossibilidade financeira do recolhimento das custas.

É o caso, portanto, de analisar os documentos que acompanham o instrumento para averiguar se, de fato, o agravante faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Sob esse enfoque, não vislumbro elementos de cognição que permitam concluir, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira no recolhimento das custas processuais.

Isso porque os documentos que instruíram o terceiro pedido de gratuidade



dão conta de que há contas vencidas e não pagas pela recorrente, porém não indicam, de forma clara e objetiva, a alteração drástica da condição econômica da parte (fls. 371/376 dos originais).

Não veio o pedido acompanhado de extrato de Imposto de Renda, ou quaisquer outros documentos que permitissem a conclusão, com segurança, de que não tem condições a autora de arcar com as custas e despesas do processo.

Ora, se litiga a agravante desde outubro de 2.014 - portanto há três anos - suportando custas e despesas do processo, deveria ter comprovado cabalmente a impossibilidade de continuar solvendo tais despesas, o que deixou de fazer.

Não se ressente de ilegalidade a decisão atacada no tocante ao indeferimento do pedido de gratuidade, razão por que fica mantida.

6. Não conheço do Agravo de Instrumento no tocante à insurgência contra a parte da decisão que deu por intempestiva a arguição de suspeição do *expert*.

Em comparação com o sistema do Código de Processo Civil de 1.973, o novo Código de Processo Civil, cuja vigência teve início aos 18 de março de 2.016, promoveu alteração significativa no tocante ao cabimento do Agravo de Instrumento.

Ao comentar o art. 1.015 do novo Código, **Alexandre Freitas Câmara** pontua o seguinte: “*O agravo de instrumento é recurso cabível para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas na lei como sendo recorríveis. O rol deste art. 1.015 é exaustivo, a ele só podendo ser acrescidas outras decisões interlocutórias se houver disposição legal que o estabeleça expressamente (inciso XIII)*” (**Comentários ao Novo Código de Processo Civil, diversos autores coordenados por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.498**).

Muito embora, a partir da vigência do novo diploma processual, sejam taxativas as hipóteses de admissibilidade do agravo de instrumento, não se pode perder de vista a intenção do legislador ao elencar quais seriam as decisões passíveis de impugnação por meio do agravo de instrumento em rol *numerus clausus*.

Fica claro que o legislador pretendeu devolver ao Tribunal o conhecimento de matéria que não seja tipicamente agravável apenas na oportunidade em que for apreciado eventual recurso de apelação. Dizendo de outro modo, a decisão interlocutória não contemplada no rol do artigo 1.015 não se tornou irrecurável. Apenas a oportunidade para conhecimento de eventual insurgência far-se-á de modo diferido, no momento do julgamento do recurso de apelação (**Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil, 47ª edição, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1036**).

Essa é a razão pela qual não se opera a preclusão das decisões interlocutórias não agraváveis imediatamente.

Pode a questão ser renovada no momento da interposição de eventual recurso de apelação, caso a sentença seja desfavorável à parte.

Nesse diapasão, assentam **Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha**: “*A decisão não agravável deve ser impugnada na apelação ou nas contrarrazões de apelação*” (**Curso de Direito Processual Civil**, v. III, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, n. 1.1.6, p. 206).

É justamente o que prevê o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015: “*As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões*”.

A decisão ora impugnada não se encontra inserida no dispositivo legal que prevê as hipóteses de cabimento do Agravo, a impossibilitar o conhecimento da insurgência pelo Tribunal neste momento processual.

Também fica afastada a possibilidade de conhecimento do recurso com base no parágrafo único do já mencionado artigo 1.015 por equiparação a uma decisão interlocutória proferida em fase de liquidação ou cumprimento de sentença, processo de execução ou inventário.

Não há sequer como admitir o recurso com fundamento no inciso XIII do art. 1.015, de acordo com o qual cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre “*outros casos expressamente referidos em lei*”.

Isso porque, nesse caso, a intenção do legislador foi a de se referir a outras hipóteses que preveem expressamente o cabimento de Agravo de Instrumento fora do CPC.

Como afirmam os já citados **Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha**, “*Não é necessário que hipóteses novas de agravo de instrumento estejam necessariamente previstas no Código de Processo Civil; qualquer lei federal pode criar novas hipóteses de decisões agraváveis*” (**op. cit.**, n. 2.3.12, p. 224). É que ocorre, por exemplo, nas hipóteses do *caput* do art. 17, do § 2º do art. 59 e do *caput* do art. 100, todos da Lei nº 11.101/2005. Ou, ainda, como prevê o art. 17, § 10, da Lei nº 8.429/1992.

Cuidou a decisão atacada de rejeitar - de plano - a alegada suspeição do perito, ao fundamento de que era intempestiva sua arguição.

Sabido que as causas de suspeição previstas no art. 145 do NCPC aplicam-se não apenas a Magistrados, mas também aos auxiliares da Justiça, a teor do art. 148, inciso III, do mesmo diploma legal.

Sob esse enfoque, cabia ao Juízo *a quo* mandar processar o incidente em separado, sem suspensão do processo, conforme regra contida no art. 148, § 2º, do CPC/2015.

Sucedo que o Magistrado de Primeira Instância, por vislumbrar a intempestividade da arguição de suspeição, decidiu por rejeitá-la de plano, e disso decorre que a matéria, de certa forma, já foi analisada na origem.

Incabível o conhecimento de Agravo contra decisão que rejeita arguição de suspeição de perito, à vista da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/2015, que não contempla essa decisão como tipicamente agravável.

Poderá a matéria ser agitada em sede de preliminar de razões - ou contrarrazões - de apelação.

Admitir o processamento deste Agravo significaria transformar o rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015 em rol meramente exemplificativo. Toda e qualquer decisão interlocutória passaria a ser agravável, o que viola não apenas a regra, mas, sobretudo, o sistema eleito pelo legislador.

Nego provimento ao recurso, na parte conhecida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141194-61.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante N.P.C.S. (MENOR REPRESENTADO), é agravado E.O.C.S.

**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 29355/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIFFONI FERREIRA e ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

ALVARO PASSOS, Relator

**Ementa: MENOR - Execução de alimentos - Realização de pesquisas de endereço em nome da esposa do executado - Necessidade, diante das inúmeras tentativas infrutíferas de localização do devedor - Sopesando os valores envolvidos, de um lado a intimidade de terceiros, e, de outro, a dignidade de uma criança, envolvendo direitos fundamentais, entre eles, saúde, alimentação, moradia, lazer e educação, verifica-se que se trata de medida que atende aos**

## princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Decisão reformada - Recurso provido.

### VOTO

#### Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da ação de execução de alimentos, indeferiu a realização de pesquisas de endereço em nome da esposa do executado.

Irresignada, a agravante busca a reforma da decisão, pelos motivos expostos na minuta de fls.01/07.

Indeferido o efeito suspensivo requerido (fls. 09), decorrido o prazo legal sem apresentação de contraminuta (fls. 11) e parecer ministerial a fls. 14/16, encontrando-se em termos, os autos foram remetidos para julgamento.

#### É o relatório.

Respeitado entendimento divergente, o recurso merece prosperar.

No caso em tela, diversas pesquisas foram realizadas e todas restaram infrutíferas para a localização do executado. Assim, no ensejo de amparar o melhor interesse da criança, imprescindível a realização de pesquisas de endereço em nome da esposa do executado.

Neste diapasão, como bem observado pelo douto Procurador de Justiça oficiante a fls. 15, “(...) Apesar de a esposa do executado não ser parte no presente processo, nada impede a realização de pesquisas em seu nome, visando tão somente obter o endereço do executado (...) ressalte-se que inúmeras tentativas de localização do devedor foram realizadas, razão pela qual fica observada proporcionalidade da medida pleiteada, como único meio apto e necessário à localização do executado, nos termos do art. 319, §1º, do CPC”.

Transcreva-se, por oportuno, “(...) A mais, trata-se de execução de alimentos, no valor de R\$435,00 cada prestação, desde agosto de 2016, ou seja, são mais de 14 meses de inadimplemento, sendo possível concluir que a situação em que a menor Natchelie se encontra é de extrema necessidade (...) sopesando os valores envolvidos, de um lado a intimidade de terceiros, e, de outro, a dignidade de uma criança, envolvendo direitos fundamentais, entre eles, saúde, alimentação, moradia, lazer e educação, verifica-se que se trata de medida que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”. (fls. 16)

Por derradeiro, na hipótese de interposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes desde já intimadas a se manifestarem 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.

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2174109-66.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD, são agravados GRANFINO CLUB BAR RESTAURANTE E EVENTOS LTDA. e ARTUR RIBEIRO DE SOUZA.

**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 18.718)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

THEODURETO CAMARGO, Relator

**Ementa: PENHORA - PEDIDO DEDUZIDO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TENDENTE À CONSTRIÇÃO DE COTAS SOCIAIS - O DETIDO EXAME DOS AUTOS REVELA QUE O EXEQUENTE EXAURIU AS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - PENHORA DE COTAS SOCIAIS - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL (CPC, ART. 789) - EXECUTADOS INTIMADOS TANTO PARA O PAGAMENTO VOLUNTÁRIO QUANTO PARA A INDICAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - DECURSO “IN ALBIS” DO PRAZO - DESNECESSÁRIA NOVA INTIMAÇÃO - AÇODADO O ARQUIVAMENTO DO PROCESSO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida em sede de embargos de declaração (fls. 136/138), a qual manteve

pronunciamento anterior que, nos autos do cumprimento provisório de sentença, indeferiu a intimação dos executados para nomear bens à penhora e também a subsequente penhora de cotas sociais do coexecutado Artur Ribeiro de Souza, além de determinar a remessa dos autos ao arquivo (fls. 131/132).

Irresignado, pretende o agravante a concessão de efeito suspensivo e a reforma do r. pronunciamento sustentando, em síntese, que os devedores devem ser previamente intimados para indicar bens à penhora; as cotas sociais do coexecutado são penhoráveis; volta-se contra a determinação de arquivamento do processo.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido concedido o efeito suspensivo pleiteado, consoante decisão às fls. 140/142.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 145).

É o relatório.

1.- Como o recurso de apelação do agravante foi provido pelo v. acórdão às fls. 75/82 e resta pendente de recurso especial apenas a questão relativa à majoração da verba honorária, as demais transitaram em julgado, o credor promoveu o cumprimento de sentença às fls. 89/92, requerendo a intimação dos executados para que apresentassem os documentos fiscais e contábeis da pessoa jurídica comprobatórios da receita bruta de bilheteria desde setembro de 2008, objetivando o cálculo do débito, o que foi deferido às fls. 97.

Decorrido *in albis* o prazo de manifestação dos executados, o exequente apresentou nova memória atualizada do débito no montante de R\$ 326.416,38 (fls. 102/106).

Ato contínuo, o Juízo homologou os cálculos às fls. 107 e ordenou a intimação dos devedores, no prazo de quinze dias, através de seus advogados, para que efetuassem o pagamento voluntário do *quantum debeatur* (CPC, art. 513, § 2º, inciso I), sob pena de aplicação de multa de 10%, sem prejuízo da verba honorária de 10% (CPC, art. 523, § 1º).

Ainda deixou suficientemente claro que o termo inicial para a impugnação teria início a partir do término do prazo para o pagamento voluntário do débito (CPC, art. 525, *caput*).

Nos moldes anteriores, os executados não se manifestaram, de sorte que o agravante pleiteou (i) a penhora *on line* no valor atualizado do débito, qual seja, R\$ 391.167.91, (ii) a pesquisa INFOJUD perante a Receita Federal e (iii) a inscrição dos nomes dos devedores junto aos serviços de proteção ao crédito (fls. 111/115).

Deferido o pleito acrescido do bloqueio Bacen-Jud (118/119), os valores encontrados foram ínfimos (fls. 119/122).

Diante disso, a agravante pugnou pela penhora de cotas sociais do coexecutado na pessoa jurídica “Pilates For Life EIRELI EPP”, com retirada mensal declarada de R\$ 2.100,00 (fls. 129/130), sobrevivendo a r. decisão agravada.

Nestes termos, preservado o posicionamento do MM. Juiz de primeiro grau, considerando que o coagravado é titular de cotas sociais de pessoa jurídica e a sua responsabilidade solidária foi reconhecida no título executivo judicial, nada obsta que a constrição alcance as correspondentes cotas sociais.

Se assim é, “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” (CPC, art. 789).

Ademais, as cotas sociais não se encontram incluídas no rol de bens impenhoráveis disposto no art. 833 do CPC.

Por outro lado, diferentemente do que pareceu ao agravante, é desnecessária nova intimação dos devedores para indicar bens à penhora como condição para a penhora de cotas sociais do coexecutado Artur, na medida em que esta faculdade processual resultou superada como visto anteriormente, vale dizer, os executados foram intimados na pessoa de seus advogados para efetuar o pagamento do débito, mas permaneceram inertes, inclusive não apresentado impugnação.

Por fim, é açodado o arquivamento do processo, ante a existência de bens penhoráveis.

**2.- CONCLUSÃO** - Daí por que se dá parcial provimento ao recurso.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, nas próprias razões recursais, a respeito de eventual oposição ao **juízo virtual**, nos termos do art. 1º da Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188724-61.2017.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que é agravante A.S.S., é agravada E.A.O.P.R.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.249)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS

COLTRO (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

MOREIRA VIEGAS, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença - absolvição criminal, por ausência de provas, em relação aos fatos reconhecidos no *decisium* exequendo - pretensão de desconstituição do título executivo judicial -- preclusão da matéria configurada - a coisa julgada impede nova discussão sobre a matéria nestes autos - absolvição criminal, por ausência de provas, que não vincula o juízo cível, tampouco afasta a responsabilidade civil - Art. 935 do CC e art. 65 e 66, CPP - Decisão mantida - Recurso não provido.**

## VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 14/15 que, em autos de ação indenizatória, ora em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação apresentada pelo executado, uma vez que a absolvição criminal, por falta de provas, em relação aos fatos discutidos na demanda, não repercuta no juízo cível.

Alega o agravante, em breve síntese, que deve ser decretada a extinção da execução, uma vez que foi absolvido na esfera criminal em relação aos fatos que deram ensejo ao ajuizamento da demanda de origem e prolação do *decisium* exequendo. Aduz que, tendo sido absolvido criminalmente, não pode ser compelido a reparar as lesões alegadas pela exequente-agravada. Sustenta que a absolvição em comento configura causa extintiva superveniente (art. 525, §1º, III e VII, do NCPC).

Recurso processado, sem efeito suspensivo/ativo, porque sequer foi requerido; isento de preparo, uma vez que defiro os benefícios da justiça gratuita ao agravante apenas para o processamento deste recurso.

Não houve intimação da parte contrária para apresentar contraminuta, e dispensadas as informações do Juízo por tratar-se de matéria estritamente de direito.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Em que pesem as alegações do agravante sobre a absolvição criminal, por



ausência de provas, em relação aos fatos que embasaram a demanda de origem e a formação do título executivo judicial, não há como reapreciá-los no presente feito, uma vez que já se operou o trânsito em julgado nos autos, encerrando-se, portanto, o poder jurisdicional do juiz a esse respeito.

Logo, deve prevalecer o disposto nos artigos 502 e 503 do NCPC, segundo os quais:

***“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.***

***“Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.”***

Outra não é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI (*in* Manual do Processo de Conhecimento, 4ª ed., RT, 2003), bem observa que:

***“Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional” (fls. 614).***

Neste mesmo sentido eis os ensinamentos desta Eg. Corte de Justiça, a respeito do tema, assim:

***“A coisa julgada material, que consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença, ou da própria sentença, possui o efeito negativo de impedir que a lide seja novamente discutida. Portanto, ocorrendo a coisa julgada material é vedado ao juiz decidir sobre o mérito da questão.”***  
(AI 876.955-00/5 - 11ª Câmara - Rel. Des. ARTUR MARQUES

- J. 18.4.2005).

***“COISA JULGADA MATERIAL IMUTABILIDADE E INDISCUTIBILIDADE. A eficácia de imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada material se projeta para o futuro. Isto quer dizer que, produzida a coisa julgada material, as questões decididas, além de imutáveis, são indiscutíveis, quer no mesmo quer em outro processo.”***  
(Ap. s/ Rev. 538.400 - 1ª Câmara - Rel. Juiz RENATO SARTORELLI - J. 26.1.99).

Final, coisa julgada é a qualidade da sentença de mérito que se traduz na imutabilidade de seu dispositivo e que surge com o trânsito em julgado da decisão. Na lição de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR (*in* Código de Processo Civil Comentado. 10ª ed., p. 680) é a *“qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*.

Assim, ao pretender rediscutir a matéria, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, o agravante despreza as disposições contidas no Código de Processo Civil, que expressamente preveem:

***“Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”.***

***“Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.”***

Eis os ensinamentos do eminente NELSON NERY JÚNIOR (in “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante”, 9ª ed., RT, p. 388), ao comentar o aludido artigo 183 do CPC, no seguinte sentido:

***“Preclusão. É a perda da faculdade de praticar ato processual. Pode ser temporal, prevista na norma sob comentário, mas também lógica ou consumativa. A preclusão tem como destinatários principais as partes, mas também incide sobre os poderes do juiz, que não pode decidir novamente questões já decididas (CPC 473), salvo as de ordem pública, que não são atingidas pela preclusão”.***

Dessa forma, tendo havido o trânsito em julgado da sentença que julgou procedente a pretensão indenizatória da parte autora, na qual foi reconhecida a prática de atos contra a incolumidade física e mental desta última, o título executivo restou fixado e não poderá ser alterado em sede de cumprimento de sentença.

E aqui, é bem de ver que a pretensão ventilada pelo agravante em sua impugnação não se enquadra no quanto disposto no art. 525, §1º, VII, uma vez que a alegação de inexigibilidade da obrigação não está calcada em “(...) pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença”, mas sim na aludida absolvição na esfera criminal.

A esse respeito, cumpre ressaltar, na esteira do que reconheceu a MMª Juíza *a quo*, que, no caso em tela, a absolvição criminal do agravante não repercuta no cumprimento de sentença de origem.

Sim, pois, a responsabilidade civil independe da esfera criminal. Afinal, consoante preceitua o 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.”.

Não bastasse, dispõe a legislação processual penal que:

***“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.***

***Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”***

Ora, conforme se extrai da simples leitura dos aludidos dispositivos legais, não tendo sido reconhecida a inexistência material do fato ou sido peremptoriamente afastada a autoria, não há que se cogitar de atenuação ou supressão da responsabilidade civil.

E é exatamente essa a hipótese dos autos, haja vista que o agravante foi **absolvido por ausência de provas**, e não porque os fatos narrados na inicial não existiram ou porque foi reconhecido que o agravante não é o autor dos atos e fatos narrados pela agravada.

Desta forma, sua responsabilidade civil, reconhecida no *decisum* exequendo, permanece intacta, devendo ser dado prosseguimento ao cumprimento de sentença de origem. Nesse sentido, inclusive, já decidiu este E. Tribunal:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE SUSPENSÃO DE HASTA - COISA JULGADA - PEDIDO IMPRÓPRIO - VIA INADEQUADA - AÇÃO RESCISÓRIA - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA - ESFERA CRIMINAL - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA - INDEPENDÊNCIA DE ESFERAS - TESE DA DESERÇÃO PRECLUSA - MANUTENÇÃO DO JULGADO. - Agravo de instrumento manifestamente inadmissível - pretensão de rediscussão da coisa julgada em fase de cumprimento de sentença, matéria própria de pedido rescisório (art. 485, do CPC) - lastimável natureza protelatória do incidente, contrário à legislação processual e à celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF); - A sentença transitada em julgado tem força de lei (artigo 468, do Código de Processo Civil) e a matéria ventilada, mesmo que não suscitada tempestivamente, se reputa deduzida e repelida, com base na eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC). A vulneração da coisa julgada constitui medida excepcional sujeita ao procedimento da ação rescisória - absolutamente inadmissível a reiteração de questões já superadas; - Deserção que constitui requisito de admissibilidade do recurso - suposta deserção insuscetível de causar a invalidade da decisão colegiada - instrumentalidade das formas; - Independência da responsabilidade civil em face da criminal (artigo 935) - prejudicialidade dos fatos apurados na esfera penal, com a finalidade de evitar decisões conflitantes, adstrita às hipóteses de prova da inexistência do fato e da negativa de autoria - a absolvição por falta de prova jamais conduz a vinculação do juízo cível; AGRAVO NÃO PROVIDO.”*

*(TJSP; Agravo de Instrumento 2230232-89.2014.8.26.0000; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/03/2015; Data de Registro: 12/03/2015)*

Assim, agiu com acerto a MM<sup>a</sup>. Juíza *a quo* quando rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante, uma vez que a absolvição deste último na esfera criminal, fundada na ausência de provas, não repercute na esfera cível.

Ato contínuo, a r. decisão recorrida está correta e deve ser mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188336-61.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante URBANA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA., são agravados ABUHAB CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. e CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PORT GRIMAUD.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram apenas em parte do presente recurso e, na parte conhecida, negaram provimento à insurgência. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12402)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 10 de novembro de 2017.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória - Vícios construtivos - Demanda ajuizada pelo condomínio em face das construtoras do imóvel - Pedido de denúncia da lide ao arquiteto que elaborou o projeto de construção do edifício - Inadmissibilidade - A previsão contratual de responsabilização do arquiteto contratado para elaboração do projeto não alcança terceiros que não integraram a relação contratual, mormente quando se trata de consumidores que estabeleceram vínculo exclusivo com as construtoras - Demanda, ademais, fundada no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor - Intervenção de terceiros que encontra vedação na regra do art. 88 do mesmo diploma legal - Decisão mantida.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória - Vícios construtivos - Insurgência em face da decisão que indeferiu o pedido de alteração do valor da causa, bem como determinou a realização de prova pericial - Hipóteses que não se enquadram no rol taxativo do artigo 1015 do NCPC - Recurso conhecido apenas em parte, e, na parte conhecida, desprovido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Urbana Construções e Comércio Ltda. contra a decisão de primeiro grau que, nos autos de ação indenizatória que contra a agravante e Abuhab Construções e Empreendimentos Ltda. foi movida por Condomínio Edifício Port Grimaud, ao sanear o feito, indeferiu o pedido de denúncia da lide ao arquiteto contratado para realização do projeto de construção do imóvel supostamente defeituoso, não acolheu o pedido de alteração do valor dado à causa, bem como determinou a produção de prova pericial.

Requer a agravante a reforma da decisão, alegando, para tanto, que é cabível a denúncia da lide ao arquiteto responsável pela realização do projeto de construção do imóvel, o qual deve ser responsabilizado por eventual falha no serviço por ele prestado. Aduz, ainda, que o valor dado à causa pela agravada encontra-se equivocado, razão pela qual deve ser alterado, sob pena de causar prejuízo às partes. Sustenta, por fim, que a prova técnica realizada no processo nº 0210425-50.2010.8.26.0100 é suficiente para o deslinde do feito, razão pela qual mostra-se desnecessária a realização de nova perícia.

O efeito suspensivo pleiteado foi indeferido.

Dispensada a vinda de informações e a apresentação de contraminuta.

**É, em síntese, o relatório.**

Trata-se, na origem, de ação indenizatória movida pelo condomínio-agravado em face da construtora-agravante, sob a argumentação de que o imóvel objeto da demanda apresenta diversos vícios de construção.

Em sede de contestação, a construtora-agravante pleiteou a denúncia da lide ao arquiteto Marcello José Elman (responsável pelo projeto de construção do Edifício Port Grimaud), sob a alegação de que referido profissional deve ser responsabilizado por eventual falha no serviço por ele prestado.

O juízo *a quo*, contudo, indeferiu tal pedido, sob a justificativa de que “*a hipótese não se subsume a qualquer daquelas do artigo 125 do CPC e eventual direito de regresso das rés contra o referido profissional poderá ser exercido pelas vias próprias*”.

Feito este breve relato sobre os fatos discutidos neste recurso, cumpre destacar que eventuais previsões contratuais de responsabilização do arquiteto contratado, por consequências advindas de sua negligência, imprudência ou imperícia, não alcançam terceiros que não integraram referida relação contratual, especialmente porque tratam-se de consumidores que estabeleceram vínculo exclusivo com as construtoras.

Cumpre destacar, aqui, que o fato de os consumidores estarem representados, em juízo, pelo condomínio, não desnatura a natureza consumerista da relação jurídica firmada com as construtoras, razão pela qual incide, na espécie, a regra do art. 88, do Código de Defesa do Consumidor, a qual veda a denunciação da lide, quando se busca atribuir exclusiva responsabilidade a terceiro.

Nesta conformidade, este Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2172953-48.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Walter Barone, assim se pronunciou a respeito do tema: *“Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais e materiais - Decisão que indeferiu pedido de denunciação da lide à empresa terceirizada que teria realizado o serviço tido com defeituoso - Insurgência da ré - Descabimento - Denunciação que é vedada por disposição legal - Inteligência do art. 88 do CDC - Proibição que visa a proteger o consumidor - Responsabilidade objetiva entre comerciante e consumidor - Decisão mantida - Recurso não provido”*.

Sem olvidar, ainda, que eventual direito de regresso das construtoras exige a comprovação de dolo ou culpa do arquiteto, mostrando-se, portanto, imprescindível a produção de provas para individualizar as responsabilidades. E, a toda evidência, a aferição da culpa do arquiteto configuraria fato estranho à causa de pedir constante da petição inicial, contribuindo consideravelmente para o retardo no julgamento do feito, o que não pode ser admitido.

Neste sentido esta Colenda 6ª Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 81603420118260000, Relator o Desembargador Percival Nogueira, assim se pronunciou a respeito do tema: *“DENUNCIÇÃO DA LIDE - RESPONSABILIDADE CIVIL - Desabamento de teto de templo religioso - Pretendida denunciação de todas as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela reforma - Garantia imprópria que não se amolda à hipótese taxativa do art. 70, III, do CPC - Não se admite a denunciação quando há introdução de fato novo, paralelo à discussão principal, que amplia demasiadamente o objeto da ação originária e resulta em prejuízo na entrega da prestação jurisdicional - Recurso desprovido”*.

Fica, pois, no particular, mantida a decisão guerreada, sendo certo que eventual direito de regresso das construtoras deverá ser reclamada pelas vias próprias.

Na sequência, no que diz respeito aos pedidos de alteração do valor da causa e de não realização de nova prova pericial, cumpre destacar que, em que pesem os argumentos trazidos pela agravante, fato é que o presente recurso, nestes pontos, não comporta conhecimento.

Registre-se, inicialmente, que, no presente caso, são aplicáveis os requisitos de admissibilidade de recursos previstos no CPC/15, haja vista que a decisão agravada foi publicada após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, ocorrida em 18 de março de 2016.

Nesse sentido, o enunciado nº 3 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.”*

E, diante do novo regramento processual, a decisão recorrida não é agravável.

Isto porque os pedidos de alteração do valor da causa e de não realização de prova pericial não se enquadram em quaisquer das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, *“o Código de 1973 impunha como regra a interposição de agravo retido contra as decisões interlocutórias, admitindo a modalidade de instrumento apenas quando a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação era recebida (art. 522 do CPC/73). A orientação do novo Código de Processo Civil foi diversa, na medida em que enumerou um rol taxativo de decisões que serão impugnadas por meio de agravo de instrumento. Aquelas que não constam dessa lista ou de outros dispositivos esparsos do Código deverão ser questionadas em sede de preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação”* (in Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 47ª ed. - São Paulo, Saraiva, 2015, pag. 1303) (realces não originais).

Dessa forma, diante do caráter taxativo do rol de matérias passíveis de serem combatidas por meio de agravo de instrumento, e não estando nele inserida as questões supramencionadas, de rigor que, com relação a tais temas, o presente recurso não seja conhecido, por ausência de previsão legal. Vale dizer: o referido dispositivo é “*numerus clausus*”.

Nesse passo, cumpre destacar que o inconformismo apresentado pela recorrente no que tange a tais questões poderá ser manifestado por meio diverso e na oportunidade própria, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, in Novo Código de Processo Civil Anotado, 20ª edição, página 1123, nota art. 1.015:

*“Agora, se a matéria incidental decidida pelo magistrado a quo não*



*constar do rol taxativo do art. 1.015, que autoriza a interposição de agravo de instrumento, a parte prejudicada deverá aguardar a prolação da sentença para, em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, requerer a sua reforma (art. 1.009, § 1º). Vale dizer, a preclusão sobre a matéria somente ocorrerá se não for posteriormente impugnada em preliminar de apelação ou nas contrarrazões”.*

Daí porque, ante o exposto, nos termos supraconsignados, conheço apenas em parte do presente recurso, e, na parte conhecida, nego provimento à insurgência.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2208066-92.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado O JUÍZO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação de interdição. Pagamento de honorários advocatícios contratados. Dedução de valores depositados pelo INSS em ação autônoma, patrocinada pelo mesmo advogado.**

**Cabimento, na espécie, em razão da comprovação da prestação de serviços. Benefícios da assistência judiciária que não impedem o cumprimento de contratação pelo serviço de assessoria jurídica prestado.**

**Contrato válido, firmado pelo curador do interdito. Serviços prestados de forma eficiente. Interdito beneficiado pelos serviços. Valor contratado similar**



**ao da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil. Contratação que deve ser prestigiada.**

**Agravo não provido.**

**VOTO**

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público contra r. decisão (fls.106) que, nos autos da ação de interdição, deferiu pedido de levantamento da quantia de R\$2.500,00, para pagamento de honorários advocatícios contratados.

Insurge-se o agravante, alegando que o contrato de honorários é nulo de pleno direito, pois resulta em evidente prejuízo ao interditado. Ressalta ser incoerente o fato do interditado ser beneficiário da assistência judiciária, e ter que arcar com o pagamento de honorários advocatícios. Argumenta ser excessivo o valor fixado no contrato de prestação de serviços.

Foi determinado o processamento do recurso, com concessão de efeito suspensivo, prestadas as informações a fls. 142/143.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 149/154).

É o relatório do essencial.

A demanda envolve ação de interdição ajuizada por D.S.S., em relação a seu filho A.S.S., julgada procedente pela r. sentença de fls. 57/58, datada de 25.11.2014.

Em ação proposta perante o Juizado Especial Federal contra o INSS, restou constatado através de perícia médica realizada, a incapacidade laborativa, bem como incapacidade para os atos da vida civil de A.S.S, fazendo jus ao recebimento de benefício previdenciário.

De acordo com o documento de fls. 70, foram depositados em conta judicial em nome do interditado, valores a título de atrasados do benefício previdenciário deferido na ação judicial supra mencionada. Sobreveio a decisão de fls. 106, ora agravada, em relação a qual discorda o Ministério Público. Eis o teor da decisão, *verbis*:

*Vistos. O numerário pertence ao interditando, e não à autora, portanto, o seu levantamento só poderá ocorrer com a devida comprovação do gasto.*

*No tocante aos honorários advocatícios, muito embora beneficiário da gratuidade processual, o interditando não está obrigado a buscar a Defensoria Pública. Outrossim, não se mostra razoável que o profissional trabalhe e não receba a contraprestação, sem que tenha dado causa ao caso, assim, defiro o levantamento de R\$ 2.500,00, em nome do*

*causídico. Expeça-se o necessário. Int.*

Pois bem.

Inicialmente, insta consignar que o fato da parte ser beneficiária da gratuidade, não a impede de contratar advogado particular. Como bem observado pelo d. julgador, a parte não está obrigada a buscar a Defensoria Pública.

O contrato apresentado a fls. 101/102, comprova a contratação da prestação de serviços de assessoria jurídica pela curadora do interdito, com os advogados Fábio Barão da Silva e Francisco Ferreira dos Santos. Referido contrato estipula em sua cláusula terceira que:

*“Para execução do serviço ora contratado, o CONTRATANTE pagará à CONTRATADA o valor correspondente a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a ser pago no final do processo do Juizado Especial Federal”.*

Portanto, verifica-se que o contrato é válido, pois firmado por agente capaz (curadora do interdito) e o objeto é lícito. Os serviços contratados foram prestados satisfatoriamente, atuando os advogados como patronos do interdito na ação que tramitou perante o Juizado Especial Federal. A pretensão deduzida naquela lide foi acolhida e o interdito foi vencedor, recebendo o benefício previdenciário, inclusive os atrasados.

No exercício de sua atividade, o advogado tem direito de ser remunerado dignamente, sob pena de enriquecimento ilícito da parte beneficiada. Finalmente, não se caracteriza valor excessivo, vez que a verba honorária foi contratada em valores similares aos constantes da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil.

Pertinente ao tema, *verbis*:

*Honorários advocatícios - Interdição - Deferimento do pedido formulado pelos patronos do autor e da interditanda para levantar os valores depositados pelo INSS com o objetivo de cobrir os honorários advocatícios contratuais - Cabimento, na espécie, em razão da comprovação da prestação de serviços - Benefícios da assistência judiciária que não impedem o cumprimento da questão contratual pelo serviço de assessoria jurídica prestado - Recurso improvido. (Agravo de instrumento n. 2187449-48.2015.8.26.0000, Rel. Luís Mario Galbetti, 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. em 30.03.2016).*

Assim, merece ser mantido o deferimento do levantamento do valor contratado, em nome do causídico.

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, NEGA-SE provimento ao agravo de instrumento interposto pelo *Parquet*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041109-04.2016.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é agravante ANDERSON SCARFI, são agravados ROBERTO DO CANTO E CASTRO & CIA LTDA. e JOSÉ CARLOS BOTEGA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 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 17.928)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

**Ementa: Arrematação de bem imóvel nos autos de execução. Carta de arrematação. Exigências feitas pelo Oficial competente para seu registro. Requerimento do arrematante, ao Juízo da execução, de determinação ao Oficial de que proceda ao registro. Descabimento. Na forma do art. 198 da Lei de Registros Públicos, não se conformando o apresentante do título com as exigências do Oficial, a questão deverá ser remetida ao Juiz Corregedor que decidirá dúvida inversa, com direito de recurso do interessado ao segundo grau de jurisdição, em caso de indeferimento. Decisão de primeiro grau mantida. Agravo de instrumento do arrematante desprovido.**

## VOTO

### RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento que assim sumariei quando, de início, indeferi a liminar pretendida pelo recorrente:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que,

nos autos de execução por quantia certa contra devedor solvente, indeferiu pedido de expedição de ofício, formulado por Anderson Scarfi - arrematante do imóvel de propriedade do executado José Carlos Botega -, para que fosse determinado o registro da carta de arrematação junto à matrícula do bem.

Copio a r. decisão agravada:

'Vistos.

1 - Fls. 365/371: O arrematante informa estar sendo impedido de levar a registro a carta de arrematação expedida nestes autos.

Considerando-se que a apreciação da questão incorrerá em embaraço ao regular prosseguimento da execução, determino o **desentranhamento** da petição de fls. 365/371, entregando-a ao seu subscritor para que, querendo, provoque decisão do Juiz com competência junto a Corregedoria Extrajudicial do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, mediante o competente procedimento administrativo da dúvida inversa.

2 - Fls. 361/362: **DEFIRO** o pedido formulado pela parte-exequente para realização de **bloqueio** on-line de ativos financeiros existentes em nome do executado, até o montante da dívida informada (fl. 362) por intermédio do sistema bacenjud, observando-se que a taxa devida já se encontra recolhida (fls. 363/364).

Providencie, a serventia, o protocolo necessário.

Intimem-se.' (fl. 88)

Afirma o agravante, em suma, que arrematou o imóvel em hasta pública em 21 de agosto de 2014. Todavia, não conseguiu efetuar o registro da carta de arrematação junto ao cartório de Registro de Imóveis.

Argumenta, nessa esteira, que as exigências feitas pelo Oficial do Cartório são impossíveis de serem cumpridas, tendo em vista que não possui os documentos exigidos.

Sustenta, ainda, que o auto de arrematação preenche todos os requisitos dos arts. 694 e 703 do CPC/73.

Requer, deste modo, a expedição de ofício ao Cartório de Imóveis para determinar o registro da carta de arrematação na matrícula do imóvel. Subsidiariamente, que seja '*deferido o registro da carta de arrematação, com cópias autenticadas dos documentos que instruem a ação, exigidos pelo referido cartório*' (fl. 9).

Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu provimento.

**É a síntese do necessário.**

Ausentes os pressupostos legais, **indefiro** a liminar pleiteada.

A r. decisão agravada encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Confira-se:

'Alienação judicial de bem imóvel. Arrematante que não obteve êxito em registrar a Carta de Arrematação perante o Cartório de Registro de Imóveis, diante das exigências indicadas pelo oficial em nota devolutiva. Pretensão de que o juízo da ação de conhecimento expeça ofício ao Oficial para que proceda ao registro, informando se tratar de aquisição originária de propriedade que não está sujeita ao princípio da continuidade. Impossibilidade. Não se conformando com as exigências indicadas pelo oficial, o apresentante do título deverá suscitar dúvida, a qual será remetida à corregedoria competente. Art. 198 da LRP e jurisprudência deste E. TJSP. Recurso improvido.' (AI 2102202-02.2015.8.26.0000, MAIA DA CUNHA).

À contraminuta.

Faculto às partes, no mesmo prazo da contraminuta, manifestação acerca do julgamento eletrônico do presente recurso e daqueles que se lhe seguirem, se o caso, entendendo-se o silêncio como concordância com tal procedimento." (fls. 94/97).

Sem contraminuta, ou objeção ao julgamento virtual, como certificado (fl. 99).

É o relatório.

### FUNDAMENTAÇÃO.

Mantenho a r. decisão agravada.

Como fundamentou o Desembargador MAIA DA CUNHA o v. acórdão citado pela ementa na decisão vestibular deste agravo de instrumento,

"Trata-se de alienação judicial de bem imóvel para a extinção do condomínio em relação a diversos imóveis partilhados no inventário dos bens deixados por Rosa de Barros.

Após reconhecida a validade do leilão judicial e autorizada a expedição da Carta de Arrematação por este Tribunal, a agravante dirigiu-se ao 13º Oficial de Registro de Imóveis a fim de apresentar o título judicial e proceder ao registro, consolidando a propriedade sobre o imóvel arrematado.

O 13º Registro, contudo, emitiu nota devolutiva em razão de exigências pendentes no título, informando que '*Da análise do microfilme do formal de partilha extraído do inventário dos bens de Rosa de Barros ou Rosa de Barros Araújo, que origem ao R.8, constatou-se que está pendente de registro a partilha da quota ideal de 1/36 do imóvel, atribuída a Jose Clemente de Araújo Neto*', e ainda '*A supracitada carta de arrematação deverá ser aditada com observância do disposto nas Normas de Serviço dos Ofícios de Justiça (Provimentos CG nº 50/1989 e 30/2013), art. 221, caput, e §§ 1º e 2º, e art.223 e seu parágrafo único*' (fls. 48/49).

A agravante então requereu ao juízo que expedisse ofício ao referido Oficial, determinando o registro da Carta de Arrematação por se tratar de aquisição originária de propriedade, não sujeita à observância do

princípio da continuidade, conforme jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

A digna Magistrada indeferiu o pedido, afirmando não ter competência para deliberar sobre os atos praticados pelo 13º Oficial, devendo o pedido ser endereçado à Corregedoria do Oficial de Registro de Imóveis. E agiu com absoluto acerto.

O artigo 198 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) estabelece, em seu *caput*: '*Art. 198. Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte (...)*'.

Da referida disposição legal se infere que, não concordando o apresentante do título imobiliário com o teor das exigências indicadas pelo oficial, deverá suscitar dúvida endereçada ao juiz competente, para que ele decida sobre a legitimidade ou não das exigências feitas. O chamado processo de dúvida *direta*, portanto, possui natureza administrativa e é formulado pelo oficial a requerimento do apresentante do título. (Walter Ceneviva, Lei dos Registros Públicos Comentada, Ed. Saraiva, 17ª edição, p. 434).

E, no tocante ao juízo competente para dirimir a questão, já se sedimentou o entendimento de que o processo de dúvida deverá ser remetido ao órgão judiciário estadual ou distrital que também exerce funções correccionais nos Registros de Imóveis.

Sobre o tema, destaca Ricardo Henry Marques Dip: '*Em assim sendo, como o é, dada a natureza jurídica do processo de dúvida, tido e havido sem discrepância como processo administrativo, não faz sentido excluir da órbita do Poder Judiciário competente para exercer e fiscalizar as atividades correccionais administrativas do serviço de registro de imóveis. Assim é que cabe sentenciar tais feitos ao respectivo juízo a quem é atribuída a função de corregedoria sobre tal unidade e, em grau de recurso, ao órgão do Tribunal estadual a quem a respectiva resolução confere tal mister, geralmente o Conselho Superior da Magistratura ou a Corregedoria-Geral da Justiça*' (Lei de Registros Públicos Comentada. Coord.: José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis, Everaldo Augusto Cambler. Editora Forense, p. 1073).

Destarte, e como bem asseverou a digna Magistrada prolatora da decisão agravada, o requerimento e a declaração de dúvida deverão ser endereçados à Corregedoria do Oficial de Registro de Imóveis, não cabendo ao juízo da ação de conhecimento a apreciação dos pedidos e alegações feitas pela agravante, especialmente no tocante ao modo de aquisição originário da propriedade, à desnecessidade da observância do princípio da continuidade, e ao equívoco no entendimento pessoal do registrador.

Observe-se, sobre o tema, entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça: *'LIMINAR. Ação de suprimento de declaração de vontade. Deferimento, para que a autora praticasse os atos necessários à alteração do memorial de incorporação perante o CRI. Recusa. Nota de devolução, justificando que depende de decisão transitada em julgado. Inconformismo da interessada. Desobediência. Inocorrência. Necessidade de suscitação de dúvida registraria perante a Corregedoria Permanente do CRI. Art. 198 LRP. Questão que não pode ser dirimida pelo Juízo da ação de conhecimento. Recurso desprovido'*. (Agravo de Instrumento nº 0269934-47.2012.8.26.0000 - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Teixeira Leite - Julgado em 04/04/2013).

*'INVENTÁRIO - Formal de partilha - Exigência formulada pelo Oficial de Registro Imobiliário, para este ter lugar - Pretensão da agravante de que o Juízo de Família determine o ato registral seja procedido, de modo coercitivo - Descabimento, negativa bem prolatada - A hipótese é de dúvida direta ou dúvida inversa - Juízo de Família não tem jurisdição sobre Oficial do Registro; tem o da Vara de Registros Públicos da Capital, encarregado do julgamento da dúvida - Agravo improvido'* (Agravo de Instrumento nº 0028029-85.2008.8.26.0000 - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Luiz Ambra - Julgado em 26/06/2008).

E mais não é preciso dizer para o improvimento do recurso, mantendo-se, na íntegra, a r. decisão agravada.” **(AI 2102202-02.2015.8.26.0000)**.

Nada a acrescentar a tão erudita fundamentação.

## **DISPOSITIVO.**

### **Nego provimento.**

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais expressa ou implicitamente levados em conta no presente voto. Na hipótese de apresentação de embargos de declaração, todavia, ficam as partes intimadas a manifestar, no próprio recurso, eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2131171-56.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado ADENILTON JOÃO DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por



maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. Declara voto o 2º Juiz.” (**Voto nº 26538**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

VIVIANI NICOLAU, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Decisão agravada que acolheu parcialmente a impugnação, para definir o termo inicial de incidência da multa e determinar a apresentação de novos cálculos pelo exequente. Recurso do executado. Injustificado descumprimento da decisão judicial em prejuízo da parte resulta na necessidade de aplicação de multa, a qual pode ser superior ao valor da obrigação principal. Necessidade de adequar o valor da multa às peculiaridades do caso, para que também não resulte em sanção desproporcional e enriquecimento sem causa da parte contrária. Multa limitada, por ponderação desses valores, em R\$ 250.000,00. Acolhimento parcial que tem por consequência a fixação de honorários advocatícios em favor da impugnante, arbitrados, por equidade, em R\$ 3.000,00. Mantida, contudo, a condenação em litigância de má-fé, diante da reprovabilidade dos meios utilizados pela devedora para se defender na execução, omitindo fatos importantes e provocando de forma desnecessária a movimentação dos órgãos judiciários. Decisão reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto contra a decisão interlocutória proferida em *cumprimento de sentença* (processo nº 1003965-30.2014.8.26.0114 - incidente 00001), proposta por **ADENILTON JOÃO DA COSTA** contra **BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A**, que acolheu parcialmente a impugnação à execução (fls. 76/78 dos autos de origem).

A agravante afirma que a multa executada é excessiva, ultrapassando várias vezes o valor da própria condenação, servindo de fonte de enriquecimento



ilícito para o agravado. Ainda, aponta que não litigou de má-fé, apenas exercendo sua defesa. Pelos fundamentos destacados, pede que o recurso receba provimento, para reformar a decisão agravada e reduzir a multa para o valor máximo da condenação atualizado, além de afastar a condenação por litigância de má-fé. Porque presente o risco de dano de difícil ou impossível reparação e demonstrada a probabilidade do provimento do recurso, pede o deferimento de ***efeito suspensivo ao recurso***.

Dispensadas as peças referidas nos incisos I e II do art. 1.107 do NCPC, porque eletrônicos os autos do processo principal (art. 1.017, §5º). A decisão recorrida foi proferida no dia **12 de junho de 2017**, publicada em **21 de junho de 2017** (fls. 79 da origem), e o recurso interposto no dia **12 de julho de 2017**. O preparo foi recolhido (fls. 10/11).

Originalmente distribuído para a **21ª Câmara de Direito Privado**, foi redistribuído a esta relatoria, em virtude da prevenção pelo processo nº 2158860-80.2014.8.26.0000.

O agravado apresentou contraminuta às fls. 20/34.

**Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 53).**

**Julgamento conjunto com o AI nº 2100960-37.2017.8.26.0000.**

**É O RELATÓRIO.**

**O recurso é parcialmente provido.**

Conforme decisão prolatada na data de **14/02/2014**, a tutela antecipada foi deferida em favor do autor, para o fim de compelir a ré, suas filiadas e cessionárias, a providenciar a exclusão do nome do autor do CCF, sob pena de multa diária de **R\$ 2.000,00** (fls. 24 da ação de conhecimento).

Ao apresentar defesa, a requerida afirmou a existência de contratação entre as partes, justificando a negativação do nome do autor (fls. 30/32).

Posteriormente, o autor noticiou o descumprimento da tutela antecipada, ante a permanência de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 72/73).

Foi proferida, então, decisão que determinou o cumprimento da ordem em cinco dias, sob pena de incorrer nas mesmas penas já fixadas, sem prejuízo de majoração (fls. 75).

Essa decisão interlocutória foi impugnada no **agravo de instrumento nº 2158860-80.2014.8.26.0000**, que teve provimento negado, conforme se infere de sua ementa:

**“AGRAVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. Decisão que determinou que a ré esclarecesse o apontamento negativo em nome do autor, providenciado sua retirada no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária. Inconformismo da ré. Preliminar de intempestividade afastada. Mérito. Alegação de impossibilidade de retirada do apontamento no nome do autor, porque realizado por outra**

*pessoa jurídica. Inconsistência. Negativação realizada por sociedade do mesmo grupo econômico da ré. Decisão anterior já havia destinado a ordem a todas as filiadas e cessionárias da ré. Desnecessidade de pedido expresso para fixação de astreintes. Inteligência do § 5º do art. 461 do CPC. Valor de R\$ 2.000,00 fixado com razoabilidade. Determinação que deve ser cumprida pela parte ré. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso” (v.17490).*

O processo recebeu sentença de procedência, confirmada a antecipação de tutela, declarada a inexistência do débito e condenada a ré ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 120/123 da ação de conhecimento).

O recurso de apelação interposto pela ré recebeu parcial provimento, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais. O acórdão tem a seguinte ementa:

*“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Inscrição indevida do nome do autor em cadastro de inadimplentes. Inexistência de relação jurídica entre as partes. Sentença de procedência, com condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 39.400,00. Inconformismo do réu. Apelante, porém, que não demonstrou a existência de relação jurídica com o autor. Apontamento irregular do nome do autor em órgão de proteção ao crédito. Danos morais configurados. Aplicação do Enunciado 24 desta Câmara. Valor da indenização reduzido para R\$ 10.000,00, quantia mais adequada ao caso em tela. ‘Quantum’ indenizatório corrigido a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ, e com incidência de juros legais a partir do evento danoso, consoante a Súmula 54 daquela Corte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (v.22831) (fls. 157/162 da ação de conhecimento).*

No incidente de cumprimento de sentença, o exequente exigiu o pagamento do valor remanescente que entendeu devido, conforme planilhas de fls. 04/10.

O executado apresentou impugnação, pedindo a suspensão da execução, com a finalidade de se impugnar a quantia arbitrada a título de multa (fls. 23/34). Sobre ela, o exequente se manifestou (fls. 50/54).

O juízo da execução indeferiu o pedido de suspensão (fls. 48).

O executado interpôs contra essa decisão o **agravo de instrumento nº 2100960-37.2017.8.26.0000**, distribuído ao eminente Desembargador **VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR**, integrante da colenda **21ª Câmara de Direito Privado** deste Tribunal, que deferiu efeito suspensivo ao recurso, nos seguintes termos:

*“1. Trata-se de agravo de instrumento tirado de ação em fase de cumprimento de sentença. O Banco Itaú Unibanco S.A. foi condenado a pagar a quantia de R\$ 39.400,00 em favor de Adenilton João da Costa. Ocorreu que após o integral pagamento, o autor requereu o início da*

fase de cumprimento de sentença para cobrar a quantia referente à multa diária, que totaliza R\$ 590.121,46. O banco, então, apresentou seguro garantia, no valor de R\$ 777.231,45, e requereu a suspensão da execução com a finalidade de se impugnar a quantia arbitrada a título de multa, porque exorbita, em muito, a quantia principal em discussão nos autos. O d. Juiz de Primeiro grau indeferiu o pedido de suspensão da execução. Inconformado, o banco interpôs o presente recurso com pedido de efeito suspensivo para que se determine a imediata suspensão da execução até o término da discussão acerca do valor da multa.

2. Defiro o efeito suspensivo pleiteado, porque estão presentes os requisitos previstos no artigo 300 do CPC/2015. A probabilidade do direito da instituição financeira está, em sede de cognição sumária, única possível no presente momento processual, verificada, pois o valor da multa, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não transita em julgado, de modo que pode, a qualquer tempo, ser objeto de revisão. O perigo de dano é inerente à continuidade da execução, que poderá acarretar a transferência de valores do banco para o autor e, possivelmente, trata-se de medida irreversível. Por fim, o banco apresentou seguro garantia para garantir o adimplemento do pagamento do valor em execução, em caso de indeferimento de sua impugnação. **Assim, defiro o efeito suspensivo pleiteado para que seja aceito o seguro garantia apresentado e seja suspensa a execução da multa.** Observa-se, apenas, que o objeto deste recurso é tão somente o recebimento do seguro garantia como garantia do juízo para se permitir a suspensão da execução, bem como da multa prevista no artigo 523 do CPC/2015.

(...)"

Posteriormente, a 21ª Câmara de Direito Privado proferiu acórdão não conhecendo desse recurso, com determinação de redistribuição, por prevenção, a esta 3ª Câmara de Direito Privado.

Por fim, foi proferida a decisão interlocutória **objeto deste agravo de instrumento**, e que tem a seguinte redação:

“Na decisão de p. 24 (do principal), foi cominada a multa de R\$ 2.000,00 para o caso de manutenção do nome do autor em cadastros de inadimplentes, com extensão a todas as filiadas e cessionárias. A ré recebeu a citação em 27/02/2014 (p. 28 do principal), com todas as advertências. NÃO HOUE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA QUESTIONAR DATA FINAL E INICIAL DE CÔMPUTO DA MULTA. Não obstante tenha a ré cumprido a decisão em relação ao CCF (como mostra a p. 27 deste incidente, no corpo de sua petição), nenhuma providência tomou para evitar o apontamento feito ao Serasa (p. 74 do principal), mesmo sendo VEDADA a inclusão do nome do autor por qualquer filiada (p. 24 do principal). Deste modo, em 10/05/2014 (p. 74 do principal), a ré, pela sua coligada, Banco Itaúcard, disponibilizou notícia

negativa de crédito do autor, infringindo determinação expressa de não inclusão que havia recebido em 27/02/2014. A multa incide, portanto, desde 10/05/2014 (infringência) até a exclusão (16/09/2014). Frise-se que em 04/09/2014, em audiência, o réu, na pessoa de seu preposto, saiu intimado a esclarecer a origem do débito, não tendo apresentado NENHUM documento que embasasse o apontamento. Também observe-se que o próprio réu promoveu a exclusão (não houve determinação de expedição de ofício com tal finalidade): o que demonstra cabalmente que a ordem apenas fora descumprida em maio por recalcitrância da instituição financeira, não lhe sendo difícil ou impossível deixar de incluir ou excluir o nome do autor por débitos completamente imaginários. Ambos os agravos, ressalte-se, foram desprovidos, mantidas as decisões originais. Se a multa se avolumou, foi por incúria do réu, e somente por isso. **ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A IMPUGNAÇÃO:**

1. A menção à decisão (p. 25 deste incidente) é incompleta, e deixa de incluir o parágrafo em que se determina: 'Fica vedada nova inclusão do nome da parte autora, pela requerida e suas filiadas ou cessionárias, em órgãos de proteção ao crédito, bem como a cobrança de tais valores, sob pena de multa diária cominatória que fixo em R\$ 2.000,00'. A impugnante menciona apenas o trecho que lhe interessa. específico tenha sido pleiteado, **COMO JÁ SE RECONHECEU NO JULGAMENTO DO PRIMEIRO AGRAVO**, estando a impugnante a litigar de má fé; 3. Não se cogita de nulidade da multa fixada sem termo final, mormente considerando que o réu não reclamou tal fixação em nenhum recurso ou embargo, nem há qualquer dispositivo legal que comine tal nulidade no CPC de 1973; 4. O descumprimento da multa não se deu por falta de exclusão do CCF, mas por nova inserção de débito em nome do autor, como supra exposto; 5. Pedido de redução do valor da multa: não é cabível, neste caso, posto que o valor não representa, para o colosso patrimonial da ré, nenhum perigo, e o montante apenas tomou tais proporções diante da crença do réu na impunidade de seus atos, que desafiam constantemente as ordens judiciais, pagando, muitas vezes, valores que, para a proporção de suas posses, acabam sendo insignificantes; 6. Anoto, ainda, que o descumprimento da ordem está documentado a p. 74, e foi reconhecido no **SEGUNDO AGRAVO** de instrumento manejado pela ré.

Assim, **RECEBO A IMPUGNAÇÃO** com efeito suspensivo (por determinação da segunda instância) e apenas a acolho para, **DE OFÍCIO**, determinar a readequação dos cálculos, para que a multa comece a ser computada em 10/05/2014 (quando feita a segunda inserção indevida, já no curso do processo) e para que sejam excluídos os honorários advocatícios, que não incidem sobre multas. Reputo o impugnante litigante de má fé, por tentar rediscutir matéria já transitada em julgado (validade da tutela antecipada concedida de forma diversa da pleiteada) e por distorcer as determinações judiciais, transcrevendo-

*as parcialmente, e assim o condeno a pagar multa de 5% sobre o valor da causa. Vencida em maior proporção na impugnação, arcará com honorários deste incidente, que arbitro em 15% sobre o valor dado à causa. Após o trânsito em julgado desta decisão, apresente o credor seus cálculos corrigidos, para fins de bloqueio do valor. Int.”*

A recorrente sustenta que a multa aplicada tornou-se excessiva, porque extrapola em muito o conteúdo econômico da causa, e que não litiga com má-fé.

No que se refere à multa cominada, deve ser ressaltado que a recorrente não nega o descumprimento da determinação judicial, nem contesta as datas definidas como termo inicial e final de incidência.

A discussão, desta forma, está restrita a aferir se a multa deve ser reduzida por haver se desviado de sua finalidade de impelir, transformando-se em mecanismo de enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico.

De se observar que o caso mostra claramente que o executado, por meio de empresa coligada, descumpriu expressamente a determinação de não inclusão do nome do autor, realizando novo apontamento que não tinha nenhuma justificativa (fls. 74 da ação de conhecimento).

O executado, mesmo sabendo que a tutela de urgência, **de forma expressa**, se estendia aos atos de “*filiadas e cessionárias*”, impugnou a decisão alegando justamente que o ato fora praticado por “*pessoa jurídica distinta*”, sua coligada “*BANCO ITAU CARD S/A*”.

Interpôs, inclusive, um agravo de instrumento para questionar o tema, provocando a manifestação do Tribunal sobre questão que poderia ter prontamente resolvida excluindo a anotação. Veja-se que, a despeito da assertiva inicial de ausência de relação com a outra pessoa jurídica, encerrou prontamente a anotação quando recebeu a notícia de que o agravo de instrumento não recebeu o efeito suspensivo (fls. 77/78 da ação de conhecimento).

O descumprimento da medida judicial é fato gravíssimo, a resistência e a insistência em rediscutir uma questão simplória, reprováveis. O prejuízo à parte, que teve seu nome mantido como inadimplente por meses a fio, evidente.

Conforme jurisprudência do **Colendo Superior Tribunal de Justiça**:

*“a eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária”*. (Recurso Repetitivo - REsp 1474665/RS, Rel. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).

O **Colendo Superior Tribunal de Justiça** já decidiu que as astreintes podem ser fixadas em valor superior ao da obrigação principal:

*“O valor de multa cominatória pode ser exigido em montante superior ao da obrigação principal. O objetivo da astreinte não é constranger o réu a pagar o valor da multa, mas forçá-lo a cumprir a obrigação específica. Dessa forma, o valor da multa diária deve ser o bastante para inibir o devedor que descumpra decisão judicial, educando-o. Nesse passo, é lícito ao juiz, adotando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, limitar o valor da astreinte, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC. Nessa medida, a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento de sua fixação em cotejo com o valor da obrigação principal. Com efeito, a redução do montante total a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, bem como estimula a interposição de recursos com esse fim, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias. Em suma, deve-se ter em conta o valor da multa diária inicialmente fixada e não o montante total alcançado em razão da demora no cumprimento da decisão. Portanto, a fim de desestimular a conduta recalcitrante do devedor em cumprir decisão judicial, é possível se exigir valor de multa cominatória superior ao montante da obrigação principal” (REsp 1.352.426-GO, Rel. Min. **MOURA RIBEIRO**, julgado em 5/5/2015, DJe 18/5/2015).*

Assim, o julgador está autorizado a efetuar um juízo de ponderação, sopesando caso a caso qual deve ser o valor da sanção por descumprimento mais adequada para inibir o devedor que não observa a decisão judicial.

Considerando as particularidades do caso concreto, que denota injustificado descumprimento da decisão judicial em prejuízo da parte, com o agravante da movimentação desnecessária do Judiciário, para resolução de uma questão que dependia apenas da prática de atos simples pela devedora, o valor da multa não pode ser reduzido para um valor módico, sob pena de tornar vantajosa a desídia contumaz e desprestigiar a autoridade da Justiça.

Por outro lado, uma vez que a multa cominatória reverte ao exequente, seu valor não pode estar em absoluto descompasso com o prejuízo real que sofreu, reflexo da não observância da decisão judicial.

No caso específico, esse prejuízo se expressa em tempo de manutenção de ‘nome sujo’, imprestável à contratação de operações de crédito ou realização de diversos outros negócios. Cabe anotar, nada obstante, que não se teve notícia de que o autor sofreu efetivamente recusas em decorrência da anotação, fato este que precisa ser considerado ao mensurar o valor das astreintes, já que negativas concretizadas tornariam ainda mais severas as consequências da



atitude displicente da devedora.

Efetuando uma ponderação com essas nuances em mente, tem-se que a multa cominatória diária de **R\$ 2.000,00**, nos termos da decisão agravada, incide de **10/05/2014 até 16/09/2014**, isto é, **130 dias**, totalizando **R\$ 260 mil em valores históricos, ainda sujeitos, pelo menos, a atualização monetária, que resultaria em aumento significativo do valor.**

Razoável limitar o valor da multa a **R\$ 250.000,00**, quantia que se reputa adequada como multa cominatória na hipótese concreta.

No caso de acolhimento, ainda que parcial, da impugnação ao cumprimento de sentença, são devidos honorários de sucumbência ao impugnante.

Na lição de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery**:

*“Nas execuções, sejam fundadas em título judicial (cumprimento da sentença) ou extrajudicial, ainda que não impugnadas ou embargadas, são devidos honorários de advogado. (...) Se o devedor resistiu à pretensão (ação de conhecimento) e não satisfaz a obrigação (ação de execução), mesmo depois de reconhecida sua obrigação, pelo princípio da causalidade, porque deu causa ao ajuizamento da execução, responde pelas despesas do cumprimento da sentença (ação de execução) e pelos honorários de advogado. (...) Da mesma forma, havendo impugnação ao cumprimento da sentença, que é uma nova ação, cujo objetivo pode ser a desconstituição do título judicial ou de sua eficácia, deve haver condenação em honorários de advogado”* (cf. nota 23, art. 20, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 224/225).

O NCPC, em seu art. 85, *caput*, consagra a sucumbência como critério determinante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios ao estabelecer que *“a sentença condenará o vencido a pagar honorários”*.

Em seu § 1º, por outro lado, expressamente dispõe que *“são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”*.

Assim, sendo o caso de acolhimento parcial da impugnação ao cumprimento da sentença, devem ser fixados honorários advocatícios em favor da parte impugnante.

O arbitramento de honorários sobre a diferença da multa, na hipótese, significaria a fixação de verba em valor exorbitante em relação ao trabalho desenvolvido.

A jurisprudência deste Tribunal admite, em situações análogas, o arbitramento por equidade, evitando-se o enriquecimento sem causa:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de Sentença. Acolhimento**

de impugnação oposta pelo Município de São Paulo, sem fixação de honorários. Impossibilidade. Regra ditada pela lei processual é a de que 'a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor' (artigo 85, caput, do CPC). Pretensão a que se fixe percentual do proveito econômico decorrente da adequação dos juros, originariamente estimado em R\$ 424.966,03. Caso em que o arbitramento da verba por equidade não se mostraria equivocado. Honorários sucumbenciais que não correspondem à remuneração do trabalho prestado em favor da parte - mas sim do valor do serviço que, na defesa de seu constituinte, o Advogado presta à efetivação da Justiça. Verba que é requisitada do vencido para a remuneração desse serviço; e que há de ser fixada de acordo com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e inclusive da proibição do excesso, em função do empenho efetivamente requerido para a defesa do justo interesse. Adequação dos cálculos a sistemática de Lei nº 11.960/09. Demanda desdotada de maior complexidade. Honorários fixados em R\$ 1.500,00. Agravo parcialmente provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2169286-49.2017.8.26.0000; Relator (a): **BANDEIRA LINS**; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 24/10/2017).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ação de obrigação de fazer para fornecimento de medicamentos. Critério de arbitramento dos honorários. Fixação da verba honorária sucumbencial pelo juízo 'a quo' em 10% do valor da causa, estabelecido em R\$ 63.420,00, para cada um dos réus. Inadmissibilidade. Caracterização de excesso. O estabelecimento dos critérios objetivos do §3º do art. 85 do CPC parte da premissa segundo a qual o grau de responsabilidade atribuída ao profissional é proporcional à expressão econômica da demanda. A 'ratio legis' considera a natureza jurídica atribuída para os honorários de advogado como remuneração da atividade do profissional. Sem embargo do reconhecimento da atuação combativa do causídico, não se vislumbra na causa complexidade apta a justificar a fixação de honorários em valor superior a doze mil reais estabelecido pelo juízo 'a quo'. Preponderância, diante da excepcionalidade da situação, do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa. Necessidade de observância da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do ordenamento jurídico, nos termos do art. 8º do Código de Processo Civil. Interpreta-se que os princípios albergados pela norma constitucional e infraconstitucionais para informar a processualística civil, inibem o desvirtuamento no emprego dos critérios objetivos do §3º do art. 85 do CPC, que seguramente derivam de outra premissa, ou seja, da necessidade de remunerar adequadamente o trabalho do advogado.



*Prevalência do critério empregado para fixação por equidade, observados os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Arbitramento dos honorários em R\$ 1.000,00 para cada um dos apelantes, já compreendida a majoração em face da sucumbência recursal, nos termos do parágrafo 8º do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil. RECURSOS PROVIDOS.” (TJSP; Apelação 1001716-67.2016.8.26.0072; Relator (a): **JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR**; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Bebedouro - 3ª Vara; Data do Julgamento: 28/07/2017; Data de Registro: 28/07/2017).*

*“Embargos à Execução. Título Judicial. Alegação de excesso de execução. Sentença que acolheu os embargos e condenou o exequente ao pagamento de verba honorária, fixada nos termos do art. 85, § 3º, I, do NCPC. Recurso do exequente buscando a alteração dos critérios de fixação dos honorários. Hipótese em que a sistemática do § 3º do art. 85 do CPC/15 implica violação à razoabilidade e à equidade. Verba honorária, fixada em percentual incidente sobre o proveito econômico obtido, que acarreta enriquecimento sem causa do vencedor e gravame excessivo ao vencido, a se considerar, notadamente, o valor dos honorários do processo de conhecimento. Aplicação por extensão dos critérios previstos no § 8º do art. 85 do NCPC (arbitramento por apreciação equitativa). Recurso parcialmente provido para reduzir a verba honorária.” (TJSP; Apelação 1000693-17.2016.8.26.0483; Relator (a): **AROLDO VIOTTI**; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Venceslau - 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/01/2017; Data de Registro: 01/02/2017).*

Dessa forma, considerando os critérios previstos em lei para valoração do trabalho realizado, os honorários advocatícios são fixados, por equidade, em **R\$ 3.000,00**, em favor do patrono da parte impugnante.

A condenação em litigância de má-fé é mantida. O sucesso parcial em reduzir a multa cominatória não afasta a reprovabilidade dos meios utilizados pela devedora para se defender na execução, omitindo fatos importantes e provocando de forma desnecessária a movimentação dos órgãos judiciários, como ressaltou detalhadamente a decisão agravada, ratificada nesse tocante.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

### DECLARAÇÃO DE VOTO

**(Voto nº 15004)**

#### **VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE**

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão de ps. 12/15 que, de ofício, determinou que o exequente refizesse os cálculos, para que a multa começasse a ser computada em 10/05/2014 e para que fossem excluídos

os honorários advocatícios sobre a multa executada. Por litigância de má-fé, o impugnante foi condenado ao pagamento de multa em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Adota-se, no mais, o relatório do Relator Desembargador Viviani Nicolau.

Respeitado o entendimento do Relator, pelo qual deu provimento parcial ao recurso, reduzindo a multa para R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), por este voto diverge-se da solução apontada para negar provimento ao agravo de instrumento.

Com efeito, o montante da multa incorrida (R\$260.000,00, sem correção monetária) é elevado por exclusiva negligência do próprio agravante.

A decisão que concedeu a tutela de urgência, de forma expressa, determinou a exclusão do nome do autor do CCF e, inclusive, vedou nova inclusão do nome da parte autora pelo réu e seus filiados e cessionários (p.24 dos autos de origem).

Ainda assim, o agravante permitiu que seu coligado (Banco Itaúcard) realizasse apontamento negativo em 10/05/2014, sendo que tal restrição somente foi excluída em 16/09/2014, ou seja, após mais de 100 (cem dias).

Nesses termos, e também considerando que não houve impugnação do valor da multa diária no momento devido (ou seja, em face da decisão que concedeu a tutela de urgência), pode-se concluir facilmente que o agravante permitiu e consentiu para que o valor da multa chegasse ao patamar atual.

No mais, modificar o valor da multa incorrida, como pretende o agravante, implicaria em esvaziar a efetividade da proteção conferida pelo sistema processual à tutela específica.

Final, a função da *astreinte* é, exatamente, persuadir o devedor ao cumprimento da ordem judicial, não se confundindo com a chamada cláusula penal (arts. 408 e ss., CC) e ainda menos com a obrigação principal.

Dessa maneira, autorizar a redução do montante da multa incorrida emite ao obrigado sinal contrário ao tempestivo cumprimento da obrigação, pois lhe abre a possibilidade de redução de sanção na qual incorreu. Perde, com isso, a efetividade da tutela jurisdicional.

Mesmo antes do novo Código de Processo Civil seguindo esse entendimento, assim se posicionava o E. Superior Tribunal de Justiça:

**“RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OBJETIVANDO O RECEBIMENTO DE VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O art. 461 do Código de Processo Civil permite que o magistrado altere, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando esse se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo**

depois de transitada em julgado a sentença, não havendo preclusão. 2. Isso porque 'a natureza jurídica das astreintes - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele' (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31/5/2013). **3. Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da astreinte quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional. 4. Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial. 5. Sob esse prisma, o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. 6. Esse critério, por um lado, desestimula o comportamento temerário da parte que, muitas vezes e de forma deliberada, deixa a dívida crescer a ponto de se tornar insuportável para só então bater às portas do Judiciário pedindo a sua redução, e, por outro, evita a possibilidade do enriquecimento sem causa do credor, consequência não respaldada no ordenamento jurídico. 7. Aplicando-se esse entendimento, e diante das particularidades do presente caso, em que o valor da obrigação principal era de R\$ 4.620,00 (quatro mil seiscentos e vinte reais), considero que a fixação da multa por descumprimento da ordem judicial em R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia, distanciou-se dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual proponho a sua redução para R\$ 500,00 (quinhentos reais),**

*sem alteração, contudo, do número de dias em atraso, patamar que se revela adequado para punir a insistência da instituição financeira em descumprir a ordem emanada do Poder Judiciário, sem gerar, por sua vez, o enriquecimento sem causa dos ora recorridos. 8. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.475.157/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 06/10/2014, sem destaque no original).*

Para afastar o equívoco em que vem incorrendo parte de nossa doutrina e jurisprudência a esse propósito, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório e que “*a multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado*” (art. 537, §§ 3º e 4º).

Assim, no regime do Código de Processo Civil de 2015, impossível rever o valor da *multa incorrida*, facultando-se apenas a revisão da “*multa vincenda*” (§1º do mesmo dispositivo legal).

Por essas razões, por este voto, **nega-se provimento** ao agravo de instrumento.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Desembargador, 2º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2165950-37.2017.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante EDUARDO JURAZO, é agravado TELEMAGO ALEXSANDER MARTINS.

**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 10599)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CLAUDIO GODOY e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 9 de outubro de 2017.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento - Tutela de urgência - Sociedade - Deferimento parcial para abstenção de uso de nome fantasia - Agravo de instrumento interposto concomitantemente com a apresentação de**

**contestação possibilitando uma maior compreensão da controvérsia - Elementos juntados que autorizam a suspensão da tutela de urgência relativamente ao exercício de atividade profissional com o uso de marca licenciada de forma aparentemente regular - Eventuais prejuízos são passíveis de indenização posterior - Decisão reformada - Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em “*PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR ANTECEDENTE*”, deferiu parcialmente a tutela para determinar que o réu se abstenha de utilizar o nome fantasia da sociedade em comum (CrossFit MUD) para atividades estranhas ao objeto dela e que não revertam em seu proveito, bem como de se utilizar, em proveito pessoal, inclusive para divulgação de sua “nova academia”, do *sítio* eletrônico oficial da sociedade em comum e do respectivo *e-mail*, a ele incumbindo ainda adotar as providências necessárias para regularizar, junto ao *sítio* eletrônico da Crossfit americana, o endereço da academia CrossFit MUD (fls. 47/48 dos autos originários).

Recorreu o réu a sustentar, em síntese, que é sócio fundador da sociedade empresária MUD ACADEMIA LTDA., com nome fantasia CROSSFIT MUD; que as atividades sociais iniciaram em 04/08/2009, sendo que em 14 de fevereiro de 2017 foi admitido na sociedade o novo sócio, TELEMACO ALEXSANDER MARTINS, com 60% das cotas sociais; que ainda há um sócio de fato (ALEXANDRE TADEU DOS SANTOS); que não abandonou a sociedade, pois sua saída foi definida de forma consensual entre as partes, tendo cumprido todo o combinado até a data de sua saída; que o autor não cumpriu o avençado, dissimulando os fatos, conforme documentos; que a licença para ministrar aulas de *crossfit*, objeto da tutela de urgência, foi-lhe concedida, é pessoal e intransferível, conforme previsto no contrato com a *Crossfit Americana*; que não tem ligação alguma com o CNPJ e endereço da sociedade; que o cumprimento da tutela impedi-lo-á de exercer sua única profissão, qual seja *coach* de *crossfit*, pois o contrato com a *Crossfit Americana* determina que sua licença esteja cadastrada no endereço onde ele ministra a técnica; que não abriu nova academia e nem tampouco esta utilizando o nome fantasia da sociedade; que o autor também não mais o está utilizando, haja vista que alterou o nome fantasia da sociedade; que apenas está a exercer sua profissão em outra academia; que, em razão de o contrato de licença com a *Crossfit Americana* determinar que o licenciado deve manter como endereço de prestação de seus serviços de *Crossfit* o local onde exerce suas atividades, é que transferiu o endereço da licença; que em 26 de junho p.p. foi realizada uma reunião entre

as partes tendo sido pactuada a venda de suas cotas ao autor, razão pela qual não há falar em abandono de sociedade; e que o autor já comunicou todos os alunos da academia a saída do réu da sociedade e a alteração do nome fantasia da Sociedade para “FIVE - IMPROVE YOUR FITNESS” que, inclusive, está sendo usado na sede da sociedade e tem sido amplamente divulgado na mídia pelas redes sociais, a revelar o claro desinteresse do autor em utilizar o nome fantasia “CROSSFIT MUD”, conforme documentos. Requereu a concessão da gratuidade processual, pugnando pela concessão da tutela recursal e, ao final, pelo provimento do recurso.

Recurso processado com efeito suspensivo (fls. 188/192).

Contraminuta (fls. 196/210).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em “*PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR ANTECEDENTE*”, com emenda da petição inicial, a r. decisão recorrida está assim fundamentada:

*“Lícito reconhecer, com base no teor de fls. 14/23, que as partes são sócias da empresa Mud Academia LTDA.-ME.*

*Estabelecida essa premissa, cumpre observar que o réu, aparentemente se identificando como treinador responsável, estaria vinculando o nome CrossFit MUD a uma academia que se encontraria estabelecida na Alameda São Caetano (fls. 30/33), em endereço distinto daquele no qual localizada a empresa de que é sócio juntamente com o autor (vide, a respeito, o conteúdo de fl. 35), distando ambas, como se infere de fl. 37, cerca de 2,7Km uma da outra.*

*E a abertura/exploração, pelo réu, de outra academia, distinta daquela mantida em conjunto com o autor, à última se vinculando a reputação gerada pelo nome CrossFit MUD, já teria levado ao menos uma aluna a desistir do contrato que havia se aperfeiçoado com a última (fl. 36), academia de que são sócios os dois litigantes.*

*À vista desse panorama e ancorado no disposto no artigo 300, caput, do Código de Processo Civil, defiro o provimento provisório almejado para determinar se abstenha o réu de utilizar o nome fantasia da sociedade em comum (CrossFit MUD) para atividades estranhas ao objeto dela e que não revertam em proveito dela, bem como de se utilizar, em proveito pessoal, inclusive para divulgação de sua ‘nova academia’, do sítio eletrônico oficial da sociedade em comum e do respectivo e-mail, a ele incumbindo ainda adotar as providências necessárias para regularizar, junto ao sítio eletrônico da Crossfit americana, o endereço da academia CrossFit MUD.*

*Não vislumbrando, por fim, risco de prejuízo irreparável ou de inocuidade da medida caso deferida apenas ao final, indefiro o pedido*



objeto do item 'c' de fl. 10, consignando que eventuais prejuízos decorrentes da opção pelo réu em ministrar aulas em academia estabelecida próxima à sede da sociedade de que também é sócio em conjunto com o autor podem vir a ser compensados materialmente e, se o caso, moralmente.

*Expeça-se o necessário para intimação pessoal do réu.*

*Em 15 dias (artigo 303, §1º, I, do CPC), providencie o autor o aditamento da petição inicial, complementando sua argumentação e veiculando, com as especificações necessárias, seu pedido de tutela final, podendo, no mesmo prazo, juntar novos documentos.*

*Intime-se.*" (fls. 62/63)

Ao ensejo do pedido de tutela recursal foi decidido que:

*"(...)*

*Registre-se, também, que este recurso foi interposto concomitantemente com a contestação apresentada na origem (autos digitais), razão pela qual a controvérsia está amplificada com a instauração do contraditório a ser considerado pelo D. Juízo de origem.*

*Neste contexto, então, dos elementos apresentados pelo agravante, mas ainda em sede de cognição sumária, vislumbra-se a presença dos pressupostos específicos de admissibilidade da pretendida suspensão (CPC, art. 1.019, I c.c. art. 995, párr. ún.), especialmente quanto à titularidade da licença conferida ao agravante pela Crossfit Americana, ao exercício de atividade profissional da qual o agravante não pode prescindir e a possibilidade de indenizar-se eventuais danos que este vier a causar.*

***Eis porque, suspende-se a r. decisão recorrida até final julgamento pelo Colegiado, comunicando-se o D. Juízo de origem.***

*Independentemente do quanto aqui decidido, o processo continuará a tramitar regularmente na origem." (fls. 188/192, destaque no original)*

Com a apresentação da contestação e dos documentos que a instruíram (autos digitais), foi determinada a suspensão da r. decisão recorrida, uma vez evidenciado que o agravante não pode prescindir de sua atividade laborativa, e, ainda, que eventual violação de direito postulado pelo agravado resolver-se-á em perdas e danos, inclusive já reclamados na emenda da petição inicial.

A situação subsiste, não existindo elementos suficientes a impedir que o agravante exerça sua atividade laborativa, inclusive sob os efeitos da suposta titularidade da licença da *Crossfit* que lhe fora outorgada.

Não há, ademais, prova de perigo imediato que justifique a excepcionalidade da medida pretendida pelo agravado.

Frise-se que não se está a dizer que o agravante tem ou não razão, mesmo

porque nesse recurso de cognição, sumária (e não exauriente), não se pode antecipar qualquer juízo valorativo a respeito do assunto tratado no processo principal.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2165504-34.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OPINIÃO S/A, são agravados MAURICE ALFRED BOULOS JUNIOR, MAURICE ALFRED BOULOS e BLUE DENIN MANUFACTURA TÊXTIL LTDA.

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao agravo. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.834)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA. São Paulo, 2 de outubro de 2017.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução por título extrajudicial. Pretendida ordem voltada à apreensão/suspensão de passaporte, CNH e cartões de crédito de titularidade dos executados. Indeferimento. Irresignação improcedente. Alegação no sentido de que os executados residem em imóvel localizado em bairro nobre desta Capital e dispõem de automóveis de luxo não justificando a providência. Regra do art. 139, IV, do CPC que não pode servir de pretexto para se coartar as liberdades civis, sobretudo em não havendo elementos palpáveis mínimos a dar amparo à providência judicial.**

**Dispositivo: Negaram provimento ao agravo.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de ação de execução por título extrajudicial proposta por OPINIÃO



S/A, agravante, em face de BLUE DENIN MANUFACTURA TÊXTIL LTDA. e outros, agravados.

Insurge-se a exequente/agravante contra o tópico da decisão que indeferiu requerimento voltado à obtenção de ordem judicial para a apreensão e suspensão dos passaportes, CNHs e cartões de créditos pertencentes aos executados. Entendeu o MM. Juiz de primeiro grau, em síntese, que a execução deve se dar pelo modo menos gravoso para o executado, nos termos do art. 805 do CPC, e que, ademais, a providência requerida “*viola frontalmente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana*” e porque o art. 139, IV, do CPC “*autoriza a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial*” (fls. 1914/1921).

Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta a agravante, ser de rigor o deferimento da providência requerida no caso dos autos, porquanto (i) inúmeras tentativas voltadas à localização de bens dos executados para a satisfação da dívida, atualmente de nove milhões de reais, foram realizadas desde o ano de 2012, sem êxito; (ii) os executados utilizam-se de artifícios fraudulentos com vistas a blindar o respectivo patrimônio, haja vista ostentarem “vida de luxo”, tendo em vista residirem em imóvel localizado em área nobre da Capital e o coexecutado Maurice ter o “hábito de dirigir carros de luxo”. Em face desse quadro de “absoluta impunidade”, insiste a exequente/agravante no aludido requerimento, alegando ser perfeitamente possível a providência, nos termos do art. 139, IV, do CPC e consoante os precedentes jurisprudenciais que invoca.

2. Recurso tempestivo (fls. 1 e 1926) e preparado (fls. 1958/1959).

É o relatório do essencial.

3. A r. decisão agravada merece ser confirmada.

Com efeito, a regra do art. 139, IV, do CPC não pode servir de pretexto para se coartar as liberdades civis, sobretudo em não havendo elementos palpáveis mínimos a dar amparo à providência judicial.

No caso, a mera circunstância de os executados residirem em imóvel localizado em bairro nobre e de o coexecutado Maurice ter o “hábito de dirigir carros de luxo” não justifica o deferimento da gravosa medida requerida.

Ora, se os executados/agravados dispõem de tais bens e ostentam uma “vida de luxo”, como alega a exequente/agravante, cabe a esta última, antes de mais nada, realizar diligências com vistas à penhora dos “carros de luxo” dos devedores.

Assim, não há justificativa para a extremada ordem de suspensão/retenção do passaporte, CNH e cartões de crédito dos executados/agravados.

Meu voto, portanto, **nega provimento** ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2162797- 93.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados PLASFAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., REINALDO FANTOZZI e MARIA APARECIDA DA SILVA FANTOZZI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.035)**

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

São Paulo, 11 de outubro de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

**Ementa: Consultas a órgãos públicos. Reiteração de consultas aos convênios BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD. Indeferimento condicionado à localização de bens passíveis de penhora. Inadmissibilidade. Decisão condicional que equivale à negativa de prestação jurisdicional. Localização de bens dos executados, em princípio, só viável de ser conseguida através de novas consultas, não sendo estas sujeitas a condição, a não ser pelo pagamento da contraprestação prevista em Provimento do Conselho Superior da Magistratura. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso tirado de r. decisão - proferida em sede de execução de título extrajudicial ajuizada por Banco Bradesco S/A em face de Plasfan Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Reinaldo Fantozzi - que indeferiu o pedido genérico de desarquivamento dos autos.

Busca o agravante a reforma da r. decisão fustigada a fim de que o processo seja desarquivado, possibilitando-lhe nova pesquisa de bens pertencentes aos devedores. Pugna, ainda, pela concessão dos efeitos suspensivo e suspensivo ativo ao recurso.

O agravo foi processado apenas no efeito devolutivo e as informações

foram dispensadas (fls. 99).

Devidamente intimada, a agravada ficou-se silente (fls. 103).

É o relatório.

O recurso merece ser acolhido.

Ajuizada a execução, a instituição bancária não logrou êxito em ver seu crédito satisfeito e tampouco localizou bens em nome dos agravados. O processo, então, foi remetido ao arquivo, onde permaneceu por um ano. Solicitado o desarquivamento para nova busca de bens, sobreveio a r. decisão fustigada (fls. 89):

“Considerando-se que o feito foi arquivado pela frustração da execução (quer pela suspensão nos termos do art. 921, III, do NCPC ou pela inércia do exequente), indefiro o pedido genérico de desarquivamento, sem a efetiva indicação de bens passíveis de constrição ou as diligências concretas que pretende sejam realizadas para a quitação do débito (excluídas, portanto, as genéricas reiterações de Bacen-Jud), não se olvidando que, nos termos do art. 923 do CPC, suspensa a execução, é defeso a prática de quaisquer atos processuais, salvo as providências cautelares urgentes” (sic).

A manutenção da r. decisão agravada tornará ineficaz o processo e a própria atividade jurisdicional, pois, se o douto magistrado **a quo** condiciona diligências na busca de quaisquer bens do devedor à demonstração prévia de que o patrimônio deste sofreu alterações, o credor fica alijado de proceder a uma consulta ampla aos bens do devedor, uma vez que determinadas pesquisas só podem ter lugar com o auxílio do Poder Judiciário, a exemplo da obtenção da declaração de ajuste do imposto de renda enviada à Receita Federal - pois, do contrário haverá quebra de sigilo fiscal e violação à intimidade.

Assim, cogitar o magistrado de arquivamento do processo e de desarquivamento condicionado à prévia indicação de bens do devedor ou à prova de aumento patrimonial, significa que o ofício jurisdicional está sendo negado ao credor.

No mais, dispõe o artigo 789 do Código de Processo Civil que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, presentes e futuros. Assim, a circunstância de ter sido inútil diligência anterior que visava encontrar bens dos agravados não inviabiliza nova diligência, pois a disponibilidade de ativos é dinâmica no patrimônio de qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica.

A pesquisa de dados e coleta de informações, no sentido de localizar bens que possam garantir a execução, não se faz apenas no interesse do exequente, na medida em que pode viabilizar a prestação jurisdicional e tornar útil o processo.

Nesse sentido:

**Agravo de instrumento.** Prestação de serviços advocatícios. Ação de cobrança. Sentença de procedência. Fase de cumprimento de sentença. Realização de diligências para localização de ativo financeiro. Reiteração da pesquisa em caso de resultado negativo após decurso de tempo razoável que justifique a alteração da situação econômica do executado. Possibilidade. Recurso provido (35ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2106357-77.2017.8.26.0000/São Paulo; Relator: Gilberto Leme; julg. em 20/9/2017; V.U. - in “site” do Tribunal de Justiça de São Paulo). Deste, extrai-se:

“Pois bem. A prestação jurisdicional em sede de processo executivo relaciona-se com a prática de atos de constrição do patrimônio do devedor para a satisfação de dívida reconhecida como certa, líquida e exigível.

Dessa forma, se, por um lado, incumbe ao credor a indicação de bens à penhora para a satisfação de seu crédito, por outro lado, incumbe ao Juízo que preside a execução possibilitar ao exequente a utilização dos meios disponíveis para a localização e a constrição de bens.

Note-se que, entre esses meios disponíveis ao exequente, estão os sistemas Bacenjud, Arisp, Renajud e Infojud, que possibilitam a pesquisa de ativos financeiros, bens imóveis e veículos em nome do executado, bem como a consulta da declaração de bens por ele entregue à Receita Federal. Os aludidos sistemas são acessados por meio do Juiz responsável pelo processo mediante o pagamento da taxa devida pela parte.

De se ressaltar ainda que a disponibilização da pesquisa ao exequente não encontra óbice limitativo, podendo ser realizado mais de uma vez se necessário à satisfação da execução.

Assim, o resultado negativo de pesquisa eletrônica não obsta renovação da medida nesse sentido. Ausente previsão legal limitando o número de tentativas, forçoso concluir pelo cabimento de nova pesquisa, condicionada ao recolhimento da taxa instituída para tal fim. Vedar a possibilidade de reiteração da tentativa de localização de bens enseja a frustração da obtenção jurisdicional pelo exequente, o que não se pode admitir. Além disso, de se ressaltar a dificuldade de o exequente, em diligência administrativa, obter informações junto a instituições financeiras e órgãos públicos em relação a ativos e bens, tendo em vista o sigilo a que estão obrigados” (sic).

**Consultas a órgãos públicos** - Reiteração de consultas aos convênios Bacenjud, Infojud e Renajud - Indeferimento, condicionado à localização de bens passíveis de penhora Inadmissibilidade - Decisão condicional que equivale

à negativa de prestação jurisdicional - Localização de bens dos executados, em princípio, só viável de ser conseguida através de novas consultas - Consultas não sujeitas a condição, exceto o pagamento da contraprestação prevista em Provimento do Conselho Superior da Magistratura - Recurso provido. (12ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2235068-37.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Cerqueira Leite; julg. em 10/1/2017; V.U. - **in** “site” do Tribunal de Justiça de São Paulo).

**Agravo de instrumento** - Ação de execução contra devedor solvente - Diligências BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD infrutíferas - Suspensão do feito (art. 791, III, CPC) - Decurso de um ano - Pedido de desarquivamento e novas diligências em busca de bens - Possibilidade - Precedentes STJ e TJSP - Decisão reformada - Recurso provido com determinação. (38ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2145912-72.2015.8.26.0000/São Paulo; Relator: Eduardo Siqueira; julg. em 16/9/2015; V.U. - **in** “site” do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Portanto, de rigor a reforma da r. decisão fustigada.

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140471-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado INSTITUTO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO HUMANO MÃOS DE FADA.

**ACORDAM**, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 40718**)

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

São Paulo, 5 de outubro de 2017.

CAMPOS MELLO, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Demanda de obrigação de fazer. Antecipação de tutela. Concessão. Decisão alterada. Ausência de verossimilhança da situação fática afirmada. Necessidade de aprofundamento da cognição. Recurso provido.**

## VOTO

É agravo de instrumento contras a decisões copiadas a fls. 39 e fls. 42 que, em demanda de obrigação de fazer, deferiu pedido de antecipação de tutela consistente em liberar os valores bloqueados pela instituição financeira, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

Alega o agravante que a decisão não pode subsistir, pois não estão presentes os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela. Aduz que há indícios de fraude na espécie, motivo pelo qual não permitiu a liberação dos valores na via administrativa. Assevera que não agiu de maneira ilícita e que sua conduta está baseada na boa-fé. Argumenta que a multa imposta é exorbitante. Pede a reforma.

Processou-se o recurso também no efeito suspensivo, apresentada resposta.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Ainda que, em tese, possa ser admitida antecipação preambular, antes mesmo da citação da parte contrária e do estabelecimento de contraditório, algo verberado com veemência por parte da doutrina (cf., a propósito, Sérgio Bermudes, “A Reforma do Código de Processo Civil”, Ed. Saraiva, 2ª ed. 1996, p. 29; J. J. Calmon de Passos, “Inovações no Código de Processo Civil”, Ed. Forense, 2ª ed. p. 26) e considerado excepcional até por quem o admite (cf. Luiz Guilherme Marinoni, “A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil”, Ed. Malheiros, 1995, p. 60; Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela”, Ed. Saraiva, 1997, p. 105), no caso em tela, o autor não forneceu elementos de convencimento suficientes ao deferimento integral da tutela de urgência pleiteada.

Com efeito, o que se exige é que o juiz esteja firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada e também da juridicidade da solução pleiteada (cf. Arruda Alvim, “Tutela Antecipatória (algumas noções - contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)”, in “Reforma do Código de Processo Civil”, Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, 1996, p. 111), uma vez que a antecipação contempla também a tutela da evidência e não apenas a urgência. É insuficiente mera alegação de urgência, pois que a antecipação é cabível apenas quando a prova revela haver grau intenso da probabilidade da existência do direito alegado (cf. José Roberto dos Santos Bedaque, “Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência”, Ed. Malheiros, 1998, p. 316). A prova deve ser contundente, robusta, convincente (Antonio Cláudio Costa Machado, “Tutela Antecipada”, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 402). Não basta, pois, versão

verossímil dos fatos, mas impõe-se a existência “*de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor*”, como afirma o eminente ex-integrante desta Câmara (ob. e loc. cit.). É necessário não só que haja forte probabilidade da veracidade da matéria de fato noticiada, mas também probabilidade intensa de que tenha razão quem pleiteia a antecipação (cf. Bedaque, ob. cit., p. 319). Assim já se proclamou no Superior Tribunal de Justiça, Corte a qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional: AgRg no REsp 1.336.901/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 05.10.12; AgRg no AgRg na AR 4.767/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 05.10.12; AgRg no AI 1.386.991/MS, Rel. Min. Asfor Rocha, DJ 05.06.12; EDcl no AgRg na AR 3.038/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 3a. Seção, DJ 24.11.04; REsp 523.528/SP, Rel. Min. Otávio de Noronha, DJ 09.02.04; REsp 468.313/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 15.03.04; REsp 545.814/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 19.12.03; REsp 265.528/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 25.08.03; REsp 410.229/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.12.02; AgRg no Ag 2.337/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1a. Seção, DJ 21.10.02; ROMS 9.644/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27.11.00; REsp 238.525/AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27.03.00.

No caso em tela, porém, não estão presentes os requisitos necessários ao deferimento das medidas pleiteadas. A concessão da antecipação de tutela depende, na espécie, do reconhecimento da injuridicidade da conduta do banco réu em não liberar os valores em conta corrente da autora, algo que não prescinde de cognição exauriente da controvérsia, o que não é possível nesta fase da demanda. Não é caso, portanto, de se determinar desde logo o réu libere os valores bloqueados, em especial por ter a autora afirmado em sua petição inicial que os boletos que deram causa ao bloqueio dos valores foram cancelados por ela própria antes da realização de seu pagamento (cf. fls. 6 dos autos principais).

Falta, portanto, em princípio, verossimilhança do direito alegado, entendida como tal a juridicidade daquilo que foi deduzido como razão para a obtenção da tutela incidental. É mais prudente que se aguarde decisão à luz de cognição exauriente da controvérsia, após plena observância do contraditório.

Além do mais, a imediata disponibilidade do numerário objeto da controvérsia à agravada tomaria inequívoca feição irreversível, o que viola o §3º do art. 294 do C. P. C., máxime quando a decisão agravada não contemplou a possibilidade de exigir caução da autora, a qual, aliás, tampouco cogitara de qualquer oferta.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129782-36.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PETROLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS, são agravados ALDO NARCISI e BRASTUBO CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30874)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 17 de outubro de 2017.

MAIA DA ROCHA, Relator

**Ementa: PENHORA - Bem de família - Prova de que o imóvel penhorado é utilizado como residência da agravada - Ocorrência - Incidência do disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90 - Constrição revogada - Decisão mantida - Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 28, que acolheu a impugnação à penhora do imóvel sob matrícula nº 32.766, visto que entendido como bem de família.

Sustenta a agravante que não há direito absoluto à impenhorabilidade do bem, e que o imóvel considerado como bem de família está localizado em bairro luxuoso de São Paulo, que gera gastos altos para sua manutenção, e possui elevado valor, suficiente para satisfação da dívida e aquisição de outro imóvel, afirmando, portanto, que não há violabilidade da dignidade ou direito à moradia. Alega ainda que referido imóvel possui outras penhoras.

Recurso tempestivo.

**É o relatório.**

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial, ajuizada pela empresa agravante.

No curso da execução, foi penhorado o imóvel objeto da matrícula nº 32.766 (fls. 71), situado à Rua Professor Arthur Ramos, nº 188, Jardim América, de propriedade do executado, Aldo Narcisi, que é avalista da devedora principal.



O agravado apresentou manifestação arguindo a impenhorabilidade do imóvel por se tratar de bem de família (fls. 77/84), ocasião em que sobreveio a r. decisão agravada, determinando o levantamento da penhora realizada (fl. 28). Contra esta r. decisão insurge-se a exequente, ora agravante.

Pois bem, pela questão da impenhorabilidade de bem de família se tratar de matéria de ordem pública, pode ela ser conhecida de ofício em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 que:

*“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.*

Além disso, o artigo 5º da referida lei preceitua que: *“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”.*

Do dispositivo transcrito, verifica-se que a impenhorabilidade atinge o imóvel que efetivamente serve de residência à entidade familiar para moradia permanente.

Ademais, o elevado valor de avaliação do imóvel não é capaz, por si só, de afastar a impenhorabilidade do bem de família.

Nesse sentido:

“Agravado de instrumento. Cumprimento de sentença. Pretensão de que seja afastada a impenhorabilidade de imóvel de alto padrão, vez que seria preservando ao executado valor mínimo destinado a garantir condições para que possa dispor de residência digna. Impossibilidade. Impenhorabilidade do bem de família que independe do valor do bem. Recurso desprovido.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0527586-09.2010.8.26.0000, Santos, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Baccarat, j. 01.12.2010)

“Penhora - Bem de família - Fato incontroverso que os imóveis penhorados são utilizados como residência dos agravantes e de suas famílias - Pretensão do agravado de excluir da proteção legal os referidos imóveis por se tratarem de alto padrão - Inadmissibilidade - Ausência de previsão legal - Direito à moradia elevado à categoria de direito social - EC 20/2000 - Recurso provido.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0053918-07.2009.8.26.0000, São Paulo, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. J. B. Franco de Godoi, j. 02.08.2010).

No caso dos autos, verifica-se que foram colacionadas aos autos cópias de serviços de fornecimento de energia (fls. 154/170), comprovante de recolhimento

de IPTU (fls. 171/177), além de outras correspondências (fls. 178/195) em nome do agravante, bem como atas de assembleia de diversos anos, inclusive com declaração do condomínio de que a agravada ali reside há mais de trinta anos (fls. 127/153).

Dessa forma, considerando que houve comprovação de que o bem constrito se enquadra nas disposições da Lei nº 8.009/90, de rigor o levantamento da constrição efetuada na origem sobre referido imóvel.

Por conseguinte, imperiosa a manutenção da r. decisão agravada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167967-46.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SAP BRASIL LTDA., são agravados INFOTREND SOLUÇÕES E TECNOLOGIA LTDA. EPP, MARCOS AURÉLIO DA SILVA CORREA e PATRICIA ELAINE DA SILVA CORREA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 37.478**)

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

São Paulo, 16 de outubro de 2017.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de execução - Ausência de localização de bens para garantia da execução - Expedição de ofício ao BACEN para informar sobre a existência de eventual procuração outorgada pelos executados à terceiro perante o Cadastro de Clientes do sistema Financeiro Nacional - Indeferimento - Pretensão a informações sobre terceiros que não integram a relação jurídica que violaria disposição expressa constitucional e o sistema processual vigente - Decisão mantida - Recurso da agravante improvido.**

## VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 565 destes autos) que, nos autos de ação de execução de quantia certa, indeferiu pedido da agravante de expedição de ofício ao BACEN para que informe sobre eventual procuração outorgada pelos executados a terceiro, perante o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS/BC).

Insurge-se a agravante, sustentando que após ter logrado êxito em localizar apenas valor irrisório diante do débito executado, pediu a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para informar sobre eventual procuração outorgada pelos executados como sócios ocultos, perante o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, criado para auxiliar investigações sobre lavagem de dinheiro e ocultação de bens. Argumenta que tal medida possibilita identificar instituições financeiras com as quais o correntista ou clientes e representantes legais mantêm relacionamento. Postula, assim, a reforma da r. decisão.

Recurso preparado e recebido sem o efeito suspensivo ativo requerido.

É o relatório.

A irresignação da agravante não merece ser acolhida.

Tendo em vista que os ofícios expedidos resultaram na localização, tão somente, de dois veículos, avaliados em valor irrisório diante do débito executado, a agravante pleiteou a expedição de ofício ao BACEN, com escopo de obter informações sobre a existência de procuração outorgada pelos executados, a terceiros como sócios ocultos, perante o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional.

A MM<sup>a</sup>. Juíza houve por bem indeferir a pretensão, por absoluta falta de amparo legal, e tal entendimento merece ser mantido.

Note-se, inicialmente, que não se mostrar razoável, efetivamente, a expedição de ofício a fim de trazer aos autos informações sobre movimentações financeiras envolvendo terceiros alheios à lide, conforme pretendidos pela agravante.

Com efeito, o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado à luz das normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º do CPC), dentre as quais estão inseridas a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), bem como, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), que tem como um de seus corolários o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV).

Assim sendo, a pretendida obtenção de informações sobre eventual outorga de procuração a terceiros, que sequer integram a relação jurídica ensejadora da presente lide, violaria disposição expressa da Constituição Federal, além de ferir

o sistema processual vigente (arts. 7º e 8º do Código de Processo Civil).

Ademais, como diz respeito ao Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, criado para auxiliar investigações sobre lavagem de dinheiro e ocultação de bens, somente comportaria ser consultado para fins criminais ou fiscais, do que não se trata aqui.

A irresignação da agravante não merece, por tais motivos, ser acolhida, restando mantida a r. decisão recorrida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085116-47.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado PAULISTANA PAPÉIS EIRELLI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o 3º Juiz, que declara voto”., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.404)**

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

São Paulo, 20 de outubro de 2017.

CERQUEIRA LEITE, Relator

**Ementa: “Astreinte” - Tutela de urgência - Tutela em caráter antecedente - Ação declaratória de inexigibilidade de débito - Preceito aos réus, sacadora e banco portador de duplicatas virtuais, de se absterem da adoção de medidas de cobrança e de protesto extrajudicial ou desabono da autora em cadastros de inadimplentes, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 - Sanção pecuniária diária sem limite de tempo, desproporcional e desnecessária - Sanção cabível se caracterizada a recalcitrância ou a má-fé no cumprimento do preceito, punível com a multa do art. 77, § 2º, do novo CPC, equivalente ao “*contempt of court*” e destinada ao Estado - Recurso provido e sanção decotada.**

## VOTO

Ajuizada ação declaratória de inexigibilidade de débito, na qual a autora questiona três duplicatas mercantis virtuais sacadas pela corré Vale do Tambau Indústria de Papel Ltda. e na posse do corréu Itaú Unibanco S/A que levou-as a protesto extrajudicial, o juízo de primeiro grau deferiu tutela de urgência e preceitou os corréus a se absterem de adotar medidas de cobrança e de protestar os títulos ou desabonar a autora em cadastros de inadimplentes, sob multa diária de R\$ 200,00.

Inconformado, o corréu Itaú Unibanco S/A se insurge, expondo que o arbitramento de multa diária é desnecessário e não foi requerido pela autora, mormente em sendo de incidência diária e sem limite de tempo ou valor, propiciando que suplante o valor da própria obrigação principal. Pede reforma e exclusão da “*astreinte*”.

Deferido efeito suspensivo ao recurso, escoou-se o prazo para contraminuta.

É o relatório.

Procede o inconformismo.

A censura à sanção pecuniária diária não é só quantitativa, mas também de utilidade/necessidade.

Precedente didático do Col. STJ, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp 123.645-BA, 4ª T., j. 23.09.98, DJU 18.12.98, adverte que: *“As ‘astreintes’, originadas do direito francês, têm por objetivo coagir o devedor, que foi condenado a praticar um ato ou abster-se da referida prática, a realizar o comando imposto pelo Juiz. Elas não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento e, portanto, somente são incidíveis nas obrigações de fazer ou de não-fazer. A multa diária somente pode ser cobrada a partir do descumprimento da sentença, o qual, por sua vez, requer instauração do processo de execução e sua regular formação, com a citação, impedindo entender-se que a condenação ‘a partir da citação’ seja a citação do processo de conhecimento”* (RT 764/184-186).

Dito isso, a sanção em favor da agravada é, com a ressalva de entendimentos contrários, teratológica e vem corroborar absurdos a partir de uma tendência de juízes de primeiro grau, iniciada não se sabe como, onde e com qual intuito, no sentido de fixar sanções pecuniárias (“*astreintes*”) a pretexto de fazer mais efetivas as determinações judiciais de qualquer teor e modalidade, e não só aquelas que, fundadas em coisa julgada material, têm, de regra, lugar em ações que versam sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, isto é, o cumprimento de tutela específica de direito material nos termos do art. 461, “*caput*”, do CPC de 1973 e, hoje, do art. 536 do novo CPC.

A prática se disseminou no primeiro grau de jurisdição e tem ensejado incidentes infundados; e tem acentuado a cupidez. O demandante acoroçoado com uma providência judicial qualquer, sob cominação de “*astreintes*”, mais se interessa pela cobrança do “*quantum*”, do que pela efetivação da providência que foi visada e deferida. O enriquecimento sem causa ganha alento, em detrimento da medida que deveria ser executada e não foi, ou foi com demora, nem sempre por desídia da parte destinatária da ordem.

Em primeiro lugar, a cominação de multa está pressupondo, “*prima facie*”, a transgressão do agravante a cumprir o preceito judicial.

Em segundo lugar, a cominação, em princípio, se harmoniza às figuras típicas da litigância de má-fé descritas no art. 17 do CPC, muito embora a má-fé nunca seja presumida e a boa-fé seja a regra.

Em terceiro lugar, a cominação é despicienda, ao menos por enquanto; trata-se de superfetação.

É que toda decisão emanada do Poder Judiciário tem carga mandamental e o seu cumprimento, de ordinário, prescinde de prévia cominação de “*astreintes*”.

A função jurisdicional, no dizer de Alexandre de Moraes, consiste “*na imposição de validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade*” (“Direito Constitucional”, Ed. Atlas, 2002, 12ª ed., pág. 448, n. 4.3).

Vale dizer que as decisões têm conteúdo coativo intrínseco, não dependem, para intimidar e se fazer cumprir, de qualquer coação pecuniária, excetuadas, como se disse atrás, as hipóteses concretas de má-fé processual e outros atos atentatórios à dignidade da Justiça.

O descumprimento do provimento judicial, se ocorrer, engendra outra solução, que é prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC (art. 77, § 2º, do novo CPC), equivalente ao “*contempt of court*” dos países anglo-saxões, em que a sanção pecuniária tem como destinatário o Estado ou a União.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso e decota-se a sanção pecuniária diária.

## **DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE**

### **(Voto nº 25373)**

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito ajuizada pelo Agravado em face do Agravante que deferiu a tutela de urgência para determinar que o Agravante se abstenha de adotar medidas de cobrança da dívida questionada e que “caso já tenha havido protesto ou negativação junto aos órgãos de proteção

ao crédito, as requeridas deverão providenciar o respectivo cancelamento, em 48h, sob pena de multa diária de R\$ 200,00” (fls. 49)

O D. Des. Relator vota no sentido de dar provimento ao recurso para afastar a multa cominatória imposta pelo MM. Juízo *a quo*.

### **Ouso divergir.**

Com o devido respeito ao entendimento do Douto Desembargador Relator, entendo que é o caso de dar parcial provimento ao recurso.

A multa cominatória, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC/73, atua art. 497 do NCPC e no art. 84, §§ 4º e 5º, do CDC impõe que a parte cumpra obrigação de fazer e/ou não fazer, configurando-se como medida de apoio ao cumprimento da ordem judicial.

Nesse sentido, a lição de Cássio Scarpinella Bueno:

“A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter *intimidatório*, para conseguir, do próprio réu, o específico comportamento (ou a abstenção) pretendido pelo autor e determinado pelo magistrado. É, pois, medida *coercitiva (cominatória)*. A multa deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer a obrigação que assumiu. (...)” (Antonio Carlos Marcato (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.474)

Com efeito, registre-se: a multa cominatória não se confunde com as multas punitivas, estas se destinam a punir a parte que usa do processo de forma abusiva e aquelas têm natureza coercitiva, indutora do cumprimento da ordem judicial.

Nesse sentido, a lição de Fredie Didier Jr. *et. al*:

“Daí se torna ainda mais simples concluir que, no que tange às diversas *finalidades*, a primeira (multa do art. 461) visa coagir, pressionar psicologicamente o destinatário da ordem para que a cumpra, ao tempo em que a segunda (multa do art. 14, parágrafo único) pretende, tão-somente, punir o *contemnor* (sujeito que desobedece ou embaraça cumprimento de medida judicial).” (*Curso de direito processual civil: execução*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 452, v. 5)

Assim, adequada a imposição de multa cominatória, fixada em R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de descumprimento, vez que razoável e proporcional à obrigação imposta e ao valor da dívida discutida e está em consonância com os parâmetros adotados por esta C. Câmara em casos análogos, motivo pelo qual merece ser mantido.

Todavia, a multa deve ser limitada à 20 dias/multa, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para se evitar qualquer modalidade de enriquecimento sem causa.

**Diante do exposto e da divergência suscitada, pelo meu voto, dou**

**parcial provimento ao recurso tão somente para limitar a multa cominatória a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).**

TASSO DUARTE DE MELO, Desembargador, 3º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2151382-16.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WILLIAM APARECIDO PIRES, é agravado SECID SOCIEDADE EDUCACIONAL CIDADE DE SÃO PAULO SC LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o Relator Sorteado que declara. Acórdão com o Segundo Juiz.”, de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão. **(Voto nº 15328)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENDES PEREIRA, vencedor, JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, vencido, LUCILA TOLEDO (Presidente).

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator Designado

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Preliminar de não conhecimento do recurso, sob o argumento de que a impugnação manifestada pelo agravante sequer deveria ter sido analisada, por falta de documentos necessários para comprovar que a conta bloqueada é impenhorável, apresentados posteriormente - Questão atinente à impenhorabilidade é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida a qualquer tempo ou fase do processo, enquanto não houver pronunciamento judicial acerca do tema - Recurso conhecido.**

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Bloqueio do valor de R\$ 392,70, mantido pelo agravante na conta corrente em que recebe seu salário - Montante protegido pela regra da impenhorabilidade, mesmo porque não se vislumbra presente qualquer elemento a justificar excepcionalidade à regra prevista no**



**art. 833, IV, do CPC, que comporta interpretação restritiva - Precedentes do STJ - Recurso provido para determinar a liberação do valor bloqueado na referida conta bancária.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão exarada nos autos de ação de cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, que indeferiu o pedido de desbloqueio do valor de R\$ 392,70 depositado em conta corrente na qual a agravante recebe seu salário (fls. 146/147).

O agravante sustenta que todos os valores depositados na referida conta corrente são provenientes de seu salário e utilizados para sua subsistência, portanto, impenhoráveis, nos termos do artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Daí propugna pela liberação do montante bloqueado.

Negado o efeito suspensivo ao agravo de instrumento (fls. 336/337), sobreveio a resposta (fls. 339/344). Em preliminar, suscita a agravada o não conhecimento do recurso, sob o argumento de que a impugnação manifestada pelo agravante sequer deveria ter sido analisada, por falta de documentos necessários para comprovar que a conta bloqueada é impenhorável, apresentados posteriormente. No mais, sustenta que o montante bloqueado teria perdido seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.

É o relatório.

De início, tem-se por insubsistente a preliminar suscitada, porquanto a questão atinente à impenhorabilidade é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida a qualquer tempo ou fase do processo, enquanto não houver pronunciamento judicial acerca do tema.

Quanto à questão de fundo, respeitado o entendimento contrário, razão assiste ao agravante, porquanto incide na espécie o instituto da impenhorabilidade.

Depreende-se dos autos que foi bloqueado quantia mantida pelo executado, ora agravante, na conta corrente em que recebe seu salário.

Pois bem, a espécie retrata hipótese de numerário protegido pela regra da impenhorabilidade, mesmo porque não se vislumbra presente qualquer elemento a justificar excepcionalidade à regra prevista no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, que comporta interpretação restritiva, conforme entendimento que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS VENCIMENTOS E PROVENTOS DE APOSENTADORIA. 1. Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Detran-DF (fl. 10, e-STJ) e o executado, ora recorrente, é servidor público federal aposentado do cargo de telefonista do Ministério da

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

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. CONTRATO LOCATÍCIO. FIANÇA. PENHORA DE SALÁRIOS EM CONTA CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. TESE DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. 2. RECURSO IMPROVIDO. 1. De rigor, na espécie, a incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Casa, pois a conclusão alcançada pelo Tribunal a quo vai ao encontro da compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a impenhorabilidade absoluta do salário, prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, somente é excepcionada quando se tratar de contratos bancários com pactuação expressa acerca do desconto por consignação, de até 30% (trinta por cento) da remuneração, e da cobrança de verbas de caráter alimentar, não alcançando o inadimplemento decorrente de relação locatícia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 677476, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/05/2015).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar a liberação do valor bloqueado na referida conta bancária.

## **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

**(Voto nº 7452)**

**Ementa: Preliminar suscitada pela agravada - Questionamento sobre a juntada de documentos posterior à impugnação ofertada pelo agravante, que sequer foi objeto da r. decisão agravada - não conhecimento.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança - Fase de cumprimento de sentença - Decisão que indefere o pedido formulado pelo executado de levantamento da penhora de valor encontrado em sua conta corrente - O bloqueio do valor ocorreu em conta de aplicação financeira - Perda da natureza salarial - Possibilidade de bloqueio e penhora - Decisão mantida - Recurso não provido.**

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da ação de cobrança e ora em fase de cumprimento de sentença que a agravada move em face do agravante, indeferiu o pedido formulado pelo executado de levantamento da penhora de valor encontrado em sua conta corrente.

Sustenta o agravante, em síntese, que o montante penhorado de sua conta corrente é de natureza salarial, sendo, por isso, impenhorável à luz do art. 833, IV, do NCPC.

Negado o efeito suspensivo ao recurso (fls. 336/337), que é tempestivo e foi respondido, com preliminar de não conhecimento por falta de juntada de documentos necessários (fls. 339/344).

É o relatório.

Não conheço da preliminar suscitada pela agravada, na medida em que se questiona a juntada de documentos posterior à impugnação ofertada pelo agravante, que sequer foi objeto da r. decisão agravada, não se vislumbrando, ainda, qualquer prejuízo àquela.

No mais, insurge-se o agravante contra a decisão que, nos autos da ação de cobrança e ora em fase de cumprimento de sentença que lhe foi movida pela agravada, indeferiu o pedido por ele (executado) formulado de levantamento da penhora de valor encontrado em sua conta corrente, ao fundamento de que:

*“Vistos. A análise dos documentos de fls. 139/147 revela que houve penhora de saldo bloqueado em conta em que depositado o salário do devedor, mas que constitui valor que excedeu das despesas ordinárias e se converteu em patrimônio, mesmo porque há outros avisos de crédito em sobredita conta, inclusive advindas de rentabilidade de aplicações. Neste contexto, tem aplicação o entendimento segundo o qual ‘o crédito*

*acumulado em estabelecimento bancário não pode ser protegido com o privilégio da impenhorabilidade, na medida em que, representando sobre do valor indispensável para o sustento próprio do impetrante e dos familiares, perde o caráter alimentar que a lei visou proteger' (Mandado de Segurança nº 212.404-5/3, Primeira Câmara de Direito Público do TJ-SP, Rel. Des. Demóstenes Braga). Enfim, foi penhorado saldo disponível em conta-corrente do devedor; tanto assim que o valor encontrado na conta supera o valor do salário mensal do executado. Tal penhora é perfeitamente possível, porque, 'a partir do momento que entram na esfera de disponibilidade do funcionário, muitas das vezes em conta-corrente bancária, transformando-se em dinheiro, coisa fungível, poderão ser penhorados, eis que os saldos de conta-corrente e importâncias em dinheiro são suscetíveis de penhora', como ensina JOÃO ROBERTO PARIZATO, na obra 'Da penhora e da impenhorabilidade de bens', LED Editora, 1998, p. 24."*

Irretocável a fundamentação do decidido.

Com efeito, dispõe o art. 833, IV, do NCPC que são impenhoráveis os ganhos salariais.

E na hipótese dos autos, o agravante teve penhorado de sua conta corrente o valor de R\$ 392,70, junto ao Banco Itaú S/A (fls. 145).

No entanto, vê-se pelos extratos bancários que mencionada conta possui diversas movimentações e o bloqueio do valor ocorreu em conta de aplicação financeira (fls. 137/145), obstando enquadramento do valor em verba salarial.

Neste contexto, correta a decisão agravada ao manter a constrição por entender que o saldo bloqueado constituiu valor que excedeu as despesas ordinárias, perdendo, assim, o caráter de impenhorabilidade.

Pelo exposto, *NEGA-SE PROVIMENTO* ao recurso.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Desembargador,  
Relator sorteado vencido

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2123800-41.2017.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que são agravantes CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS, FABIÓLA DUARTE DA COSTA AZNAR, HUDSON JORGE CARDIA e SILVA DOS SANTOS E AZNAR SOCIEDADE DE ADVOGADOS, são agravados APOEMA CONSTRUTORA LTDA. e NELSON NEME.

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.324)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO DE PENHORAS SOBRE CRÉDITO OBJETO DE SOMA EM DINHEIRO RESULTANTE DE CONDENÇÃO A INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS COM QUE FOI CONTEMPLADA A DEVEDORA COMUM.**

**Ex-advogado de um dos habilitantes que, por tido o mandato cassado, busca por força do estatuto da advocacia receber a soma em dinheiro correspondente aos seus honorários de advogado contratados por escrito.**

**Orientação jurisprudencial no sentido de constituir cláusula desproporcional a que prevê a obrigação de pagamento integral dos honorários de advogado quando o mandato é cassado antes do encerramento da prestação dos serviços. Hipótese que exige que as partes definam em ação autônoma o alcance da obrigação de cada qual.**

**Hipótese em discussão que permite apenas a separação de numerário para garantir a paga, como decidido em primeiro grau.**

**RECURSO IMPROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por terceiro, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de condenação a indenização por danos reportada a contrato bancário.

O agravante é habilitante ao crédito objeto da condenação nos aludidos autos, habilitação essa em razão de concurso de penhoras entre vários credores

que rateiam entre si o produto da indenização por danos materiais outorgada em favor da devedora comum.

O agravante atuou como advogado em favor de um desses habilitantes, Nelson Neme, e por ter tido o mandato cassado, buscou habilitar o crédito resultante da contratação dos serviços advocatícios.

Daí pretender o levantamento da soma em dinheiro correspondente ao seu crédito, e vem buscar o reexame da negativa por meio do recurso que ora se examina.

Diz esse agravante ser inquestionável seu crédito, dado seu caráter alimentar, e, ademais, não há o que se questionar ainda acerca do crédito da devedora comum e contemplada com a indenização por danos materiais, já que a decisão que definiu o mérito transitou em julgado.

Anota que a questão pendente de recurso perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça é apenas sobre se é cabível ou não a multa pelo retardo no cumprimento da sentença, ou seja, se foi tempestivo ou não o pagamento espontâneo da condenação, porém não mais sendo discutido o direito certificado pela decisão de primeiro grau, já sob o trânsito em julgado.

Acrescenta o agravante ao cabo que seu ex-cliente goza de prelação de penhora, por acordo imutável entre os concorrentes ao crédito, de modo que é irrefutável o direito ao imediato levantamento da soma que lhe cabe, pleito esse não acolhido em primeiro grau.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

O agravante atuou em favor de um dos habilitantes, este Nelson Neme, habilitação essa no crédito composto da indenização objeto da ação de indenização por danos materiais com que foi contemplada a devedora comum.

Cabe a lembrança de que houve concurso de penhoras entre os credores de referida devedora, entre os quais figurando o ex-cliente do agravante, com prelação estabelecida entre os concorrentes.

Ocorreu também a celebração de contrato de prestação de serviços por escrito entre o agravante e seu constituinte, tendo este, porém, como destinatário desses serviços, cassado a procuração. Daí se julgar aquele com o direito líquido e certo de concorrer no concurso de penhoras e assim obter, desde logo, o levantamento da parte no rateio do numerário que lhe cabe.

Se é inequívoco o direito do agravante de concorrer no crédito relativamente ao quinhão de seu constituinte, como decidido em primeiro grau, porém nem por isso está autorizado a ser contemplado desde logo com o pretendido levantamento de dinheiro.

Ainda que possa ser certo que o instrumento de contrato de prestação de

serviços deva ser visto como apto a exprimir obrigação líquida e certa, e até que tenha seu objeto caráter alimentar, porém não é menos certo que a jurisprudência tem se orientado no sentido de que, em caso de cassação de mandato sem que os serviços tenham sido levados a cabo na sua inteireza, devem os contendores discutir em ação própria o alcance da obrigação de cada qual, sem que poder aplicar o estatuto da advocacia incondicionalmente.

Assim é entendido por considerar como desproporcional a cláusula que dispõe sobre a exigibilidade por inteiro da paga de honorários de advogado, se houve a interrupção da prestação de serviços, sem importar a qual parte coube a iniciativa (REsp 1.632.766-SP).

De qualquer modo, não teria acolhida a pretensão ao levantamento de dinheiro, porque, apesar já estar em definitivo definido o concurso de penhoras no que toca ao quinhão de cada de concorrente, porém ainda não foi autorizado o pagamento a quem quer que seja desses concorrentes, pois a parte condenada a indenizar por danos materiais ainda resiste, sob a alegação de pendência de recurso especial que pode fulminar o processo em razão de sua flagrante nulidade.

Assim, o que cabe fazer por ora é apenas admitir o agravante como concorrente no concurso de penhoras em causa com limitação ao quinhão de seu ex-constituente, como decidido em primeiro grau, de sorte que por força disso somente haverá a separação de numerário em caso de virem os concorrentes a ser pagos.

Com isso, por ora, apenas fica garantido o crédito do agravante, e somente após solucionada eventual divergência entre este e seu constituente estará o juízo legitimamente autorizado a pagar pelos serviços prestados.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2075171-36.2017.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é agravante ROSELAINE DE FÁTIMA TREVISAN, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31359)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE

VERGUEIRO (Presidente) e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento - tutela de urgência - art. 300 do Código de Processo Civil - probabilidade do direito presente - perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo não caracterizados - tutela de urgência indeferida - decisão mantida - agravo improvido.**

## VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação indenizatória de danos morais, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

É o **RELATÓRIO**.

Inicialmente, destaque-se que, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito, bem como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Na espécie, a agravante alega desconhecer o valor do contrato apontado junto ao órgão de proteção ao crédito, sendo certo que, tratando-se de fato negativo, não há que se exigir, “a priori”, a produção de provas (art. 373, §1º da lei de rito).

Assim, até que sobrevenha aos autos prova da contratação que deu origem ao débito indicado, é de se considerar que a probabilidade do direito encontra-se, por ora, evidenciada.

Quanto ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, bem observou o MM. Juízo “a quo” que **“já decorreu prazo superior a três anos desde a data da inserção de seu nome no cadastro negativo, não se vislumbra nenhuma urgência na baixa do cadastro já que ao longo desse tempo não lhe causou qualquer prejuízo ou constrangimento”** (fls. 22).

Nem mesmo a alegação no sentido de que teve conhecimento do apontamento ao realizar um crediário é suficiente para infirmar a conclusão a que chegou o MM. Juízo “a quo”, uma vez que há outros débitos lançados em seu nome (fls. 24), de sorte que a baixa exclusiva do importe aqui em análise não será suficiente para evitar as restrições decorrentes da negativação do nome da agravante.

Nesse trilha, ausente o requisito legal, tem-se que o pedido de tutela de



urgência foi acertadamente indeferido.

Destarte, é de rigor a não acolhida das razões recursais, mantendo-se a r. decisão guerreada que bem apreciou a matéria de fato e de direito posta à deliberação.

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2137958-04.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PESQUEIRA MAGUARY LTDA., é agravado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20988)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

COELHO MENDES, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO QUE SEQUER ESTA GARANTIDA, O QUE ERA IMPRESCINDÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 919, § 1º DO CPC. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

**Vistos.**

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, digitalizada às fls. 38, que recebeu os embargos à execução, sem atribuição de efeito suspensivo.

A agravante sustenta, em síntese, a presença dos requisitos necessários ao efeito suspensivo pretendido, uma vez que reconhecido no agravo de instrumento

nº 2089039-81.2017.8.26.0000, sua carência de recursos financeiros, o que justificou o diferimento das custas e, portanto, também, se justifica a suspensão da execução, tendo em vista os prejuízos decorrentes.

Aduz que se trata de execução ajuizada com fundamento em títulos sem liquidez, com a apresentação de uma planilha inapta a esclarecer o débito alegado, em montante (R\$ 4.880.937,48) vultuoso, destoante da realidade e abusivo, capaz de gerar grave dano de impossível reparação posterior.

Observa a presença de omissão do agravado, no tocante à liquidação do débito executado, pois pactuado em moeda estrangeira, cuja conversão deveria considerar os índices da data do cumprimento da obrigação e não do ajuizamento da ação, conforme entendimento jurisprudencial.

Pleiteia o provimento.

Recurso processado sem deferimento de liminar e não respondido.

### **É o relatório.**

O artigo 919, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, prevê a possibilidade de atribuição de “efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

Este dispositivo tem redação semelhante ao artigo 739-A do Código de Processo Civil de 1973, que exigia, além da relevância da fundamentação e do risco de dano de difícil ou incerta reparação, a garantia da execução por penhora, depósito ou caução suficientes.

Vale mencionar:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS - IMPOSSIBILIDADE - EXECUÇÃO NÃO GARANTIDA POR PENHORA, DEPÓSITO OU CAUÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PODERÁ CAUSAR AOS DEVEDORES DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO - com o advento da Lei nº 11.382/2006, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do executado tornou-se medida excepcional que demanda cumulativamente a presença dos requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC - a ausência de qualquer deles acarreta o recebimento dos embargos sem suspensão do processo executivo - execução não garantida - instituição financeira agravada com porte econômico suficiente para ressarcir eventual dano, se necessário - possibilidade de expropriação de bens que não constitui elemento suficiente para caracterizar o risco de dano grave - ajuizamento de ação cognitiva relativa ao débito que também não tem o condão de suspender a execução - inteligência do art. 585, § 1º do CPC - agravo desprovido.”*

(Agravamento de Instrumento nº 2061358-44.2014.8.26.0000, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 15/09/2014, grifo nosso).

No caso concreto, conforme consignado no despacho inicial deste recurso, a execução não está garantida, o que, conseqüentemente, inviabiliza o deferimento do efeito suspensivo pretendido, tendo em vista o disposto no mencionado artigo 919, § 1º, que considera imprescindível que a execução esteja suficientemente garantida.

Posto isto, pelo meu voto, afastada a preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2177533-19.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado BANCO NACIONAL 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 27.901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

CAUDURO PADIN, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Honorários advocatícios. Crédito de natureza alimentar. Equiparação a crédito trabalhista. Preferência em face do crédito tributário. Decisão mantida. Recurso improvido.**

## VOTO

### Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de fls. 15/16, que, em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, reconheceu, após a expropriação de imóvel, a preferência da verba honorária sobre o crédito tributário. Opostos embargos de declaração (fls. 84/86), estes foram rejeitados (fls.18).

Recorre o Município de São Paulo (fls. 01/06).

Sustenta que os créditos tributários sub-rogam-se no preço do imóvel; que, nos termos do art. 186 do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho; que, “*uma vez arrematado o imóvel em questão, havendo crédito tributário e de honorários nos autos, a preferência deverá ser dada ao Município*” (fls. 06). Requer a reforma da decisão.

Dispensado o preparo.

Sem pleito liminar (fls. 117).

O recurso foi regularmente processado, com resposta às fls. 120/122.

### **É o relatório.**

A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido da equiparação do crédito resultante de honorários advocatícios ao trabalhista para fins de reconhecimento de preferência ao crédito tributário.

Confira-se:

*“TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO FISCAL. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART.24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NO JULGAMENTO NO SEDCL NOS ERESP 1.351.256/PR. 1. Os créditos resultantes de honorários advocatícios ostentam natureza alimentar e detêm privilégio geral em concurso de credores, equiparando-se ao crédito trabalhista, mesmo em sede de execução fiscal. Observância do entendimento firmado pela Corte Especial no julgamento dos **EDcl nos EREsp 1.351.256/PR** (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 20/03/2015). 2. Considerando-se aplicável à espécie o disposto no art. 186 do CTN, no sentido de que ‘o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho’, impõe-se o reconhecimento da preferência do crédito decorrente de honorários advocatícios em face dos créditos tributários. 3. Recurso especial a que se dá provimento.”* (REsp nº 1.133.530/SC, rel. Min. SÉRGIO KUKINA, 1ª Turma, j. 16.06.2015, DJe 25.06.2015, destaques)

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI 8.906/94. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NO*

*JULGAMENTO DOS EDCL NOS ERESP 1.351.256/PR. 1. A Corte Especial adotou o novel entendimento de que os honorários advocatícios ostentam natureza alimentar e detêm privilégio geral em concurso de credores, equiparando-se ao crédito trabalhista, mesmo em se tratando de Execução Fiscal. Precedente: EDcl nos EResp 1.351.256/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 4.3.2015, DJe 20.3.2015. 2. Recurso Especial provido.*” (REsp nº 1.673.940/RS, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, j.26.09.2017, DJe 11.10.2017, destaquei)

A propósito:

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCURSO DE CREDITORES. EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. MATÉRIA JULGADA SOB REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESPN. 1.152.218/RS). ART. 83, INCISO I, DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 711 DO CPC. MATÉRIAS NÃO DEVOLVIDAS AO STJ. 1. A controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal. No julgamento dos embargos de divergência, utilizou-se como paradigma o acórdão proferido pela Corte Especial (REsp 1152218/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2014, DJe 9/10/2014), em que se pacificou o entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Tal posicionamento pode ser aplicado ao presente caso em que se discute sobre o concurso de credores em sede de Execução Fiscal, uma vez que, conforme consignado no acórdão paradigma, ‘embora a controvérsia tenha se instalado no âmbito de falência regida ainda pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945, o entendimento eventualmente adotado é transcendente’.[...]”(EDcl nos EResp nº 1.351.256/PR, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Corte Especial, j.04.03.2015, DJe 20.03.2015, destaquei)*

Na mesma linha, a jurisprudência deste Tribunal:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O PAGAMENTO DOS CREDITORES OBSERVANDO A ORDEM DE PREFERÊNCIA NELA ESTABELECIDADA. VERBA ADVOCATÍCIA. NATUREZA ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS JÁ RECONHECIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA SOBRE*

QUALQUER OUTRO, INCLUSIVE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO COM ESSE FIM. A remuneração do advogado pelo serviço jurídico prestado tem caráter alimentar; seja sucumbencial, seja contratual, conforme iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ). No julgamento do REsp 1.152.218-RS, que seguiu o rito dos recursos repetitivos (art. 543- C, do Código de Processo Civil), ficou decidido que os honorários advocatícios são créditos de natureza alimentar, equiparados a créditos trabalhistas. Referido entendimento deve ser aplicável analogicamente ao caso em questão. O Supremo Tribunal Federal, aliás, editou da Súmula Vinculante nº 47, reconhecendo a natureza alimentar dos honorários advocatícios. Se aos honorários advocatícios é atribuída a natureza de crédito trabalhista, preferirá a qualquer outro, inclusive ao crédito tributário conforme disposição contida no art. 186 do Código Tributário Nacional” (Agravo de Instrumento nº 2210057-40.2015.8.26.0000, Rel. Des. ADILSON DE ARAÚJO, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 24.11.2015, destaquei)

“AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONCURSO DE CRÉDITOS. ORDEM DE ENTREGA DE DINHEIRO OBTIDO PELA ARREMATÇÃO DE BEM IMÓVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSICIONAMENTO TRIBUNAIS SUPERIORES. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. PREFERÊNCIA DE PAGAMENTO AO CRÉDITO DE NATUREZA REAL. Em julgamento recente prolatado no REsp 1152218/RS, em sede de recurso repetitivo, foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que os honorários advocatícios são créditos de natureza alimentar e equiparados a créditos trabalhistas. Em que pese o processo originário do presente recurso consistirem processo de execução de título extrajudicial (e não um processo falimentar como o do REsp 1152218/RS), a interpretação lógica indica a necessidade de ser conferido aos honorários advocatícios o tratamento atribuído ao crédito trabalhista. Feita a ponderação inicial, a solução do caso concreto decorre da interpretação do artigo 186 do Código Tributário Nacional: a preferência do crédito trabalhista sobre qualquer outro.” (Agravo de Instrumento nº 2019066-10.2015.8.26.0000, Rel. Des. SANDRA GALHARDO ESTEVES, 12ª Câmara de Direito Privado, j.11.08.2015)

Se aos honorários advocatícios é atribuída a natureza de crédito trabalhista, prefere ao crédito tributário, conforme disposição contida no art. 186, *caput*, do Código Tributário Nacional, *in verbis*: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho” (destaquei).

Nesse contexto, de rigor a manutenção da r. decisão agravada.  
Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2163875-25.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante JEFFERSON HENRIQUE DE MORAES, é agravado LICEU CORAÇÃO DE JESUS.

**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 24331)**

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

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

MARINO NETO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE DINHEIRO POR MEIO ELETRÔNICO - COMISSÕES DE VENDAS - Cumprimento de sentença - Bloqueio judicial sobre valores depositados em conta corrente referentes a remuneração de trabalhador autônomo - Inteligência do art. 833, inciso IV, do CPC - Não caracterização - Pessoa jurídica que remunera outra empresa a qual tem como proprietário o agravante recebedor das quantias em sua conta corrente - Não caracterizado pagamento de dinheiro a título de comissões de vendas - Decisão mantida. Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos do cumprimento de sentença da ação monitória ajuizada por Liceu Coração de Jesus em face de Jefferson Henrique de Moraes, não acolheu a alegação de impenhorabilidade dos valores constritos.

O agravante alega ser vendedor de veículo automotor e que sua conta corrente é utilizada para o depósito de comissões tidas como remuneração pelos



serviços de venda e corretagem de automóveis, ganhos de trabalhador autônomo que seriam impenhoráveis nos termos do artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Afirma que o bloqueio lhe causará danos de difícil reparação, pois o impossibilitará de honrar seus gastos básicos de subsistência.

Salientou que os recibos têm como recebedor JHM Corretora, pois é micro empreendedor individual, sendo suas as iniciais JHM Corretora - Jefferson Henrique Moraes.

Destacou a impenhorabilidade das verbas do trabalhador autônomo, e postulou o desbloqueio dos valores, com sua respectiva devolução.

O recurso foi bem processado. Dispensada a contraminuta.

Inobstante, o agravado se manifestou a fls. 37/39 requerendo o não provimento do recurso, mantendo-se na íntegra a decisão agravada.

### **É o relatório.**

Para demonstrar a natureza salarial das verbas constritas, o recorrente apresentou os documentos de fls. 22/25 (dos autos originais), que seriam recibos de pagamento da empresa Fortunato e Ruiz Comércio de Veículos devidos a empresa JHM Corretora de Automóveis, a título de “repasso de valor pelo financiamento” - comissões de venda. Já os extratos bancários de fls. 25/32 (deste recurso) demonstram a realização de transferências para a conta corrente do agravante ao longo do mês de maio e junho de 2017. Porém, no dia 19/07/2017 foi realizado o bloqueio judicial no total de R\$ 6.860,16 (fls. 31), deixando a conta com saldo negativo.

O artigo 833 do Código de Processo Civil determina que são impenhoráveis: *“IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º”*.

Na espécie, o banco apresentou impugnação específica aos documentos acostados pelo agravante, refutando veementemente a razão pela qual o agravante deixou de trazer aos autos seu imposto de renda ou os extratos bancários da empresa aqui envolvida que é de sua propriedade.

Percebe-se dos autos que o executado presta serviços a outra empresa, por meio de pessoa jurídica, mas recebe sua remuneração por meio de depósito na sua conta corrente pessoal onde ocorreu a penhora de valores, conforme narra em suas razões de recurso.

Ocorre que, ainda que se considerem as alegações do agravante, não se pode presumir que os valores depositados pela empresa tomadora dos serviços a outra empresa, mesmo que exclusivamente, referem-se a verba de natureza alimentar do agravante.



Isso porque está havendo uma confusão entre o faturamento da empresa e o recebimento de remuneração por prestação de serviço autônomo.

Ademais, a transação nos moldes como está sendo feita retira do agravante a pessoalidade dos serviços que diz prestar à terceira empresa.

Dessa forma, incabível se mostra a alegação de que os valores depositados na conta corrente do agravante por serviços prestados entre duas empresas serviria apenas como destinados à subsistência do agravante e de sua família, pois, como visto, teve como receptor empresa da qual o agravante é proprietário.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2134884-39.2017.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que são agravantes JAMILE ABDEL LATIF e ADEMIR MIRANDA, é agravado BL BITTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPEL LTDA. (MASSA FALIDA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13458)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

**Ementa: Habilitação de crédito - Verba honorária - Certidão expedida em favor de sindicato - Habilitação em favor de advogado - Descabimento - Direito do sindicato ao recebimento do crédito - Jurisprudência - Inexistência de prova de cessão de crédito - Recurso desprovido.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Limeira, que, em sede de falência, acolheu pedido de habilitação de crédito retardatário, declarando habilitado, como crédito trabalhista, o importe de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil

reais). Diante da ausência de apresentação de termo de cessão de crédito, não foi habilitado o crédito relativo à verba honorária indicada em certidão expedida em favor do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Papel, Papelão, Cortiça e Artefatos de Limeira e Região (fls. 34/36 e 42).

Os agravantes insistem na habilitação do crédito relativo a honorários advocatícios arbitrados em reclamação trabalhista. Frisam que a advogada agravante, por meio de contrato de prestação de serviços, foi contratada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Papel, Papelão, Cortiça e Artefatos de Limeira e Região, sendo, portanto, “evidente que quaisquer honorários, sejam assistenciais ou sucumbenciais, pertencem com exclusividade à ADVOGADA/HABILITANTE” (fls. 04). Pretendem reforma.

Não foi pedido efeito suspensivo (fls. 01/06).

Foi determinado o processamento do recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 44/45).

Não houve apresentação de contraminuta, nem oposição ao julgamento virtual (fls. 48).

Foi colhido parecer ministerial (fls. 51/55).

É o relatório.

A decisão recorrida indeferiu a habilitação de crédito referente a honorários advocatícios em favor da advogada agravante, uma vez que a certidão expedida na Justiça do Trabalho indica ser a titularidade de crédito do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Papel, Papelão, Cortiça, Artefatos e Afins de Limeira e Região.

Os agravantes insistem que os honorários advocatícios devem ser habilitados, como créditos de natureza alimentar, em nome da advogada contratada pelo referido sindicato.

O recurso, porém, não comporta provimento.

De acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 5.584/70, a entidade sindical é a titular dos honorários advocatícios originários de reclamação trabalhista: “Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

Nesse sentido, é a jurisprudência citada no parecer ministerial:

“RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ASSISTENCIAIS. EXTENSÃO AO SINDICATO SUBSTITUTO PROCESSUAL. SÚMULA 219/III/TST. No Direito Processual do Trabalho, a percepção de honorários advocatícios não decorre da mera sucumbência, mas da demonstrada insuficiência financeira e da necessária assistência de entidade sindical. Nada obstante, no caso de ação trabalhista em que o sindicato atua como substituto

processual, compreende-se que ambos os requisitos se encontram atendidos, seja porque a substituição configura um plus perante a simples assistência sindical, seja pela circunstância de a hipossuficiência ser presumida nessas situações. Nesse sentido, esta Corte superior consolidou na Súmula 219, III/TST (aprovada pelo Pleno, na sessão do dia 24/05/2011) a compreensão de que é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em processo trabalhista no qual o sindicato atuou na qualidade de substituto processual. No presente caso, portanto, o sindicato tem direito ao pagamento de honorários advocatícios, incidindo a parcela classicamente adotada pela ordem jurídica (Lei 5.584/70; Súmula 219/TST). Recurso de revista conhecido e provido.” (TST - 6ª Turma, RR 300-72.2009.5.03.0022, Relator Mauricio Godinho Delgado, j. 21/09/2011, DEJT 30/09/2011).

A regra legal referida ostenta caráter especial e não pode ser suplantada pelas regras gerais invocadas pelos recorrentes, de maneira que tendo a entidade sindical atuado a partir de legitimidade extraordinária, como substituto processual, a titularidade do crédito correspondente à verba honorária sucumbencial estabelecida em demanda julgada na Justiça do Trabalho lhe é atribuída.

Na espécie, então, conforme a certidão apresentada, os honorários foram, correta e regularmente, fixados em prol do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Papel, Papelão, Cortiça e Artefatos de Limeira e Região (fls. 11/12), não havendo prova de que houve uma cessão de crédito, em particular com o atendimento dos requisitos previstos nos artigos 286 e 290 do Código Civil de 2002, o que inviabiliza o pleito dos recorrentes.

As cláusulas inseridas no contrato de prestação de serviços celebrado entre o agravante e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Papel, Papelão, Cortiça e Artefatos de Limeira e Região (em especial, a Cláusula 2ª) não ostentam, inclusive, eficácia suficiente para possibilitar a habilitação pretendida. A remuneração devida ao advogado há de ser arcada pelo sindicato contratante, mediante repasse se fosse o caso, mas o crédito em relevo permanece de titularidade desta mesma entidade sindical, que é a credora efetiva.

Tudo somado, nenhum reparo merece a decisão recorrida.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140543-29.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes

MARCOS FERREIRA DA SILVA e MARIA AUGUSTA FERREIRA DO VALLE, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

**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 28097)**

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

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - Execução em Cumprimento de Sentença - Ação Civil Pública - Caderneta de Poupança - Expurgos Inflacionários. Suspensão do trâmite do processo - Controvérsia submetida ao regime de Recursos Repetitivos - Artigo 1.037, II, do CPC (art. 543-C, do CPC/73) - REsp n. 1438263/SP - Tema 0947 e 0948 - TJ/SP (RITJ/SP artigo 257) – “a legitimidade ativa de não associado para a liquidação/execução da sentença coletiva” - Dever de observância - Natureza administrativa e vinculante da decisão superior - Artigo 1.037, II e § 7º do CPC - Suspensão do trâmite do processo *ex officio* - Peculiaridade do caso - Questão superada - Sentença já proferida e recurso ordinário já julgado. Recurso provido.**

## VOTO

Vistos,

Cuida-se de Agravo de Instrumento tirado contra a decisão judicial que em sede de Execução em Cumprimento de Sentença - Ação Civil Pública - Caderneta de Poupança - Expurgos Inflacionários - determinou a suspensão do feito, buscando o recorrente a reversão do julgado, por entender ser indevida a suspensão determinada, tendo em vista o trânsito em julgado do feito.

É o relatório.

Com razão o reclamo.

Em relação à possibilidade de suspensão do trâmite do processo, é fato que nos termos da decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Privado do

TJ/SP em 9/2/2017, nos autos do REsp nº 2194358-09.2015.8.26.0000, pela qual foi admitido o recurso especial interposto pelo Banco Bradesco BERJ S/A pelo artigo 105, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, como representativo da controvérsia, nos termos dos artigos 1.030, incisos IV e V, alínea ‘b’ e 1.036, § 1º, do CPC, determinou-se aos Órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário do Estado de São Paulo a suspensão do trâmite dos processos que versem sobre as questões de direito objeto deste recurso especial, conforme artigo 257 do RITJ/SP.

Como afirmado na r. decisão: *“Inicialmente ressalte-se que, conforme explanado em decisão anterior que julgou prejudicado o agravo interno apresentado pela parte recorrida, o egrégio Superior Tribunal de Justiça exarou decisão monocrática no REsp 1438263/SP, publicada em 15/12/2016, limitando o alcance da afetação da questão referente à legitimidade ativa de não associado para a propositura de ação de execução de sentença coletiva, objeto dos recursos repetitivos nº 1438263 (ação civil pública movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor contra o Banco Nossa Caixa S/A., sucedido pelo Banco do Brasil S/A) e nºs 1362022/SP e 1361799/SP (ação civil pública movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor contra o Banco Bamerindus S/A), às demandas idênticas, afastando a incidência dos temas 0947 e 0948 ao caso em apreço.*

*Contudo, dentre as questões de direito abordadas no recurso, destaca-se a alegação de ilegitimidade ativa de não associado para a liquidação da sentença proferida na ação civil pública nº 0808240-83.1993.8.26.0100, movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor contra o banco Mercantil S/A. Assim, competindo ao egrégio Superior Tribunal de Justiça aferir a eventual ocorrência de violação a artigo de lei federal, é recomendável a abertura de instância especial para que sobrevenha o julgamento da questão de direito ora arguida”.*

Por decorrência, comunicou a Presidência da Seção de Direito Privado do TJ/SP, aos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, acerca da suspensão do trâmite dos processos que versem sobre referida questão, até julgamento do recurso afetado e edição da tese firmada, observado o disposto no artigo 1.037, § 7º do CPC e a natureza administrativa e vinculante dessas r. decisões, conforme a regra do artigo 1.037, II, do CPC (STJ) e 1.036 § 1º do CPC, c.c. artigo 257 do RITJ/SP (TJ/SP).

No entanto, no caso, a peculiaridade que se observa é já haver sido superada a referida questão, tendo em vista já ter sido proferida a sentença e já ter sido julgado o recurso ordinário, não havendo que se falar mais em suspensão do trâmite do processo, posto que exaurida a tutela jurisdicional.

Daí e por isso, considerando a limitação de alcance da r. decisão

administrativa referida, uma vez que para o fim de suspensão de recursos que versem a mesma controvérsia (Resolução STJ n. 8, de 8.5.2008, art. 2º, § 2º) a comunicação da suspensão esclareceu que: *‘a suspensão abrange todos os processos que se encontrem em fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, nos quais a questão acima destacada tenham surgido e ainda não tenham recebido solução definitiva’*, não se justificando a r. suspensão.

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2192288-48.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL MORADA DO SOL - CONJUNTO HABITACIONAL RIBEIRÃO PRETO, é agravado MARCELO APARECIDO DA CRUZ.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.520)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente) e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

**Ementa: GRATUIDADE JUDICIAL. PLEITO FORMULADO POR CONDOMÍNIO. TRATAMENTO EQUIVALENTE À PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE DESFRUTAR DO BENEFÍCIO, DESDE QUE PRODUZA PROVA DA IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE NA HIPÓTESE, A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA. AGRAVO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. O benefício da gratuidade, estabelecido para assegurar a todos o efetivo acesso à atuação jurisdicional, não é restrito às pessoas físicas; o condomínio, que se equipara à pessoa jurídica, tem a**

**possibilidade de desfrutá-lo mediante a comprovação de sua situação de impossibilidade de atender às despesas do processo. No caso, a documentação apresentada é suficiente para permitir a conclusão de que, no presente momento, essa impossibilidade está caracterizada, o que justifica o deferimento. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de impugnação pela parte contrária.**

## VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por CONDOMÍNIO RESIDENCIAL MORADA DO SOL - CONJUNTO HABITACIONAL RIBEIRÃO PRETO com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em ação de execução de título extrajudicial proposta em face de MARCELO APARECIDO DA CRUZ.

Aduz o agravante que faz jus ao benefício da gratuidade judicial, pois a sua situação financeira não lhe permite arcar com as despesas do processo.

Recurso tempestivo e bem processado.

### **É o relatório.**

2. O benefício da gratuidade não é restrito às pessoas físicas, de modo que também as jurídicas podem desfrutá-lo, desde que atendidos os requisitos legais, e o condomínio naturalmente faz jus ao mesmo tratamento. Essa matéria já se encontra pacificada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consolidado o entendimento de que não existe óbice a que o benefício seja deferido, desde que efetivamente evidenciada a situação de impossibilidade de atender às despesas do processo.

Nesse sentido é o teor da Súmula 481:

*“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.*

Aliás, é o que estabelece o artigo 98, “caput” do Código de Processo Civil de 2015:

*“A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”*

A condição para o deferimento, portanto, é a efetiva comprovação da situação de impossibilidade de atender às despesas do processo sem prejuízo da

própria manutenção, não sendo suficiente a simples declaração.

E fixada essa premissa, impõe-se agora analisar o tema atinente à configuração dos requisitos legais.

Afirma o exequente, para justificar a sua assertiva de falta de condições financeiras, que existe um grande número de condôminos inadimplentes, e por isso vem enfrentando dificuldades.

Os elementos documentais apresentados permitem concluir que o recorrente se encontra em uma situação deficitária, o que, em princípio, autoriza reconhecer a situação, ao menos momentânea, de impossibilidade de atender às despesas do processo.

Por isso, impõe-se acolher o inconformismo para deferir o benefício da gratuidade ao agravante. Há de se ressaltar, no entanto, que fica aberta a possibilidade de a parte contrária, a qualquer tempo, exercer o respectivo direito de impugnação, o que possibilitará a perquirição mais aprofundada a respeito da controvérsia.

3. Em face do exposto, e nesses termos, dou provimento ao recurso, com observação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136245-91.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante FRANCIS LOPES DA SILVA e é agravado RICARDO VIEIRA BASSI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**DERAM POR PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 26 de outubro de 2017.

CELSO PIMENTEL, Relator

**Ementa: Em face do crédito de natureza alimentar do autor e do sugestivo quadro de insolvência do advogado e para que não se frustrasse eventual resultado na demanda, defere-se o pedido de arresto dos honorários contratuais e sucumbenciais do advogado**



## na apontada reclamação trabalhista.

### VOTO

Autor de demanda por indenização material e moral promovida contra advogado agrava da respeitável decisão que lhe indeferiu pedido de arresto de crédito dele em reclamação trabalhista. Insiste na pretensão e argumenta com diversas ações e procedimento de investigação do réu por apropriação de indenização de clientes, com notícia e dilapidação de patrimônio e com o risco de frustração de seu crédito.

Dispensava-se preparo.

Foi indeferido o pedido de tutela e vieram agravo interno e resposta.

É o relatório.

O autor-agravante teria contratado o réu, advogado, para ajuizamento de demanda por diferença do seguro obrigatório - DPVAT (fls. 22/23). Houve acordo (fls. 24/26) e levantamento do montante avençado pelo advogado (fl. 27), que acena com prestação de serviços à “empresa” de “consultoria” (fls. 145/152), à qual repassava crédito dos clientes, como no caso (fls. 106/107).

Há demandas semelhantes contra o réu (fls. 31/53 e 63/96) e contra outro advogado (fls. 173/187), também prestador de serviços à tal “empresa” (fls. 217/225 e 237).

Isso, porém, diz respeito ao mérito.

Interessa por ora, e para não se falar da bisonha versão contida na resposta, que o advogado admite a titularidade dos honorários de sucumbência na reclamação trabalhista mencionada, que teria sido patrocinada em conjunto com o irmão (fls. 58 e 361/363), o que, embora nem de longe seja notório, explica a aparente falta de identidade antes apontada.

Interessa, mais, que há crédito do autor, de natureza alimentar, e que há sugestivo quadro de insolvência do advogado.

Por isso e para que não se frustre eventual resultado na demanda, defere-se o pedido de arresto dos honorários contratuais e sucumbenciais do advogado na referida reclamação trabalhista, expedindo-se ofício em primeiro grau.

Desde já, convém que de tudo, também da tal “empresa” de “consultoria”, tenham conhecimento o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção local, aos quais, para a consideração que merecer, será remetida cópia dos autos originários e dos deste agravo de instrumento.

Pelas razões expostas e com as determinações lançadas, dá-se por prejudicado o agravo interno e se dá provimento ao agravo de instrumento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183898-89.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante FRANCISCO CRUZ, é agravado ADRIANA FESTUCCI (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36652)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e EROS PICELI.

São Paulo, 27 de outubro de 2017.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Interposição contra decisão que admitiu a penhora de saldo de conta poupança excedente a quarenta salários mínimos e deferiu pedido de constrição sobre percentual dos vencimentos do agravante. Bloqueio dos saldos da conta poupança que já observa a impenhorabilidade até o limite de 40 salários mínimos. Inexistência de violação ao artigo 833, X, do Código de Processo Civil/2015. Penhora de vencimentos. Possibilidade não admitida pela lei, expressamente vedada pelo artigo 833, IV, do Código de Processo Civil/2015. Decisão parcialmente reformada. Agravo de Instrumento parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01/12) interposto por Francisco Cruz contra a decisão (fls. 69/70 e 71/73) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto que, nos autos da ação de indenização, ajuizada por Adriana Festucci contra ele, admitiu a penhora de saldo de conta poupança excedente a quarenta salários mínimos e deferiu pedido de penhora sobre percentual dos vencimentos do agravante. Inconformado, sustenta que a quantia bloqueada na conta poupança corresponde a 60,54 salários mínimos, ou seja, R\$ 53.280,64. Diz que apenas metade dessa importância lhe pertence, na

medida em que a conta bancária é conjunta com a sua esposa. Alega que a sua parte, correspondente a R\$ 26.640,32, é inferior a quarenta salários mínimos e, portanto, absolutamente impenhorável. Com base nesses fundamentos, requer seja revogada a ordem de levantamento exarada pelo MM. Juízo, no equivalente a R\$ 26.448,21. Fundamenta que não pode prevalecer, também, a ordem de penhora sobre 10% dos seus vencimentos, porquanto violadora da norma contida no artigo 833, IV, do Código de Processo Civil/2015. Prequestiona a matéria e postula o provimento do agravo, com a conseqüente reforma da decisão.

Agravo processado com atribuição de efeito suspensivo, consoante despacho exarado às fls. 127.

Adriana Festucci apresentou contraminuta, manifestando-se, em síntese, pela manutenção da decisão (fls. 133/139).

É o relatório, no essencial.

O agravante tem razão, porém em parte.

A questão relacionada à penhora dos saldos da caderneta de poupança foi devidamente apreciada pelo MM. Juízo, ao elucidar que o valor que corresponde até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos é considerado como impenhorável, nos termos do que preconiza o artigo 833, X, do Código de Processo Civil/2015.

Note-se, a decisão é expressa, no sentido da liberação apenas parcial dos valores depositados na conta poupança, isto é, daqueles que superam o limite de quarenta salários mínimos.

Com efeito, a questão que se relaciona à parte pertencente à esposa do agravante também já recebeu o devido tratamento, podendo-se ver que foi respeitada a respectiva meação, por meio da ordem de liberação de valores nos embargos de terceiro.

Não obstante, absolutamente adequado considerar que a conta bancária conjunta compõe a unidade familiar, isto é, de tal modo que a quantia nela depositada sirva de parâmetro para a verificação do limite legal impenhorável, enunciado pela lei.

A demanda foi instaurada em 1995, há mais de vinte anos, e não obstante a gravidade dos fatos e as sequelas suportadas pela agravada, lamentavelmente se observa visível conduta do agravante, procurando esquivar-se do cumprimento da sentença.

A decisão comporta reparo apenas na parte em que é determinada a penhora de vencimentos do agravante, porquanto se trata de possibilidade inadmitida pela lei, expressamente vedada pelo artigo 833, IV, do Código de Processo Civil/2015.

Em razão dessa disposição, não se vislumbra possível a realização de penhora sobre os valores líquidos recebidos do Comando do Exército, ainda que

em parte, no equivalente a 10%.

A respeito do caráter absoluto da impenhorabilidade, já se manifestou a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: (...) *Execução - Impenhorabilidade do salário - Exegese do artigo 649, IV do Código de Processo Civil - Recurso não provido* (...) (Agravo de instrumento nº 1.134.316-0/8, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 28/11/07, v.u.).

*Execução de título extrajudicial. Bloqueio de verba de natureza salarial. Impossibilidade. Caráter alimentar. Princípio da dignidade da pessoa humana. Impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV, do CPC. Recurso provido.* (Agravo de instrumento nº 0223681- 98.2012.8.26.0000, rel. Des. Hamid Bdine, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 18/03/2013, v.u.).

As únicas hipóteses que impossibilitam a oposição da impenhorabilidade são: *à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição e à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, bem como às importâncias excedentes a 50 salários-mínimos mensais*, constantes, respectivamente, dos parágrafos 1º e 2º do artigo citado, situações estas que não se enquadram no presente caso.

Ainda que se considere crédito alimentar a verba executada, a sua natureza não pode ser confundida com a prestação alimentícia, que é mencionada em referido artigo.

Nesse sentido, vejamos o que já decidiu esta Corte: *Execução - Cobrança de honorários advocatícios - Pleito de penhora de 30% dos vencimentos percebidos pelo devedor diretamente em folha de pagamento - Descabimento - Crédito que não se confunde com a prestação alimentícia propriamente dita a que alude o § 2o, do artigo 649, do CPC - Ausência de expressa autorização legal para que a constrição recaia sobre salário - Impenhorabilidade mantida - Recurso desprovido.* (Agravo de instrumento nº 0117555-63.2008.8.26.0000, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 23.09.2008, v.u.).

Outro não é o posicionamento desta Egrégia 33ª Câmara de Direito Privado: *Mandato - Honorários advocatícios - Execução - Decisão de Primeiro Grau que indeferiu o pedido do agravante de penhora de 30% dos vencimentos da agravada, com fundamento no artigo 649, inciso IV, CPC - Alegação de que a devedora não promoveu o pagamento espontâneo do débito nem foi localizada para citação, impedindo o credor de indicar outros bens à penhora - Irrelevância - Decisão que deve ser mantida, pois não é possível a penhora de proventos de aposentadoria, a qualquer título - Recurso improvido, decisão mantida.* (Agravo de instrumento nº 0211018-54.2011.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Nunes, j. 12/9/11, v.u.).

Destarte, o agravo comporta parcial provimento, reformando-se em parte

a decisão, para revogar a ordem de penhora de 10% do valor líquido recebido pelo agravante junto ao Comando do Exército. Rejeita-se o prequestionamento ante a ausência de afronta a quaisquer dispositivos legais e/ou constitucionais.

Posto isto, dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2175293-57.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravado EDUARDO DE VIVEIROS LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.457)**

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

São Paulo, 30 de outubro de 2017.

ACHILE ALESINA, Relator

**Ementa: TUTELA ANTECIPADA - Concessão em primeiro grau - Atendimento aos requisitos do artigo 300 do CPC - Determinação judicial de estorno de transferência feita a estelionatários - Valor transferido pela internet e bloqueado logo em seguida - Estorno da conta do estelionatário para a conta do autor possível com ordem judicial no mesmo banco - Prestação de serviço que não observa regras de abertura de conta para estelionatários - Determinação de remessa de cópia dos autos principais ao Ministério Público para eventual abertura de Inquérito Policial para investigação de eventual conivência dos prepostos da Instituição Financeira com este tipo de crime - Regras do Banco Central que, ao que parece, não são exigidas para os criminosos, apenas para os cidadãos de bem - Recurso não provido, com determinação.**

## VOTO

É recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 11 (autos subjacentes), que nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, deferiu a antecipação de tutela pleiteada, para determinar o estorno de quantias transferidas à estelionatários, sob pena de multa diária.

Busca o recorrente a reforma da r. decisão hostilizada, alegando que não participou da relação de consumo formada entre a agravada e o estelionatário, bem como não lhe é permitido devolver valores sem a devida autorização do titular da outra conta. Pede a concessão de efeito suspensivo.

Recurso processado, após indeferimento do pedido de efeito suspensivo.

*É o relatório.*

Eis a r. decisão recorrida:

**“Estão presentes os requisitos ensejadores das liminares, ou seja, o fumus boni iuris e o periculum in mora. Assim, tendo em vista a irreversibilidade do dano que poderá advir ao autor, procede o pedido liminar.**

**Presentes, então, os requisitos do art. 294 e seguintes do novo Código de Processo Civil, defiro liminarmente os efeitos da tutela, com o fim de determinar os estornos dos valores da conta do autor, imediatamente, anotando que o golpe descrito na inicial tem sido aplicado indiscriminadamente contra várias pessoas e, caso o valor seja devido a terceiro, certamente o credor terá meios como exigir o legítimo pagamento.**

**A financeira deverá cumprir a ordem no mesmo dia da intimação, devendo o oficial de justiça identificar o gerente responsável pela agência, que receberá a intimação.**

**No mais, deve o autor emendar a inicial, uma vez que o correntista deve ser incluído no polo passivo da ação, cuja identificação deverá ser feita pelo Banco. Com a emenda, os réus serão oportunamente intimados para se defender.**

**A presente decisão servirá como mandado para o cumprimento com urgência.**

**Defiro a gratuidade.”**

A inicial da ação de obrigação de fazer relata golpe efetivado contra o autor agravado que acarretou na transferência, efetuada via internet, da quantia de R\$ 2.980,00 para conta de estelionatários.

A r. decisão supra transcrita concedeu a tutela para que haja o estorno da conta do estelionatário para a conta do autor-agravado, visto que o mesmo, logo após o golpe, entrou em contato com o SAC do Banco e conseguiu bloquear a transferência pelo período de 30 dias.

O mandado expedido às fls. 13, consta que a determinação é a de estorno

do valor que se encontra na conta dos falsários.

Confira-se:

**“Mandado expedido em relação a: BANCO ITAU S/A**

**Endereço(s) a ser(em) diligenciado(s):**

**AVENIDA DAS AMOREIRAS, 3640, agência 5653, Centro - CEP 13050-500,**

**Campinas-SP**

**OBS: O VALOR DE R\$ 2.980,00 ENCAMINHADO A CONTA 88460-4 AGÊNCIA 0288**

**CIDADE E CUIABÁ-MT, DEVERÁ SER ESTORNADO PARA A CONTA 19151- 9**

**AGÊNCIA 5653 DO AUTOR.”**

Portanto, não se está determinando que o Banco proceda ao ressarcimento e sim, que o banco estorne a quantia que foi transferida e bloqueada.

E, como consta na contestação, às fls. 24 dos autos principais, em que pese a conta ter sido encerrada, consta a quantia de R\$ 2.927,22 bloqueada.

Assim, em sede de cognição sumária, verifica-se que há plausibilidade da veracidade dos fatos alegados pela parte autora da demanda conforme demonstra os documentos de fls. 07/10 dos autos subjacentes, pois o comprovante de transferência efetuado pela internet (fl. 09) e o boletim de ocorrências realizado no mesmo dia da transferência (07/08) com a afirmação de que o gerente da conta entrou em contato com o autor logo após a transferência, questionando a legitimidade da operação, e o fato de o autor não ter autorizado a transferência, assim como o *print* da tela de computador juntado em contestação (fls. 24), comprovando o bloqueio do valor, permitem a presunção de veracidade.

Há de deixar-se claro que tudo isso foi feito pelo próprio Banco Itaú S/A, tanto a conta do autor como a conta do estelionatário são do Itaú S/A, ou seja, saque e transferência nas instalações do agravante.

Não pode pois, ser acolhida a alegação do banco de que não participou da relação de consumo ali formada (cf. fl. 04, primeiro parágrafo).

Também impossível o acolhimento das ponderações realizadas no ultimo parágrafo de fls. 03 de que :

**“Caso o réu estorne esse valor diretamente na conta do autor, e ao final, seja provado que o dinheiro já foi sacado pelo possível estelionatário, quem arcará com o prejuízo do banco?”**

Ora, o próprio recorrente, em contestação, apresentou *print* de tela de computador atestando que o valor encontra-se bloqueado!!! (cf. fl. 24 dos autos principais).

Assim, *in casu*, verifica-se que a MM<sup>a</sup>. Juíza “a quo” analisou os requisitos

exigidos pelo art. 300, CPC, quais sejam, “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

E, deve mesmo ser emendada a inicial para que o correntista faça parte do processo, à medida em que o banco tem todos os dados do correntista fraudador.

Ademais, as razões de recurso do agravante, assim como a documentação carreada (boletim de ocorrências, comprovante de operação e extrato bancário), não infirmam o quanto trazido pelo agravado na demanda, fazendo com que não tenha se desincumbido do seu ônus nos termos do art. 373, II, CPC, e que acarrete na revogação da liminar concedida.

Aqui vale uma observação e alerta à instituição financeira agravante.

É no mínimo curioso pensar na atitude da agravante em abrir uma conta corrente à criminosos.

Ora, para os cidadãos de bem a instituição financeira requer para abertura de conta uma infinidade de documentos e impõe tantas regras que até se torna difícil a abertura de conta. Pergunta-se: como esse tipo de criminoso abriu a conta? Não lhe foram exigidos os documentos que determinam as normas do BANCO CENTRAL?

No site do Banco Central (endereço eletrônico constante do texto original) verifica-se que há regras para abertura de conta, confira-se:

#### **“2. O que é necessário para abrir uma conta de depósitos?”**

**A abertura e a manutenção de conta de depósito pressupõem contrato firmado entre as partes - instituição financeira e cliente. O banco não é obrigado a abrir ou manter conta de depósito para o cidadão. A instituição pode estabelecer critérios próprios para abertura de conta de depósito, desde que seguidos os procedimentos previstos na regulamentação. O cidadão, por sua vez, pode escolher a instituição que lhe apresente as condições mais adequadas para firmar tal contrato.**

**Para abertura de conta de depósito, é necessário preencher a ficha-proposta de abertura de conta, que é o contrato firmado entre banco e cliente, e apresentar os seguintes documentos:**

**• no caso de pessoa física:**

**- documento de identificação (Carteira de Identidade, Carteira Nacional de Habilitação, Passaporte, Cédula de Identidade de Estrangeiro, dentre outros);**

**- inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF);**

**- comprovante de residência.**

**• no caso de pessoa jurídica:**

**- documento de constituição da empresa (contrato social e registro na junta comercial);**

**• - documentos que qualifiquem e autorizem os representantes,**



mandatários ou prepostos a movimentar a conta;  
- inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).  
**Além disso, a instituição financeira pode solicitar outros documentos e informações, como dados sobre renda e patrimônio, para pessoas físicas, e faturamento médio mensal referente aos doze meses anteriores, para pessoas jurídicas. Ainda, a instituição pode exigir um depósito mínimo para a abertura da conta**

...

**8. É exigido algum procedimento de segurança pelas instituições financeiras na abertura e no encerramento de conta de depósitos por meio eletrônico?**

**Sim. Para garantir a segurança de todo o processo, os bancos devem adotar procedimentos e controles que permitam confirmar a autenticidade dos documentos eletrônicos e das informações prestadas, bem como a identidade do cliente. Para isso, podem ser utilizadas informações disponíveis em bancos de dados de caráter público ou privado.**

**As tecnologias atuais de segurança da informação permitem que todo o processo seja realizado por meio eletrônico. São exemplos desses meios a autenticação digital certificada, o reconhecimento facial e de voz, a criptografia e o rastreamento pelo endereço IP, entre outros.**

**É permitida, ainda, a utilização de assinatura digital, a ser coletada por meio de dispositivos eletrônicos.”**

Novamente questiona-se: o agravante exigiu tudo isso do criminoso que aplicou o golpe no agravado?

E ainda a instituição financeira recorre dizendo que “não lhe é permitido devolver valores sem a devida autorização do titular da conta, ou determinação judicial” (cf. fl. 04).

Há uma evidência de crime!

E há uma determinação judicial!

Cumpra-se!

Ora, o Judiciário não pode ser conivente com este tipo de atitude. Atitude vergonhosa da instituição financeira que está colaborando com o crime!

Necessária pois as precauções para acabar com este tipo de atitude e responsabilizar pessoas envolvidas.

Assim, determina-se remessa de cópia dos autos principais ao Ministério Público para eventual abertura de Inquérito Policial, para que seja perpetrada investigação junto à agência de Cuiabá-MT, que realizou a abertura de conta à criminosos, no intuito também de apurar a eventual conivência e contribuição dos prepostos do banco à este tipo de crime.

Determina-se ainda, seja enviado cópia ao Banco Central para apuração de eventual falha administrativa do Banco.

Por fim, em relação à alegação de que sobrestamento de multa cominatória, *astreintes*, verifica-se que, apesar da MM<sup>a</sup>. Juíza “a quo” ter determinado o imediato cumprimento da decisão, não impôs qualquer pena de multa à instituição financeira.

Assim e em harmonia com todo o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, com determinação.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2168557-23.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes YEON YI PARK JANG e SUNG CHUL PARK, é agravado DICAP PARTICIPAÇÕES LTDA. ME.

**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 30.121)**

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

São Paulo, 30 de outubro de 2017.

GOMES VARJÃO, Relator

**Ementa: Locação de imóvel. Execução. Penhora de vaga autônoma de garagem, que possui matrícula própria no registro imobiliário. Possibilidade. Recurso improvido.**

### VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em execução de título extrajudicial, rejeitou impugnação à penhora.

Alegam os agravantes que há deficiência na fundamentação da decisão agravada, na medida em que não indicou os motivos pelos quais o caso em comento diverge dos precedentes apresentados pelos recorrentes. Afirmam que, conquanto a vaga da garagem possua matrícula distinta da unidade condominial, trata-se de acessório do imóvel, motivo pelo qual não pode ser objeto de penhora isoladamente. Aduzem que a constrição desvaloriza tanto o imóvel como a vaga,

na medida em que ela não pode ser cedida a pessoas estranhas ao condomínio. Asseveram que a penhora implica carência de liquidez do bem, por perda de sua finalidade, que é a de propiciar local para guarda do veículo daquele que ocupa a residência. Por isso, requerem a concessão de efeito suspensivo, e a reforma da r. decisão agravada.

Recebido o recurso no efeito devolutivo, houve a apresentação de contraminuta (fls. 163/170).

### **É o relatório.**

Cuidam os autos de execução de título executivo extrajudicial, contrato de locação de imóvel. Foi determinada a penhora de vaga de garagem, contra o que os devedores apresentaram impugnação, cuja rejeição deu ensejo à interposição do presente recurso.

De início, cumpre observar que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos e dispositivos legais mencionados pelas partes, bastando consignar as razões que entende suficientes para proferir sua decisão. A propósito, o E. Superior Tribunal de Justiça já expressou o entendimento de que “*o órgão jurisdicional, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio*” (1ª T., AI 169.073-SP, AgRg, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 04.06.1998, DJU 17.08.1998, p. 44).

De outro lado, ainda que o imóvel se tratasse de bem de família, fato é que, nos termos da súmula 449 do E. STJ, “a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Por sua vez, a disposição condominial no sentido de que a vaga não pode ser alienada a pessoas estranhas ao condomínio não é oponível ao credor, além do fato de que, em tese, nada obsta que outro condômino adquira a propriedade.

Desta feita, a rejeição da impugnação era mesmo de rigor.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183434-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante LUIZ CARLOS DIAS, é agravado JURANDIR ROCHA RIBEIRO.

**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 14.354)**

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

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

MOURÃO NETO, Relator

**Ementa: Processual. Ação de cobrança de honorários advocatícios. Fase de cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu pedido de levantamento de penhora que recai sobre os direitos do executado sobre veículo alienado fiduciariamente. Pretensão à reforma. Embora não se olvide que a execução deve ser procedida pelo modo menos gravoso para o devedor, a princípio deve ser realizada no interesse do exequente (princípio do resultado). Oferecimento de crédito representado por precatório que não ostenta liquidez imediata, não se sabendo quando será pago e nem seu valor exato. Ademais, existem outras penhoras que gravam esse crédito, sem informação segura de que será suficiente à satisfação do crédito do exequente. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

### I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Dias contra a decisão reproduzida a fls. 30, proferida na ação de cobrança proposta por Jurandir Rocha Ribeiro, em fase de cumprimento de sentença, que indeferiu o pedido de levantamento da penhora incidente sobre os direitos do ora agravante sobre veículo da marca Honda, modelo Civic LXS, ano 2013/2014, placa FKV 2790, alienado fiduciariamente ao Banco Honda S/A.

As razões recursais postulam a concessão de efeito suspensivo (*sic*) ao agravo e a posterior reforma da decisão, “**para determinar o levantamento da penhora, oficiando os órgãos competentes, determinando o cancelamento de quaisquer restrições judiciais recaídas sobre o bem**” (fls. 1/18).

O recurso foi processado sem a medida de urgência requerida.

O agravado apresentou contraminuta (fls. 38/41), no sentido de que

a penhora deve subsistir, inclusive porque o crédito do agravante, objeto de precatório, não ostenta liquidez imediata e nem se revela suficiente para satisfazer frente a todos os débitos do agravado.

## II - Fundamentação.

### O recurso não comporta provimento.

O agravante postula o levantamento da penhora que recai sobre os direitos que possui sobre o veículo discriminado na petição recursal, aduzindo que ofereceu à penhora crédito representado por precatório, oriundo dos autos do processo n. 0000062-72.1995.8.26.0242 que tramita na Comarca de Igarapava, aguardando liberação deste E. Tribunal de Justiça.

Embora não se olvide que a execução deve ser procedida pelo modo menos gravoso para o devedor, a princípio deve ser realizada no interesse do exequente (princípio do resultado).

O crédito representado por precatório é, sim, penhorável, mas não tem liquidez imediata, até por que não se sabe a data do seu possível pagamento, tampouco seu valor exato.

A penhora de precatório não equivale à penhora em dinheiro, de modo que de nenhum modo não pode ser tida como preferencial, valendo aqui a regra disposta no § 1º do artigo 655 do Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual “*É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”.

Também não demonstrou o agravante que esse crédito representado por precatório é suficiente para pagamento de todos os seus credores, valendo ressaltar que o MM. Juízo *a quo* menciona que existem outras penhora gravadas, devendo ser observado que só o crédito do agravado gira em torno de R\$ 90.397,92 (cf. cálculos apresentados a fls. 42).

Nesse contexto, agiu certo o MM. Juízo *a quo* ao manter a penhora que recai sobre direitos que o agravante possui sobre veículo da marca Honda, modelo Civic LXS, ano 2013/2014, placa FKV 2790, alienado fiduciariamente ao Banco Honda S/A, avaliado em R\$ 45.000,00 (cf. fls. 15).

Evidente que se o valor de avaliação do veículo é inferior ao valor do crédito do exequente, ora agravado, nada impede a penhora sobre o crédito representado por precatório, como reforço e pelo valor remanescente, não configurando excesso de execução.

Fica mantida, pois, a decisão guerreada, não havendo reparo a ser feito.

## III - Conclusão.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2192276-34.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CONJUNTO HABITACIONAL JUSCELINO KUBITSCHKE I (CONDOMÍNIO RESIDENCIAL JUSCELINO KUBITSCHKE I) (JUSTIÇA GRATUITA), é agravada NOILDA RODRIGUES DOS SANTOS (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o 3º juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.188)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

GILBERTO LEME, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. Demanda de cobrança de despesas condominiais. Condomínio destinado à habitação de pessoas de baixa renda. Pretensão aos benefícios da assistência judiciária. Gratuidade judiciária que se defere diante da dificuldade financeira do condomínio pela inadimplência de diversos condôminos. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto à r. decisão que em ação de cobrança de despesas condominiais, determinou a comprovação pelo autor acerca da impossibilidade de arcar com os encargos processuais “por meio de documentos idôneos como balanço patrimonial anual e balancete atual, demonstrando saldos do ativo e passivo, bem como fundo de reserva” (fls. 52), no prazo de quinze dias, com a advertência de, em não sendo possível atender à determinação, deverá o demandante recolher as custas e despesas processuais, no mesmo prazo, sob pena de extinção da ação.

Alega o agravante que é condomínio formado por pessoas de baixa renda e que não ostenta condições financeiras para arcar com as custas do processo diante da grande inadimplência dos condôminos. Destaca que o fato de se tratar de um condomínio, diverso de pessoa física, não representa óbice para a

concessão do benefício.

Agravo tempestivo, dispensado de preparo e não respondido porque ainda não citada a agravada.

Concedidos o efeito suspensivo e a tutela recursal previstos no artigo 1.019, I do novo Código de Processo Civil.

É o relatório.

A assistência jurídica integral e gratuita é assegurada aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXVI, da CF).

Não fazendo a Constituição Federal nenhuma distinção, cabe a assistência jurídica integral e gratuita não apenas à pessoa natural, mas também à pessoa jurídica. A diferença reside em que, se goza aquela da presunção de necessidade quando a afirma na petição inicial, por presunção legal (§ 3º do artigo 99 do novo CPC), tal não se dá em relação a esta, que precisa provar a situação econômica desfavorável alegada.

Os condomínios residenciais não configuram pessoa jurídica, não dispõem de personalidade jurídica no âmbito do direito material, constituindo meros entes formais, aos quais se atribui capacidade processual. Nada obstante, fazem jus à assistência judiciária gratuita se comprovaram difícil situação financeira.

Com efeito, como já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, “sendo o condomínio formado pelos titulares da posse ou propriedade de unidades condominiais, em ações por ele movidas de certo modo atuam todos os condôminos, representados pelo síndico. O benefício da gratuidade de justiça não se destina, pois, a uma abstração jurídica, mas, sim, a pessoas de carne e osso, que não exercem atividade empresarial por meio do condomínio, mas cuidam de administrar a vida em comum no mesmo prédio residencial. É possível, pois, conceder ao condomínio agravante o benefício que pleiteia com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.” (AI n.º 990.09.260577-1, Rel. Des. Lino Machado, 30.ª Câmara. Dir. Priv., j. 21.10.2009)

Também: TJSP, 32.ª Câmara. Dir. Priv., AI n.º 1.301.497-0/9, rel. Des. Rui Coppola, j. 24.9.09, v.u.; 27.ª Câmara. Dir. Priv., AI n.º 990.09.304750-0, rel. Des. Emanuel Oliveira, j. 1.º.12.09, v.u.; 33.ª Câmara. Dir. Priv., AI n.º 990.09.316402-7, rel. Des. Sá Duarte, j. 10.12.09, v.u.

O Superior Tribunal de Justiça assim igualmente se posiciona:

“Assistência judiciária. Condomínio. 1. Possível o deferimento da assistência judiciária a condomínio que se declara incapaz de arcar com as despesas judiciais diante da alta inadimplência dos condôminos. Razoável, portanto, a base do pedido. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n.º 654.778/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 15.12.2005, v.u.)

No caso em tela, tendo em vista que o condomínio-agravante é composto por pessoas de baixa renda, que não estão conseguindo arcar nem sequer com o moderado valor do condomínio, como comprovam os documentos de fls. 20/51, anexados à petição inicial, de rigor a concessão da gratuidade almejada pelo recorrente livre de quaisquer outras provas, como as exigidas pela r. decisão agravada.

Nesse sentido decisões deste Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO.. Interposição contra decisão que indeferiu pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Possibilidade de concessão do favor legal, conforme o caso, também às pessoas jurídicas. Condomínio popular que atende à finalidade social (Minha Casa Minha Vida). Estado de hipossuficiência econômica que se afigura. Impossibilidade de o condomínio popular, tanto mais com diversos encargos condominiais inadimplidos, arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua própria manutenção. Pedido deferido. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.” (Agravo de Instrumento nº 2109570-96.2014.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mario A. Silveira, j. 28.07.2014).

“JUSTIÇA GRATUITA - Condomínio - Edifício residencial construído por meio do programa ‘Minha Casa Minha Vida’, destinado a pessoas de baixa renda, e com alto índice de inadimplência - Carência financeira - Reconhecimento - Deferimento do Benefício - Agravo de instrumento provido para esse fim.” (Agravo de Instrumento nº 2097613-98.2014.8.26.0000, Rel. Des. Sá Duarte, j. 28.07.2014).

Pelo meu voto, pois, dou provimento ao agravo para conceder ao agravante a gratuidade da justiça.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129849- 98.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL EDIFÍCIO MENLIÁ, é agravado RENATA LUCIANA DE SANTOS LIMA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24058)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI



CHICUTA (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cumprimento de sentença - Avaliação de imóvel - Desnecessidade de perícia técnica - Providência que, em princípio, deve ser cumprida por Oficial de Justiça, exceção, apenas, às hipóteses em que depender de conhecimentos especializados, o que não se demonstrou no caso - Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento tirado por **CONDOMÍNIO RESIDENCIAL EDIFÍCIO MENLIÁ** contra a respeitável decisão trasladada a fls. 50 que, nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, que move contra **RENATA LUCIANA DE SANTOS LIMA**, entendeu ser inviável a realização de avaliação por oficial de justiça, devendo ser realizada por profissional dotado de conhecimentos técnicos.

Sustenta, em síntese, que (i) o perito nomeado para avaliação do imóvel pleiteou valor excessivo a título de honorários; (ii) o condomínio requereu que a perícia fosse realizada pelo valor de R\$2.300,00, o que não foi aceito pelo *expert*; não tendo condições de arcar com o valor pleiteado; (iii) requereu que a perícia fosse realizada por oficial de justiça, nos termos dos artigos 154 e 870 do CPC; (iv) o valor inicial da causa é de R\$4.019,10 e o valor dos honorários periciais corresponde a 12 parcelas condominiais, o que demonstra que a estimativa do perito é excessiva.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo/ativo e, ao final, pelo provimento recursal, para que sejam reduzidos os honorários arbitrados para o valor de R\$2.300,00; alternativamente, caso o perito não tenha interesse na realização da perícia por tal valor, pleiteia que a avaliação seja realizada por oficial de justiça.

Foi deferido o efeito suspensivo/ativo.

Não tendo nomeado advogado para representá-la nos autos, a ré foi intimada por carta com aviso de recebimento, mas não apresentou contrarrazões (fls. 68).

**É o relatório, passo ao voto.**

Na hipótese dos autos, após a estimativa de honorários apresentada pelo perito nomeado, o agravante requereu a redução da verba ou, ainda, a nomeação de oficial de justiça para realizar a avaliação, o que não foi deferido pelo MM. Juízo *a quo*.

Extrai-se, porém, do disposto no artigo 870 do Código de Processo Civil, aplicável ao procedimento de cumprimento de sentença por força da previsão do artigo 771, que a avaliação do imóvel penhorado, em princípio, deve ser feita por Oficial de Justiça, autorizada a realização de perícia quando depender de conhecimentos especializados.

A avaliação foi incluída entre as atribuições do Oficial de Justiça, descritas no artigo 154 do CPC, providência que visa conferir maior celeridade e efetividade ao procedimento executivo.

Na hipótese dos autos, não há notícia de que o Oficial de Justiça tenha manifestado dificuldade ou impossibilidade de cumprir o ato, não se justificando, portanto, a nomeação de perito.

Na avaliação de imóvel, pode o Oficial de Justiça se valer de informações de imobiliárias da região, certo que o valor estimado poderá ser objeto de impugnação pelas partes, conforme previsto pelo artigo 871 do CPC, oportunidade em que poderão alegar a necessidade de se proceder a nova avaliação.

Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº 2167393-28.2014.8.26.0000, Rel. Sá Duarte, j. 1011.2014; Agravo de Instrumento Nº 2177290-80.2014.8.26.0000, Rel. VIANNA COTRIM, j. 29.10.2014.

Assim, requerida a avaliação por Oficial de Justiça, o pleito deve ser acolhido, afastando-se a necessidade de realização de perícia para tal fim.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2186780-24.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SAMEDIL - SERVIÇOS DE ATENDIMENTO MÉDICO S/A, é agravada SIEMENS LTDA.

**ACORDAM**, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.057)**

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

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

MARCOS RAMOS, Relator

**Ementa: Bem móvel - Aparelho de mamografia - Compra e venda - Demanda de empresa adquirente em face de empresa vendedora - Decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, consistente na imediata substituição do equipamento por outro da mesma marca e modelo - Reforma - Necessidade - Presença dos requisitos do art. 300, do NCPC. Recurso da autora provido.**

## VOTO

### VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada às fls. 225, proferida nos autos da ação de rescisão de contrato de compra e venda de bem móvel (máquina médico-hospitalar para exame de mamografia), com pleito de tutela de urgência, proposta por “Samedil - Serviços de Atendimento Médico S/A” em face de Siemens Ltda.” (não citada), que indeferiu a liminar postulada na exordial.

Aduziu a autora/agravante, em síntese, ser de rigor o acolhimento da medida, destinada à imediata substituição do equipamento e custeio de qualquer reparo pela empresa ré, ao que requereu a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Recebido o recurso no efeito devolutivo.

Dispensada a vinda de informações, bem como a intimação da agravada para contraminuta, porquanto sequer citada.

#### **É o relatório.**

O recurso comporta acolhimento.

Consta dos autos que a agravante adquiriu aparelho de mamografia da agravada em meados de 2015 e instalado em 14.03.2016, ao custo de R\$ 190.000,00.

Acresceu que o bem passou a apresentar mau funcionamento apenas 03 (três) semanas após a sua instalação, certo que de 11.04.2016 até 04.09.2017 foram abertos mais de 20 (vinte) chamados para solucionar problemas diversos, como trinca na pintura, imagens ruins no modo automático D, braço travado e apresentando erro, imagens granuladas e falha na calibração de espessura, mas apesar das inúmeras visitas técnicas realizadas para conserto do bem, os problemas ainda persistem.

Afirmou que notificou a requerida extrajudicialmente para substituição da máquina, mas esta queudou-se inerte, motivo da propositura da ação.

Em sede de tutela de urgência a agravante requereu a imediata substituição do aparelho.

Para a concessão da tutela de urgência deve haver cumulação dos pressupostos legais previstos no artigo 300, do Código de Processo Civil, ou seja, probabilidade do direito e perigo de dano.

O mesmo artigo, em seu parágrafo 3º, prevê que a medida não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, o que não se verifica na hipótese dos autos eis que, caso de improcedência da pretensão da autora, os prejuízos poderão ser resolvidos em perdas e danos.

Embora não se pretenda, nesta sede de cognição sumária, exaurir o debate, tenho que estão presentes os requisitos para a concessão da medida.

Conforme bem anotou o MM. Juiz do processo, as afirmações da autora, narradas na exordial e seu aditamento, são verossímeis e estão devidamente comprovadas pelos relatórios de serviços (fls. 127/149, 196, 206/211) que já abertos mais de 20 chamados para solução dos problemas apresentados pela máquina vendida à agravante, sem que nenhuma providência eficaz tenha sido tomada pela agravada.

Outrossim, alegou a agravante que a máquina chegou, inclusive, a ficar alguns dias sem completo funcionamento, bem como que as imagens de exame (raio x) são acompanhadas da marca de um parafuso que está solto no maquinário.

O perigo de dano está no fato de que a agravante depende do pleno funcionamento da máquina para atender os beneficiários dos planos de saúde dos quais é credenciada, certo que o fato de não poder realizar os exames previamente agendados, bem como os resultados imprecisos emitidos pela máquina, a estão prejudicando perante seus clientes.

Assim, de rigor seja deferida a tutela de urgência a fim de que a requerida proceda à substituição da máquina “Mammomat Select” por outra da mesma marca, modelo e com as mesmas funcionalidades, sem qualquer tipo de problema ou de custeio por parte da agravada, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00.

Observe, outrossim, que a citação e intimação da agravada, relativamente ao quanto aqui decidido, deverá ser realizada pelo digno Juízo de origem.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215849-04.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RENATA SANCHES DE SOUZA, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO AGULHAS NEGRAS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram do recurso e negaram provimento. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.614)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

SÁ DUARTE, Relator

**Ementa: CONDOMÍNIO - Pretensão de cobrança dos rateios condominiais julgada procedente - Cumprimento da sentença em face da ré - Impugnação em que se alega ilegitimidade passiva “ad causam”, em razão da venda da unidade condominial - Rejeição - Decisão que se reputa acertada, em conta que a questão de que cuida o inciso II, do artigo 535, do NCPC, só pode ser aquela dos artigos 778 e 779, do mesmo diploma legal, impossível a rediscussão pretendida - Agravo de instrumento conhecido e não provido.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de ação de cobrança de despesas de condomínio, rejeitou impugnação ao cumprimento da sentença.

Afirma a agravante, inicialmente, que o D. Juízo “a quo” não apreciou o seu pedido de justiça gratuita, razão pela qual pleiteia o benefício também neste recurso. Na sequência, alega que há nos autos flagrante ilegalidade, na medida em que foi indevidamente inserida no polo passivo da relação processual. Sustenta que se trata, no caso, de questão de ordem pública, passível de conhecimento independente da fase em que o processo se encontra. Alega que a prova escrita que atribui a ela a propriedade do imóvel está desatualizada, sendo, portanto, imprestável. Afirma que o imóvel em questão foi alienado a 25.07.2007, a

BISNAMUT PEDRO FERREIRA DE SENA, conforme escritura pública de compra e venda lavrada no 2º Tabelião de Notas de Osasco. Assevera que, dessa forma, é nulo todo o procedimento judicial, de vez que deveria ter sido dirigido ao atual proprietário da unidade condominial. Requer o provimento do recurso, reconhecendo-se o direito ao desbloqueio da sua conta bancária.

Indeferi o pedido de efeito suspensivo porque não vislumbrei a possibilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação até o pronunciamento da Turma Julgadora.

O agravado ofertou contraminuta.

É o relatório.

Conhece-se do agravo, a despeito da falta do preparo recursal, pelo fato de o pedido de gratuidade formulado pela agravante em primeiro grau ainda não ter sido apreciado.

Nada obstante, a irresignação da agravante não merece provimento.

Na impugnação ao cumprimento da sentença, é certo, pode ser alegada a ilegitimidade de parte. Nesse sentido, a regra do inciso II, do artigo 525, do NCPC.

Mas a legitimidade de parte de que cuida esse dispositivo legal é a de que cuidam os artigos 778 e 779, do mesmo diploma legal.

Vale dizer, a ilegitimidade de parte alegada pela agravante foi corretamente rechaçada no “decisum” atacado, pois é a agravante quem figura como devedora no título executivo judicial, assim considerada a sentença que se procura cumprir.

Cabe ponderar que a agravante foi citada pessoalmente para se defender da pretensão de cobrança que lhe foi direcionada pelo agravado, a despeito do que se quedou silente, fato que deu ensejo ao acolhimento da pretensão deduzida pelo agravado na sentença que transitou em julgado.

Não é possível, portanto, em sede de impugnação do cumprimento da sentença rediscutir a legitimidade da agravante para a causa pelo fato de ela ter alienado a unidade condominial devedora como noticiado.

Daí porque correta a rejeição da impugnação.

Por último, cabe a consideração que não consta dos autos principais tenha havido bloqueio de conta bancária da agravante, tendo ocorrido a penhora da própria unidade devedora.

Isto posto, voto pelo conhecimento e não provimento do agravo.

## Agravos Internos

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2162984-04.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados ULISSES FRANCISCO DOURADO e IRENE RITA RODRIGUES DOURADO.

**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, com determinação, cominando multa. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30172 (Processo Digital))**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 11 de outubro de 2017.

CARLOS ABRÃO, Relator

**Ementa:AGRAVOINTERNO-RECONSIDERAÇÃO DENEGADA - PREQUESTIONAMENTO INOCORRENTE - PRODUTOR RURAL - EXPURGO INFLACIONÁRIO - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM - TESE SEDIMENTADA - PRONUNCIAMENTO DO STJ - RECURSO QUE VIOLA OS PRINCÍPIOS DA LEALDADE E VERACIDADE PROCESSUAIS - ARTIGO 77, INCISOS IV E VI, DO CPC - CABIMENTO DE MULTA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ASSENTE - RECURSO DESPROVIDO, COM DETERMINAÇÃO, COMINADA MULTA.**

### VOTO

Cuida-se de agravo interno tirado contra as r. decisão monocrática de fls. 73/75, que proveu, com determinação, o agravo de instrumento, integrada pelos declaratórios do banco, rejeitados. Preconiza reconsideração, acena necessidade de intervenção da União e do Banco Central, agrega efeito suspensivo, traz prequestionamento, aguarda provimento (fls. 01/07).

Repilo retratação, ponderando que o entendimento da Câmara preventa

é diametralmente oposto àquele sufragado pelo banco, o qual não tem legitimidade, como sociedade de economia mista, de querer que se remeta o feito para a Justiça Federal.

### **É O RELATÓRIO.**

Desprovejo o recurso, com determinação, cominando multa.

Eis as decisões exaradas:

**“Vistos.**

**1 - Cuida-se de agravo tirado contra r. decisão digitalizada reportada às fls. 31/33 do instrumento, determinando a remessa do feito à Justiça Federal. Contra ela rebelam-se os exequentes, trazendo à baila relação de direito material com o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, mencionam as Súmulas 42 do STJ e 556 do STF, buscam efeito suspensivo, proclamam provimento (fls. 01/09).**

**2 - Recurso tempestivo, livre de preparo.**

**3 - Peças essenciais acostadas (fls. 10/71).**

**4 - DECIDO.**

**O recurso prospera, com determinação.**

**A questão trazida à baila é por demais conhecida da Câmara preventa, na medida em que os direitos homogêneos decididos na Ação Civil Pública passam a ser heterogêneos naquela individual de execução para abrigar os valores projetados por cada credor.**

**Nessa linha de raciocínio, o princípio da efetividade processual estaria comprometido, inclusive o custo-benefício, se cada credor fosse demandar perante a Justiça Federal visando a execução da obrigação referente ao expurgo inflacionário (fls. 70/71).**

**Nessa ótica de visão, pois, o feito deve ser submetido à competência da Justiça Estadual, mantendo-se o sobrestamento até o julgamento dos embargos de divergência.**

**Não há qualquer prequestionamento, por ser esse o entendimento pautado pelo STJ e pela própria Câmara preventa.**

**Isto posto, COM DETERMINAÇÃO (sobrestamento do feito), DOU PROVIMENTO ao recurso, mantendo a competência da Justiça comum, nos termos do artigo 932 do CPC e da Súmula 568 do STJ.**

**Comunique-se imediatamente o inteiro teor desta decisão ao Douto Juízo, por via eletrônica.**

**Certificado o trânsito, tornem os autos à origem.**

**Int.”**

**“1- São declaratórios tempestivos acoimando de omissa e contraditória a r. decisão monocrática de fls. 73/75, a qual proveu, com determinação, o agravo de instrumento, mantendo o feito perante a Justiça Comum Estadual. Pondera nulidade, cerceamento, não pronunciamento em contraminuta, revela interesse no efeito modificativo, arremimenta**



**prequestionamento, dita acolhimento (fls. 01/05).**

**2- Recurso comporta conhecimento.**

**3- DECIDO.**

**Rejeitam-se os declaratórios.**

**A decisão vergastada não encerra qualquer hipótese do artigo 1.022 do Código de Processo Civil e sequer autoriza prequestionamento.**

**A Câmara preventa, baseada na jurisprudência do STJ, concluiu pela competência da Justiça Comum Estadual em termos da execução envolvendo expurgos inflacionários do produtor rural.**

**Delimitado esse ângulo e estando a matéria já pacificada na Câmara, de todo inócua o pronunciamento do embargante e a tentativa de aglutinar Banco Central e União para o feito, já que o contrato fora entabulado entre o produtor e a casa bancária.**

**Nessa perspectiva, pois, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade no julgamento monocrático do agravo. A manifestação recursal do banco, por si só, afasta a alegação de cerceamento ou de qualquer impossibilidade.**

**Fica, portanto, advertido para as sanções correspondentes à litigância de má-fé, com a possibilidade de fixação de verba honorária, se vier a interpor recurso infundado ou manifestamente incabível, mesmo que protelatório.**

**Isto posto, monocraticamente, REJEITO os declaratórios.”**

Na dicção emprestada à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, Ministro Francisco Falcão, a presente matéria encerraria sobrestamento até que fossem julgados os embargos de divergência pela Turma Especial daquele Colegiado.

Nada obstante, a casa bancária, impelida pela sua teimosia e excesso de espírito recursal, contrariando o artigo 77, incisos IV e VI, do CPC, tenta deslocar a competência para a Vara Federal, equivocadamente.

Não se trata de prosseguir perante a Justiça Federal, responsável pelo julgamento da Ação Civil Pública, mas, tratando-se de direitos heterogêneos, albergar cada execução no respectivo domicílio do credor. E não haveria outra alternativa para se realizar a combinação entre direitos homogêneos na etapa de conhecimento e direitos heterogêneos na fase de execução.

Transparece inevitável, pois, que o entendimento da instituição financeira, antes de mais nada, visa protelar o cumprimento da obrigação e atropelar fases e etapas do feito sobrestado, advogando matéria em diversas vezes já apreciada e repelida pela Câmara julgadora preventa.

Nesse estágio procedimental azado, não se reconhece qualquer prequestionamento, isso porque o contrato fora entabulado entre o produtor e a instituição financeira, apesar de se cuidar de repasse - Plano Safra - a cargo da

União, intermediado pela sociedade de economia mista Banco do Brasil, não cabendo qualquer outra interpretação, sob pena de se exaurir a própria finalidade do provimento jurisdicional.

E se comenta que haveria em andamento forte aspecto conciliatório entre os bancos e os poupadores, antes de se levar o feito à mesa nos embargos de divergência ou naquelas demandas que repousam junto ao STF.

Finalmente, o comportamento da instituição financeira mostra-se refratário à jurisprudência consolidada da Câmara preventa, não encontra lastro no STJ e desvia da rota regular, representando verdadeiro ponto fora da curva. Dimensionada assim a questão, a conduta do agravante não merece aplauso, uma vez que viola o artigo 77, incisos IV e VI, do vigente CPC.

Fixa-se, em atenção à litigância de má-fé, multa em prol do Estado, a qual corresponderá a 5 salários mínimos em vigor nesta data, nos termos do artigo 77, inciso, VI, § 5º, do CPC. O recolhimento se fará no prazo de 10 dias, sob pena de inscrição do nome da instituição junto ao Cadin.

Permanecerá sobrestado o feito até que se deflagre o julgamento dos embargos de divergência.

Isto posto, pelo meu voto, **COM DETERMINAÇÃO** (sobrestamento do feito), **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, cominando multa correspondente a 5 salários mínimos em vigor nesta data em desfavor da casa bancária, para recolhimento junto aos cofres do Estado, à luz do artigo 77, incisos IV e VI, ambos do atual CPC, sob pena de inscrição do nome junto ao Cadin.

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044071-70.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados MARCUS VALÉRIO DE FREITAS OLIVEIRA e REGIANE GORGULHO OLIVEIRA, são apelados/apelantes WINDSOR INCORPORADORA LTDA. e TEC VENDAS CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao apelo das rés e julgaram prejudicado o exame do recurso

dos autores. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.365)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

**Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.**

**Restituição da verba corretagem, à vista da rescisão da avença. Descabimento. Legalidade da cobrança efetivada pelas rés em observância ao Tema 939/STJ. Verba autônoma e independente. Esgotamento do trabalho, com êxito, que possibilita o recebimento dos valores pagos a título de comissão de corretagem. Aplicação do disposto no art. 725 do Código Civil. Precedente da Câmara. Determinação de devolução de parte da comissão de corretagem afastada. Licitude, outrossim, das condutas das rés visando o recebimento da verba, notadamente o protesto de cheques emitidos pelos autores. Improcedência da ação reconhecida, com expressa revogação da antecipação dos efeitos da tutela de fls. 59. APELO DAS RÉS PROVIDO, PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO DOS AUTORES.**

## VOTO

1- Ação de repetição de indébito, cumulada com indenização por danos morais, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 202/214, de relatório adotado. Opostos embargos de declaração à fls. 248/252, foram eles acolhidos parcialmente à fls. 254/257, sem efeito modificativo.

Apelam os autores e as rés WINDSOR e TEC VENDAS.

Os autores, pelas razões de fls. 261/268, pretendem que as rés sejam compelidas à devolução dos 20 (vinte) cheques a elas emitidos, sob pena de multa diária, compelindo-se, ainda, o recorrido Marcus Vinicius a realizar a restituição do cheque que remanesce em seu poder.

As rés WINDSOR e TEC VENDAS, por seu lado, pelas razões de fls.

278/290, buscaram o afastamento da obrigação de restituição dos cheques emitidos pelos autores para o pagamento da comissão de corretagem, reconhecendo-se a validade da sua cobrança.

Recursos tempestivos, preparados e respondidos (fls. 305/308 e 310/315). Sem oposição ao julgamento virtual (certidão de fls. 333).

### É o RELATÓRIO.

2- A r. sentença, em relação à comissão de corretagem solvida pelos autores, determinou que parte do seu valor, representado por alguns cheques, seja restituída.

O compromisso de venda e compra firmado entre as partes, por iniciativa dos autores (fls. 41), acabou rescindido, consoante o instrumento de fls. 43/44.

Todavia, respeitado o entendimento adotado pela r. sentença, a título de comissão de corretagem, nada deve ser restituído aos autores, notadamente os cheques representativos da dívida correspondente.

Incontroverso que a comissão de corretagem era devida. A r. sentença, neste particular, não recebeu qualquer impugnação dos autores. Nem poderia, aliás, diante da inequívoca contratação dos serviços e a emissão de inúmeros cheques para o seu pagamento. Essa matéria, inclusive, é tratada pelo Tema 939/STJ: **“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 destaque do valor da comissão de corretagem (vide REsp 1.599.511/SP)”**.

A rescisão da avença, por outro lado, em nada repercute no valor da comissão de corretagem. Cuida-se, na espécie, de verba autônoma e independente, especialmente quando o serviço foi prestado pelo seu destinatário. A restituição parcial da corretagem determinada pela r. sentença afronta ao disposto no art. 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”. A propósito, a doutrina de CARLOS ROBERTO GONÇALVES: **“A partir, portanto, do momento em que o contrato é aperfeiçoado mediante acordo de vontades, o corretor faz jus à comissão, ainda que posteriormente venham as partes a se arrepender e a desistir do negócio”** (in Direito Civil Brasileiro, Volume III, Contratos e Atos Unilaterais, Editora Saraiva, p. 447).

Nesse sentido, recentemente assentou esta Câmara sobre a matéria: **“Corretagem. Responsabilidade pelo custeio da verba atribuída aos adquirentes. Admissibilidade, segundo o C. STJ (Temas 938-939). Verbas exigidas a este título expressamente previstas no contrato principal.**

**Discussão, entretanto, sobre o pagamento dos valores quando firmado o distrato da avença principal. Encargo, ainda assim, de responsabilidade dos compradores. Exigência dos valores resultantes do aperfeiçoamento do ajuste, pouco importando a inexistência de escritura definitiva da transação. Inadimplemento do contrato não atribuível à prestadora de serviços. Cobrança mantida. Esgotamento do trabalho, com êxito, que possibilita o recebimento dos valores. Precedentes”** (Apelação n. 1022682-56.2015.8.26.0405, Osasco, desta Relatoria, j. 27.09.2017).

Descabida, portanto, a restituição de qualquer valor solvido pelos autores a título de comissão de corretagem, sendo lícita, outrossim, as condutas perpetradas pelas rés com o intuito de recebimento dos cheques emitidos em pagamento da corretagem, especialmente o protesto dos títulos, reconhecida a improcedência total da demanda, revogada expressamente a antecipação dos efeitos da tutela de fls. 59.

O apelo das rés é provido, com a improcedência da ação, prejudicado o exame do recurso dos autores. Vencidos os autores responderão pelas custas e as despesas processuais, bem como verba honorária da parte adversa arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da causa.

**RECURSO DAS RÉS PROVIDO, PREJUDICADO O APELO DOS AUTORES.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009097-06.2016.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE LTDA., é apelado VALDECI MARIANO (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.074)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

**Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Procedência**

**corretamente decretada - Custeio de tratamento (injeção intra-vítrea de Lucentis no olho acometido) - Negativa de cobertura por ausência de previsão no rol da ANS - Inadmissibilidade - Cláusula que está em desacordo com o artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC (que não foi revogado pela Lei 9.656/98 ou Resoluções coligadas) - A prevalecer somente a cobertura prevista no rol da ANS, estar-se-ia “congelando” procedimentos médicos, privando o consumidor dos avanços da medicina - Cobertura devida - Necessidade do segurado, ademais, incontroversa - Súmula 102 deste E. Tribunal de Justiça (*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*) - Sentença mantida - Recurso improvido.**

## VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra r. sentença (fls. 202/209) proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito, Doutor *Marcelo Asdrúbal Augusto Gama*, nos autos de Ação de Obrigação de Fazer que, decidindo pelo mérito os pedidos formulados na petição inicial, decretou a integral procedência dos mesmos, para tornar definitiva a liminar concedida, condenando o requerido em fornecer o tratamento necessário ao autor, consubstanciado nas doses do medicamento Lucentis (RANIMIZUMAB) + TRIANCINOLONA, enquanto durar o tratamento e em tantas doses quanto forem necessárias, além do pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o montante atualizado da condenação, na forma do artigo 85, § 2º do CPC.

Inconformada, apela o vencido (fls. 433/453), pugnando pela necessidade de reforma da r. sentença recorrida, tendo em vista a existência de limitação normativa no que tange ao custeio do medicamento objeto da demanda, eis que ausente do rol de procedimentos da ANS, tampouco figura no contrato firmado entre as partes que, por seu turno, exclui de maneira expressa a cobertura de procedimentos não previstos no referido rol.

Aguarda o provimento recursal, julgando-se improcedente a demanda.

Contrarrazões às fls. 469/476.

É o relatório.

Inicialmente, recebo o apelo no duplo efeito, à luz do disposto no artigo 1.012, *caput*, do Novo CPC, passando ao seu julgamento, em atenção ao inciso

II do artigo 1.011 do mesmo diploma legal.

O recurso não comporta provimento.

Alega o autor que mantém plano de saúde junto ao requerido; alega, ainda, que sofre de grave enfermidade ocular (Glaucoma Neovascular e Edema Macular por OUCR), ocasionada por Acidente Vascular Cerebral e que pode causar-lhe cegueira total, tanto que já perdeu 70% de sua visão. Para o tratamento, necessita do medicamento Lucentis, 24 aplicações; aduz, ainda, que o requerido forneceu-lhe, tão somente, 5 aplicações, negando-se às demais sob a justificativa de que tal tratamento não se inclui no rol de procedimentos obrigatórios previstos na Resolução Normativa 387 da Agência Nacional de Saúde. Pugnou pela procedência da ação, com a condenação da requerida em fornecer-lhe a medicação necessária para seu tratamento.

Devidamente citada, a requerida contestou a ação. Em preliminar, atacou o valor dado à causa, por ser exorbitante e, por isso mesmo, ter o potencial de causar grande prejuízo ao requerido, já que em eventual procedência da ação, os honorários sucumbenciais são fixados com base em porcentagem sobre o valor da causa; no mérito, afirmou que não está obrigada a fornecer o tratamento do requerente, pois o mesmo não consta do rol de procedimentos obrigatórios da ANS.

Cinge-se a controvérsia recursal em sustentar se o procedimento em questão não faz parte do rol da ANS, sendo, portanto, justa a recusa da apelante. No entanto, razão não lhe assiste, eis que a negativa em questão afigura-se flagrantemente abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, incontroverso que o autor foi submetido ao tratamento indicado na inicial.

A alegação do apelante no sentido de que referido procedimento estaria excluído do contrato ou ainda, que não está previsto no rol da ANS, não a socorre. Ora, se a doença que acomete o apelado possui cobertura contratual, o tratamento em questão nada mais é do que um desdobramento da referida cobertura, pelo que a negativa por esse motivo, não se sustenta.

A exclusão imposta pelo contrato deve ser avaliada com ressalvas, observado de maneira concreta que a natureza da relação ajustada entre as partes e os fins do contrato celebrado, não podem ameaçar o objeto da avença, bastando para tanto que se confira a previsão do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC (que não foi revogado pela Lei 9.656/98 ou a Resoluções a esta última coligadas).

Diz ainda o apelante que sua recusa aqui discutida é justa, na medida em que se trata de procedimento não previsto no rol da ANS e respectiva Resolução. No entanto, tal argumento não afasta a abusividade na negativa de cobertura por ela perpetrada.

Diante da necessidade e o quadro de saúde do paciente, além do avanço



da medicina e ainda, por se cuidar de procedimento amplamente difundido pela classe médica, filia-se esta Relatoria a posicionamentos jurisprudenciais mais recentes, que entendem devida a cobertura para tratamentos/exames que não constam do referido rol (como é o caso do procedimento em questão), destacando-se julgado da Apelação Cível n. 990.10.217171-0, da 5ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, que teve como Relatora CRISTINE SANTINI ANAFE (envolvendo o mesmo medicamento), cuja ementa apresenta a seguinte redação:

**“PLANO DE SAÚDE - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Previsão contratual de realização de exames de diagnóstico e tratamento indicado por médico credenciado - Abusividade da recusa de atendimento emergencial em rede credenciada - Manutenção da sentença - Nega-se provimento ao recurso de apelação.”**

Na mesma esteira, julgado da Apelação Cível n. 206.418-4/4, da 7ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, que teve como Relator o Desembargador EDSON FERREIRA DA SILVA, conforme segue:

**“Recusa de cobertura para exames que não constam da tabela da AMB que vigia ao tempo da contratação - Invalidez - Tratando-se de relação de longo curso, mantida mediante contribuições mensais do beneficiário, não é razoável recusar-se cobertura para os novos recursos médicos que são desenvolvidos diuturnamente ... Apelo não provido”.**

Posicionamento idêntico e reiterado acerca do tema vem sendo adotado por esta 8ª Câmara e Relatoria, destacando-se a ementa extraída dos autos da Apelação Cível nº 0003953-77.2010:

**“EMENTA - PLANO DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER - Procedência - Fornecimento de medicamento denominado *Lucentis* - Alegação de que o contrato firmado entre as partes não cobre referido medicamento e que não há previsão no rol da ANS - Inadmissibilidade - Cláusula que está em desacordo com o artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC (que não foi revogado pela Lei 9.656/98 ou Resoluções coligadas) - A prevalecer somente a cobertura prevista no rol da ANS, estar-se-ia “congelando” procedimentos médicos, privando o consumidor dos avanços da medicina - Cobertura devida - Necessidade do segurado, ademais, incontroversa (portador de grave retinopatia diabética proliferativa, não mais possuindo visão em seu olho esquerdo) - Precedentes - Sentença mantida Recurso improvido.”**

Frise-se que o contrato de seguro-saúde, por ser atípico, consubstancia função supletiva do dever de atuação do Estado, impondo-se a proteção da saúde do segurado e de seus familiares contra qualquer enfermidade e em especiais circunstâncias como aquela que aqui se vê, onde que o tratamento prescrito



(injeção intra-vítrea de Lucentis no olho acometido) mostrou-se necessário, diante do quadro de saúde apresentado pelo apelado, além da expressa prescrição médica.

Está evidente que o pagamento integral pelo autor do seu plano de saúde (o que não se discute), a necessidade do medicamento referido, representa desdobramento correto do contrato firmado que obriga sim o apelante a responder pelo pagamento necessário, como bem decidiu o d. Magistrado de primeiro grau.

O entendimento em questão, aliás, encontra-se em consonância com o disposto na Súmula 102 deste E. Tribunal de Justiça (*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*).

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018337-79.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante G.H.D.C. (G. MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado A.C.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.070)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

**Ementa: Apelação cível - Ação de alimentos - Sentença de parcial procedência - Fixação em três salários mínimos.**

**Autor que visa a majoração do encargo alimentar para quatro salários mínimos, além do pagamento da mensalidade escolar, plano de saúde e outras despesas médicas e odontológicas, argumentando a ampla possibilidade financeira do genitor.**

**Sentença mantida - Apelante que é criança saudável,**

**prestes a completar três anos de idade, não tendo despesas extraordinárias - Valor fixado que é condizente com a quantia ao recorrente destinada, espontaneamente, pelo genitor - Alimentos que devem ser arbitrados de acordo com as necessidades do alimentando, ainda que o apelado possua estabilidade financeira - Ambos os genitores que devem colaborar no sustento do apelante - Recurso improvido.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face de r. sentença de fls. 391/393, de relatório adotado, que julgou parcialmente procedente ação para condenar o genitor ao pagamento de alimentos ao filho menor no valor equivalente a 03 salários mínimos.

Apela o autor da demanda alegando que a r. sentença foi prolatada em total “desconsideração” ao parecer ministerial, certo que o próprio apelado, em depoimento pessoal, reconheceu que é empresário bem sucedido, além de exercer atividade agropecuária, sendo proprietário de vasto patrimônio, ao contrário de sua genitora que não está laborando, momentaneamente, para cuidar do ora apelante.

Afirma que o “padrão de vida do apelado, assim como seu patrimônio e rendimentos foram devidamente comprovados” sendo presumidas, por outro lado, as necessidades do recorrente, em tenra idade, vivendo, tão somente, com sua genitora.

Pede o provimento do recurso, para que os alimentos sejam majorados para quatro salários mínimos, arcando o apelado, ainda, com o pagamento da mensalidade escolar, plano de saúde e outras despesas médicas e odontológicas (fls. 399/406).

Contrarrazões a fls. 410/17, pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pela manutenção da r. sentença (fls. 430/432).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso pode ser conhecido.

### **É o relatório.**

Como é cediço, para a fixação dos alimentos o juízo deverá observar os seguintes pressupostos: a) parentesco, casamento ou união estável; b) necessidade do credor; c) possibilidade do alimentante, devendo, ainda, ser arbitrado de forma razoável para evitar não só o enriquecimento ilícito, como também o empobrecimento indevido.

Nesse sentido, verifica-se que o valor arbitrado não é insignificante, sendo suficiente para custear as necessidades básicas de uma criança prestes a completar três anos de idade, sendo saudável, não havendo falar em despesas extraordinárias a ponto de autorizar a majoração do dever alimentar apenas porque o genitor teria padrão de vida diferenciado, até porque, a própria genitora confessou, em depoimento pessoal, que o apelado já lhe destinava, espontaneamente, o valor de R\$ 2.500,00, ou seja, condizente com a quantia fixada.

Nem se alegue que o menino sofrerá prejuízo ao estilo de vida proporcionado pelo genitor, porque seus pais sequer chegaram a residir sob o mesmo teto, certo que já paga o convênio médico e, ao que tudo indica, desde o nascimento, já colabora, espontaneamente, com o seu sustento.

Não se olvide que a genitora do apelante é saudável, jovem, possui profissão definida, laborava na fazenda de sua mãe, morando, com o filho, em imóvel emprestado do irmão, como asseverou a testemunha do recorrente, podendo colaborar com a sua manutenção, não merecendo o apelado ser compelido ao pagamento, praticamente integral de todas as despesas, ainda que goze de boa situação financeira, devendo ser sopesado o elemento necessidade.

Na realidade, usufruir o alimentante de saúde financeira estável somente facilita o trabalho do juízo para o arbitramento dos alimentos, sem que o pensionamento acarrete sacrifícios ao alimentante.

Por fim, cumpre consignar que o Magistrado da causa não está adstrito ao parecer ministerial, cabendo-lhe decidir de acordo com sua própria convicção e elementos carreados aos autos.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002487-82.2015.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada MARIA ODETE FRANCO DE FARIA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32128)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE

E JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

**Ementa:** AÇÃO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO HIPOTECÁRIA. Imóvel quitado há mais de 30 anos. Perempção da hipoteca (art. 1485 do CC e art. 238 da Lei de Registros Públicos). Comprovada a responsabilidade da instituição financeira pela emissão do “termo de quitação”. Ausência de averbação do contrato. Providência desnecessária. Comprovada a existência da garantia. Cancelamento devidamente determinado. Danos morais. Recusa injustificada no fornecimento do documento por mais de 3 anos, causou despesas e aborrecimentos, que ultrapassam o mero dissabor do cotidiano. Indenização devidamente fixada. RECURSO DESPROVIDO.

## VOTO

**BANCO DO BRASIL S.A.** apela da r. sentença (fls. 98/102), proferida nos autos da ação movida por **MARIA ODETE FRANCO DE FARIA**, que julgou procedentes os pedidos para condenar a ré a cancelar o registro da hipoteca realizado na matrícula do imóvel sob nº 35.480 do CRI de Mogi Guaçu, servindo a decisão como mandado nos termos do art. 221,IV, da Lei de Registros Públicos; e condenou no banco réu a compensar os danos morais suportados pela autora, no montante de R\$ 5.000,00, com correção monetária e juros de mora.

Sustenta, em sínteses, que conforme a cláusula VII do instrumento particular (fls. 20/30), a autora deveria tê-lo averbado na matrícula do imóvel no prazo de 30 dias a contar de sua assinatura, pena de rescisão, independentemente de aviso ou notificação. Como a providência não foi levada a efeito, não há como exigir seu cumprimento ou responsabilizar o apelante, devendo ser afastada a pretendida indenização por danos morais, pena de enriquecimento sem causa. Ao final, requer a extinção do feito pelos motivos explicitados e porque já forneceu o documento solicitado, afastando-se a condenação em honorários sucumbências (fls. 105/112 e 116/123).

Contrarrazões (fls. 129/135).

Inicialmente encaminhados a 16ª Câmara de Direito Privado, o processo foi redistribuído em razão da competência da Primeira Seção de Direito Privado (fls. 139/140).

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 143/150), ao qual não se conheceu (fl. 154).

É o relatório.

Consta que ao tentar efetuar o registro do formal de partilha dos bens deixados por seu falecido esposo, a autora obteve nota devolutiva do cartório de imóveis, solicitando o cancelamento da hipoteca que pendia sobre o bem.

A hipoteca foi concedida ao IPESP - Instituto de Previdência do Estado de São Paulo em 1973, que por meio do “Instrumento Particular de Alteração de Contrato de Mútuo com Garantia Hipotecária” a cedeu à Caixa Econômica do Estado de São Paulo (ou Nossa Caixa Nosso Banco) em 1978, a qual, por sua vez, foi incorporada pelo Banco do Brasil.

Todavia, restaram frustradas todas as suas tentativas de obter o “termo de quitação” junto à ré, o que a levou a ingressar com a presente ação, julgada procedente.

Em seu apelo, o Banco do Brasil não negou a quitação do financiamento, a ocorrência da perempção da hipoteca pelo decurso de prazo (mais de 30 anos) prevista no art. 1485 do CC e art. 238 da Lei de Registros Públicos tampouco ou ainda que competisse a recorrente o fornecimento do documento. Limitou-se a dizer que a autora não teria comprovado seu direito, porque não procedeu à averbação do contrato na matrícula do imóvel, conforme previsto na cláusula VII, o que retiraria a validade do instrumento particular de cessão creditória, afastando seu direito e a pretendida indenização.

Ora, a autora juntou aos autos o contrato de financiamento (fls. 28/30), com garantia hipotecária em favor da Caixa Econômica do Estado de São Paulo.

E independentemente da averbação, está comprovado que perante o CRI local houve a inscrição hipotecária (fls. 26/27), tanto é que em razão dela não foi possível o registro do formal de partilha (fl. 24).

Some-se, ainda, a existência do pagamento de “boa-fé” pelo devedor, não tendo o Banco se recusado ao longo dos anos a recebê-lo; e que, apesar de considerar inválido o contrato em razão da ausência do registro, em verdadeiro comportamento contraditório, a instituição financeira concedeu o “termo de quitação” pleiteado na petição inicial poucos dias antes da prolação da r. sentença (fl. 136).

Portanto, o caso era mesmo de procedência da ação, inclusive em relação aos danos morais, diante da infundada recusa no cumprimento da obrigação pela instituição financeira por mais de 3 anos, o que certamente causou a apelada despesas e aborrecimentos, que ultrapassam o mero dissabor do cotidiano e justificam a verba arbitrada (R\$ 5.000,00).

No mais, tendo em vista os critérios traçados no § 11 do artigo 85, elevo em 1% os honorários fixados em Primeiro Grau, considerando, em especial, o

trabalho despendido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1095257-41.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A (NOVA DENOMINAÇÃO) e INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S.A. (ANTIGA DENOMINAÇÃO), é apelado MOACIR ELOI DE CARVALHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.874)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e MARY GRÜN.

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

**Ementa: Apelação - Dano moral - Erro médico - Falha de avaliação que colocou em risco a vida do paciente por negligência e imperícia - Dano moral configurado - Sentença mantida - Recurso a que se nega provimento.**

## VOTO

Vistos.

1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou procedente o pedido de indenização, ajuizada por MOACIR ELOI DE CARVALHO em face de NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., condenando a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 por dano moral.

Apela a ré, NOTRE DAME INTERMÉDICA S.A., alegando: a) não ter dado causa ao infortúnio do autor, pois não houve má prática médica ou má prestação de serviço médico; b) inexistência de nexos da causalidade; c) a responsabilidade do hospital somente se afigura quando comprovada a culpa do médico e; d) inexistência de dano moral. Alternativamente requer a redução da indenização para R\$ 500,00.

Recurso recebido (fl.430) e contrarrazoado (fls.437/441).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl.460).

### **É o relatório.**

2. A pretensão recursal não merece acolhimento.

MOACIR ELOI DE CARVALHO ajuizou ação em face de NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., visando sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral em razão de erro médico.

Infere-se dos autos que o autor compareceu no Pronto Socorro do Centro Clínico da ré, nos dias 12, 13 e 14 de setembro/2012, noticiando forte dor abdominal, tontura e visão turva, sendo indicada e mantida nas oportunidades, a utilização de BUSCOPAN, DRAMIN B6, GATORADE e ÁGUA DE COCO, por se tratar de suspeita de virose. Porém, no dia 15 seguinte em razão do agravamento do quadro foi encaminhado ao Hospital Nossa Senhora do Rosário, onde foi internado na Unidade Intensiva em estado de coma, sendo constatado após os exames realizados, tratar-se de DIABETES, com dependência de controle insulínico.

O Juiz não está adstrito ao laudo pericial.

Não está se discutindo o atendimento posterior prestado ao autor depois da internação no Hospital Nossa Senhora do Rosário, mas a imperícia e negligência médica nos atendimentos iniciais.

Ainda que pudéssemos eliminar eventual culpa em razão do primeiro atendimento, nos posteriores, em razão da manutenção do quadro clínico, caberia ao médico adotar medidas adequadas visando diagnosticar a patologia do paciente.

Como analisou o juiz: ***“Considerando tratar-se de hipótese dentro de um pronto socorro, cabia ao funcionário da ré adotar conduta cautelosa, prudente e eficiente, levando-se em consideração especialmente o fato de que era a segunda vez que o autor apresentava-se ao pronto-socorro com os mesmos sintomas, sem sinal de melhoria no seu quadro... Tendo em vista o quadro apresentado pelo autor, a persistência dos sintomas, e a prescrição médica anterior, cabia ao funcionário da ré ter promovido medidas adequadas à análise do quadro do autor, e não persistido com medidas paliativas. Em outras palavras, é evidente onexo causal entre o diagnóstico médico e o tratamento equivocados, por conduta negligente e imperita, na rede conveniada à ré e posterior internação do autor em leito de UTI, por conta do coma ocasionado pela diabetes”***.

O Laudo Pericial analisou: ***“Já no segundo atendimento do autor - no dia seguinte, em 13/09/2012, diante da persistência das manifestações do autor (dores abdominais, náuseas e vômitos) - uma atitude médica mais cautelosa poderia, talvez, ter sido adotada, através de uma observação mais prolongada do autor nas dependências do Centro Clínico e eventual***

***solicitação de exames laboratoriais. No entanto, uma análise crítica de uma conduta médica, em situação de emergência, dentro de um pronto socorro, nem sempre pode ser rigorosamente aferida, pois depende muito da avaliação executada, na ocasião, pelo médico assistente, das condições do paciente e das circunstâncias em que tal atendimento tenha ocorrido. Em outras palavras, o tipo de atendimento a que o autor foi submetido, nesta segunda ocasião, não pode ser, rigorosamente, considerado como inadequado, embora alguns elementos técnicos, não adotados, possam ser questionados e deem margem a dúvidas quanto à qualidade e precisão desse atendimento. De qualquer forma, diante da suspeita da presença de infecção das vias urinárias do autor, foi-lhe prescrita antibioticoterapia”.*** (grifei)

Estas circunstâncias apenas revelam efetiva inadequação no tratamento dispensando ao paciente, inclusive com prescrição de antibiótico apenas por suspeita de infecção, o que revela o critério adotado para prescrição de medicação, embora não seja objeto do feito.

O erro médico é a conduta inadequada por inobservância técnica que resulte em dano a saúde ou à vida de alguém, produzida por imperícia, imprudência ou negligência.

O tratamento dispensado ao autor nas consultas anteriores ao internamento ocorreu de forma equivocada por erro de diagnóstico.

Mesmo que os sintomas não permitissem concluir pelo quadro de DIABETES posteriormente verificado, a ausência de diagnóstico preciso - que poderia ocorrer com a realização de exames simples - colocou em risco a vida do autor, levando-o à internação em estado de coma, o que revela a imperícia e negligência na atuação médica, pois eliminou a chance de um tratamento mais efetivo ao paciente no momento adequado.

Sobre a análise da culpa médica, ensina Miguel Kfoury Neto, “***o magistrado, na apreciação da prova, deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações. Prova cabal, irrefutável, insuscetível de questionamento por peritos médicos, é de difícilíssima obtenção, nessa matéria. Por isso, sendo os indícios convincentes, há mister julgar procedente a ação indenizatória. Nem se adotar a teoria do risco, a responsabilidade objetiva - o que seria injusto para com os médicos -, nem se exigir prova absolutamente inquestionável - injustiça ainda maior para as vítimas; nem o excessivo rigorismo - conducente à sistemática condenação - nem a complacência corporativista - que equivaleria à negação de um direito”***.<sup>1</sup>

Quanto à fixação do valor da condenação, já se decidiu que o juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desestimular a reincidência. A indenização deve

1 Responsabilidade Civil do Médico, 6º ed. rev. atual. E ampl., São Paulo, RT, 2007, p. 86/87.



ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Com o intuito de atingir esse equilíbrio o julgador deve recorrer ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, como pondera Flávio Tartuce: **“Se, por um lado, deve entender que a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do quantum indenizatório”** (Manual de Direito Civil, Editora Método, 1ª ed., pg. 434).

Levando em conta os quesitos acima, e o risco de vida provocado ao autor por imperícia e negligência da ré, entendo adequado o valor fixado (R\$ 50.000,00).

3. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014116-05.2016.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SULAMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., é apelado JORGE RINALDO RODRIGUES SOARES.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17/24223)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI e MARY GRÜN.

São Paulo, 13 de novembro de 2017.

MIGUEL BRANDI, Relator

**Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO - Seguro saúde - Cobertura do esfíncter artificial, necessário ao procedimento cirúrgico solicitado pelo médico - Parcial procedência - Condenação ao pagamento de danos materiais - Insurgência da ré - Descabimento - O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98**

**ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas - Inteligência da Súmula nº 100 desta Corte - Recusa de cobertura do material sob o argumento de expressa exclusão contratual que contraria a função social do contrato, retirando do paciente a possibilidade de sobrevida com dignidade - Aplicabilidade das Súmulas nº 96 e 102 desta Corte - Material que é inerente e integra o ato cirúrgico - Aplicação, em analogia, da Súmula nº 93 desta Corte - Recusa de cobertura inadmissível - RECURSO NÃO PROVIDO.**

## VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a sentença de fls. 82/86, que julgou parcialmente procedente a ação obrigação de fazer e indenização, movida por JORGE RINALDO RODRIGUES SOARES em desfavor de SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A.

O dispositivo da sentença foi lançado nos seguintes termos:

*“JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido e, afastada a pretensão indenizatória por danos morais, condeno a requerida a pagar ao autor o valor de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), correspondente ao montante por este despendido com o material inerente à cirurgia de implante de esfíncter artificial, válido para a data do desembolso, a ser acrescido, desde então, de correção monetária computada segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça deste estado para atualização de débitos judiciais. Juros de mora de 1% ao mês incidirão desde a citação.*

*A despeito da parcial sucumbência experimentada pelo autor, tomo em conta que foi a ré quem deu causa ao ajuizamento da ação. Por isso, condeno a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios que, com amparo no que dispõe o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais).”.*

Apela a ré (fls. 88/96), sustentando a reforma do julgado. Em suas razões, aduz que o contrato não foi adaptado à Lei nº 9.656/98, por culpa do autor, e que o disposto no negócio jurídico deve permanecer imutável, desde que não sejam violados os princípios da boa-fé e da onerosidade contratual. Destaca a clareza da avença no que toca às despesas não cobertas, mormente as órteses, enfatizando que o Poder Judiciário não pode criar obrigações contratuais inexistentes.

Dada a oportunidade de contrariedade (fl. 100), o recurso foi contrarrazoado (fl. 102/106).

Este processo chegou ao TJ em 12/06/2017, sendo a mim distribuído em 14/06/2017, com conclusão em 14/06/2017 (fl. 107).

É o Relatório.

Admito o recurso porque tempestivo e preparado (fls. 97/99).

O recurso não prospera.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, em que o apelado pleiteia à apelante, operadora de seu seguro de saúde, a cobertura do esfíncter artificial necessário ao procedimento cirúrgico solicitado pelo médico que o acompanha (fl. 29), alegando que a cobertura lhe foi negada injustificadamente.

Pois bem.

Primeiramente, não se sustenta a alegação de inaplicabilidade da Lei nº 9.656/98, visto que essa questão restou superada diante do enunciado da Súmula 100 desta Corte. Confira-se:

*“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.”*

Irrelevante, portanto, que o plano de saúde da apelada tenha sido firmado antes da Lei 9.656/98, uma vez que tendo renovação automática, sofre os efeitos da legislação atualmente em vigor.

Ademais, como bem destacado pela juíza sentenciante, *“não trouxe a ré comprovação de que assegurou ao autor oportunidade para adequação do contrato ao novo regramento legal, vigente a partir de 1998. A circunstância milita em desfavor da tese de resistência e impõe subsunção do ajuste a referido regramento, uma vez que competia à ré tal iniciativa.”*

Analisando a finalidade da lei que regulamenta o contrato de plano de saúde ou seguro saúde, concluo, com apoio em Cláudia Lima Marques, que o objeto desse ajuste é garantir cuidados à saúde do usuário/segurado contra evento futuro e incerto, através da assunção, pela operadora/seguradora, do dever de prestar serviços médicos necessários à cura ou a sua busca, ou de reembolsar as despesas efetuadas para esses fins:

*“O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes*

(consumidores-equiparados).(MARQUES, Cláudia Lima. 'Conflitos de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos de Saúde e Seguros de Saúde' in *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1999, p. 124)."

Dessa forma, as cláusulas que tendem a excluir à realização de tratamento médico, de modo a facilitar a posição da seguradora/operadora de Planos/ Seguros de Saúde, agravando a posição do segurado/usuário, não encontram fundamento de validade no Código do Consumidor, devendo, por isso, serem consideradas nulas, nos termos do que dispõe o art. 51, inciso IV e parágrafo 1º, incisos II, do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, tanto diante desse Código, quanto à luz da Lei 9.656/98, “o equilíbrio contratual, a função social do contrato e a boa-fé objetiva já serviam no direito comum de controle das cláusulas tidas por abusivas. Não há, em outros termos, direito adquirido a desequilíbrio contratual, nem à imposição de cláusulas iníquas” (AI nº 457.060.4/6-00, 4ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Francisco Loureiro, j. 02/02/06, entre outros julgados no mesmo sentido).

Assim, a interpretação dada pela ré ao contrato não pode chocar-se com as disposições estabelecidas nos diplomas destacados, sob pena de causar prejuízo ao paciente, principalmente porque a prótese (esfíncter artificial) indicada pelo médico que lhe assiste é necessária para a realização do procedimento cirúrgico.

Observe que, antes da opção pela cirurgia, outras alternativas foram tentadas para curar o problema de incontinência urinária do autor (fls. 27/28).

A par do quanto já foi exposto pela sentença hostilizada, acrescento que a apelante não poderia ter se negado a cobrir os materiais necessários ao ato cirúrgico fundada em eventual restrição contratual. Aceitar esse argumento seria o mesmo que dar guarida à cláusula abusiva, por colocar em risco o próprio objeto do contrato, ou seja, a busca da preservação da saúde e da vida, quando cientificamente possível.

Acrescento que o rol de coberturas obrigatórias trazidas pela ANS se refere às coberturas mínimas e não impede que as operadoras ofereçam planos com cobertura mais extensa. Este rol de procedimentos funciona apenas como orientação para as prestadoras de serviços, que não podem excluir ou limitar tratamentos médicos sem expressa previsão legal ou contratual.

Oportuno ressaltar que as Súmulas 96 e 102, desta Corte, deram fim à controvérsia ao enunciar que:

*“Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.”*

*“Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza*

*experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”*

Reconhece-se às operadoras a possibilidade de limitar doenças cobertas pelos contratos que oferecem; não se lhes reconhece, entretanto, a possibilidade de glosar cobertura de procedimentos e medicações, especialmente quando indicados por médicos, com fundamentação.

Além disso, tem-se por abusiva a negativa de cobertura, uma vez que o uso do esfíncter artificial é inerente ao ato cirúrgico em si.

Esta Corte há muito já vinha entendendo que a excludente de cobertura somente é admissível “*desde que não ligada ao ato cirúrgico*”. Isso porque as próteses “*têm a finalidade de substituição do corpo humano, destruídas ou danificadas parcialmente em razão de doenças, acidentes, ou excisadas em atos cirúrgicos ou curativos*”. Já as órteses, “*são aparelhos com a função complementar ou auxiliar de alguma função orgânica diagnosticada como deficitária.*” (Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, Lei dos Planos e Seguros de Saúde, p. 85).

Diante desse posicionamento, que adoto, é mais fácil compreender o porquê de somente se admitir a exclusão de cobertura de prótese e órtese, se não estiverem ligadas ao próprio ato cirúrgico.

Além disso, em uma série de casos relativos a cirurgias cardiovasculares, em que se discutiam a abusividade das cláusulas que excluem a cobertura de material necessário à sua efetividade, ficou pacificado, através da Súmula nº 93 desta Corte, o seguinte:

*“Súmula 93: A implantação de ‘stent’ é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98.”*

Referido entendimento que orientou a Súmula supramencionada se estende ao caso de próteses/órteses.

Portanto, sendo incontroverso, como no caso dos autos, que a cirurgia do apelado está coberta pelo seguro de saúde, tanto que a apelante autorizou a sua realização, bem como incontroverso que o material prescrito faz parte do procedimento cirúrgico visado pelo tratamento médico, de rigor a responsabilidade daquela pelo pagamento/fornecimento deste material.

Não se trata de impor à recorrente responsabilidade ilimitada pelo custeio da saúde do apelado, apesar de sua atuação complementar, mas de lhe impor o respeito à cobertura contratada, devendo esta arcar com o esfíncter artificial indicado pelo médico responsável pelo tratamento.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Em razão do resultado final do julgamento da ação, mantenho a distribuição dos ônus sucumbenciais fixados na sentença e arbitro os honorários advocatícios recursais devidos pela requerida em R\$5.000,00 (R\$3.500,00 na

instância de origem e R\$1.500,00 nesta), nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1130431-14.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada REGINA MARIA SORMANI FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes SUPERMERCADO YAYÁ LTDA. e ALZIRA DOS PRAZERES AMADOR FERREIRA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso do supermercado réu. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13493)**

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

São Paulo, 14 de novembro de 2017.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

**Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Queda da autora no estabelecimento comercial réu por conta de piso molhado e escorregadio. Insurgência de ambas as partes. Danos morais evidentes diante da dor e sofrimento experimentados pela autora. Valor, ademais, que atende aos pressupostos de reparar a vítima e desestimular o ofensor, com razoabilidade. Ausência de prova de maiores prejuízos a justificar a majoração do quantum. Valor, por fim, que deve ser corrigido desde o arbitramento e com juros de mora a partir do evento, nos termos da Súmula 54 do STJ. Pedido da autora de alteração do termo inicial dos juros acolhido. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso do supermercado réu não provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de ps. 103/107,

proferida pelo MM. Juiz de Direito da 28ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da corré Alzira e, no que tange ao Supermercado corréu, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condená-lo ao pagamento de R\$ 5.000,00, a título de indenização por danos morais.

Apelaram a autora e o Supermercado réu.

Pleiteia a autora a reforma do julgado (ps. 109/121), alegando, em síntese, que sofreu a queda porque o piso estava molhado; que ficou muito assustada após o incidente e passou a temer ingressar em hipermercados; que voltou a sofrer de tendinite, o que abalou a rotina de sua profissão de escritora; que até o momento não se encontra restabelecida; que o valor fixado a título de indenização por danos morais é irrisório e que os juros de mora devem ser contados a partir do evento danoso; e, finalmente, que os honorários advocatícios a que foi condenada deve ser reduzido, enquanto os honorários da parte contrária devem ser majorados.

Por sua vez, pretende o supermercado réu (ps. 122/127), preliminarmente, que a autora comprove, mediante documentos, a mencionada pobreza ou que sejam indeferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, impondo a autora o recolhimento das custas.

No mérito, sustenta, em síntese, que a autora não aceitou ajuda, nem atendimento e que afirmou sofrer de tendinite crônica, tanto que estava em tratamento desde outubro de 2013. Aduz, por fim, que é preciso evitar a proliferação da indústria do dano moral, devendo a indenização ser reduzida.

Apresentadas as contrarrazões (ps. 131/134 e 135/149), encontram-se os autos em termos de julgamento.

### **É o relatório.**

De início, fica mantida a gratuidade processual à autora porque, além de concedidos os benefícios em primeira instância (p. 42), a hipossuficiência financeira foi demonstrada documentalmente nesta sede recursal (ps. 166/167).

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

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais sofridos pela autora em razão de queda no estabelecimento comercial da ré em virtude do piso estar molhado.

De fato, é incontroverso que a autora sofreu queda enquanto realizava compras no estabelecimento réu e que o piso se encontrava molhado.

Houve, assim, negligência da fornecedora em prestar serviço seguro aos clientes, bem como sofrimento físico e moral da autora que - segundo consta - foi obrigada a passar por tratamento de tendinite com medicamentos e fisioterapia.

É de rigor, portanto, a manutenção da condenação da ré ao pagamento de



indenização por danos morais.

Mas não devem ser acolhidos os pedido de majoração ou redução do *quantum* indenizatório porque foi arbitrado em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como com o grau de culpa, a extensão do dano e a condição financeira das partes.

Não há sequer indício de prova de que os funcionários do supermercado não tenham prestado atendimento à autora, tampouco que a tendinite tenha sido causada ou agravada pela queda. Os documentos colacionados pela autora dão conta de que a autora já possuía a inflamação, que havia passado por tratamento antes do evento e permaneceu em tratamento após a queda. Não há qualquer documento médico que comprove as alegações de que a enfermidade já estava curada e que a queda tenha lhe causado recaída, tampouco de que a doença lhe tenha impedido de permanecer trabalhando. Aliás, segundo consta da qualificação na inicial, a autora é aposentada.

Destaca-se, apenas, que o valor fixado que deve ser acrescido de correção monetária a partir de seu arbitramento (Súmula 362 do STJ), como determinado na r. sentença, acolhendo-se o pedido da autora apenas para que os por juros de mora sejam contados desde a data do evento, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Nada há a ser alterado no que tange à fixação dos honorários advocatícios devidos ao patrono da corré Alzira porque já foram fixados no menor percentual previsto no §2º do art. 85 do CPC/15.

Por isso, por este voto, **nega-se provimento ao recurso de apelação do supermercado réu e dá-se parcial provimento ao recurso de apelação da autora**, apenas para alterar o termo inicial de contagem dos juros de mora.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029453-46.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO DONIZETI GOULART, é apelado PETROFORTE BRASILEIRO DE PETRÓLEO LTDA. (MASSA FALIDA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE E ELÓI ESTEVÃO TROLY.



São Paulo, 17 de novembro de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

**Ementa: Falência. Habilitação de crédito trabalhista. Extensão dos efeitos da quebra a outras empresas. Créditos resultantes da rescisão dos contratos laborais então havida devem ser trazidos à mesma data da falência originária, sujeitando-se aos acréscimos nas mesmas condições dos demais credores, que, igualmente tratados, concorrem, todos, a um único patrimônio arrecadado. Sentença mantida. Recurso desprovido.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 21/22) que julgou parcialmente procedente habilitação de crédito, nos autos da falência de Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda., para homologar os cálculos do administrador judicial e determinar a inclusão, na relação dos credores, do valor de R\$ 2.227,36, em favor do habilitante, na categoria dos privilegiados trabalhistas.

Sustenta o autor, em sua irresignação, que trabalhava na Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda. - Agrest, que somente foi alcançada pela falência em 12/09/2007, permanecendo em atividade, porém, até dezembro de 2011, ocasião em que se deu a demissão dos funcionários. Defende, assim, que os cálculos não podem retroagir à data da quebra da Petroforte, no ano de 2003, devendo ser considerado o mês de dezembro de 2011 para fins de incidência da correção monetária, sob pena de indevida redução de valor do crédito reconhecido na Justiça Trabalhista.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 30/40).

A Procuradoria de Justiça foi pelo não provimento (fls. 60/61).

É o relatório.

Em primeiro lugar, certo que, *“transitada em julgado a decisão proferida na Justiça especializada que deu origem ao crédito habilitado, não é mais possível alterá-la”* (REsp 705197/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 20/04/2006, DJ 07/08/2006, p. 220). Mas algo diverso é ajustar o valor apurado na Justiça Trabalhista, respeitada sua composição, à data da quebra, para o fim de atender ao princípio básico da igualdade dos credores, e mesmo conforme exigência da lei falimentar, por exemplo a respeito dos juros, como está no artigo 26 do Dec. Lei 7.665, que

rege a espécie.

De resto, o caso em tela envolve desate que não é simples, porque se tem extensão dos efeitos da quebra a outras empresas, com a qual a empregada - discutindo-se crédito trabalhista - mantinha relação laboral que se extinguiu após a decretação da quebra da empresa originariamente falida. A extensão e, por força dela, a extinção do vínculo laboral ocorreu apenas anos depois, razão de se pretender a habilitação pelo valor então apurado.

E, com efeito, deve-se reconhecer, não faltam razões a amparar este pleito. De maneira expressa, por exemplo, sustenta Manoel Justino Bezerra Filho que, *“com os conglomerados empresariais cada vez mais comuns, torna-se também comum a extensão dos efeitos da falência a outras sociedades empresariais componentes do mesmo grupo. Nestes casos, os juros e a correção devem ser contados até a decisão em que houve tal extensão, não havendo razão para se pretender limitar tais acréscimos ao dia da falência da ‘empresa mãe’. A massa falida das empresas que foram incluídas passa a existir apenas após a extensão, daí ser a data limite.”* (**Lei de Recuperação de Empresas e Falência comentada. RT. 11<sup>a</sup> ed., p. 101-102.**)

Certo já se haver argumentado com alegada unicidade do ato declaratório da extensão e com seu efeito retroativo à data da quebra original, objeto inclusive de decisão desta Corte, no sentido da orientação adotada, assim de tornar a 2003 o crédito posteriormente constituído, apenas que de natureza tributária (TJSP, Ap. civ. n. 0004516-47.2013.8.26.0539, rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 17.12.2016). Mas convém igualmente não deslembrar que os termos legais de falência não são necessariamente unos, o que, desde o artigo 5º da do Dec. lei 7.665, já se admitia para caso de sócios de responsabilidade ilimitada que comerciassem. Na lição clássica de Trajano de Miranda Valverde, *“na falência das sociedades, com sócios de responsabilidade ilimitada, a fixação do termo legal vale tanto para a sociedade quanto para esses sócios. Se eles, porém, exerciam também individualmente o comércio, o termo legal, conforme as circunstâncias, pode ir além, mas nunca ficar aquém da data fixada para o termo legal da falência da sociedade.”* (**Comentários à Lei de Falências. Forense. 1.948. v. I. p. 130. n. 117.**)

Todavia, igualmente ressaltava o autor o caso, justamente, de desconto ou de abatimento de benefícios ou interesses advindos do termo que, com a falência, se antecipava. E isto porque, na sua advertência, *“a eliminação do benefício do termo, de que gozava o devedor, provocaria um tratamento desigual entre os credores, se não acudisse a lei com o necessário corretivo.”* (**Op. cit., p. 174.**) Daí a regra do artigo 25 da lei anterior.

De outro lado, cabe o acréscimo de que termos legais desiguais, como antes se referiu para o caso, exemplificativo, de sócios de responsabilidade

ilimitada, têm em vista os patrimônios distintos, da sociedade e dos sócios (cf. **João Pedro Scalzilli et al, Recuperação de empresas e falência. Almedina, 2016. p. 698**, remetendo à lição de **Sérgio Campinho**).

Pois aí os dois dados relevantes a mencionar, indissociavelmente interligados. A decisão recorrida tendeu a equiparar os credores, trazendo seus créditos para a mesma data a fim de concorrerem, igualmente, ao um só patrimônio, unificado com a extensão. Se de um lado eram créditos formados em momento distintos, de outro tendem a ser satisfeitos com bens arrecadados em uma só massa. Por isso a homogeneização. Credores posteriores, posto que com créditos formados anos depois, concorrem com patrimônio desde antes arrecadado, tanto quanto credores anteriores se beneficiam de bens acrescidos à massa. E, se lhes acode, a todos, um mesmo patrimônio, razoável assumir que concorram em igualdade de condições, isto é, todos os créditos trazidos para uma só data. E a da falência originária, depois dela não vencendo juros, senão havendo sobra, na forma do artigo 26.

A rigor, formado grupo e, diante do desvio de finalidade e de confusão patrimonial, a extensão decretada ganha relevo enquanto medida de efetiva arrecadação de um único patrimônio que se forma e que serve à satisfação de todos os credores, assim de todas as empresas (**Sérgio e Osmar Correa Lima. A extensão dos efeitos da quebra. In: Reflexões sobre o projeto de Código Comercial. Coord.: Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha de Lima e Marcelo Guedes Nunes. Saraiva. p. 667**). Consideram-se as pessoas jurídicas como uma só (STJ, **Resp. n. 63.652-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.2000**), pelo que do mesmo modo devem ser tratados todos os seus credores.

E, no caso, foi exatamente o que se deu já quando a extensão se decretou, conforme acentuado em precedente anterior, desta relatoria, examinando todas as decisões precedentemente proferidas a respeito (**AIIs ns. 2108172-80.2015.8.26.0000 e 2100835-16.2015.8.26.00000**). A precisa determinação inclusive da Corte Superior, como então se assentou, foi, diante da fraude constatada, de desvio de patrimônio, mediante utilização de formas societárias complexas, para alcance do “*patrimônio de todos os envolvidos.*” (STJ, **Resp. n. 1.259.018, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 09.08.2011**).

Por isso a providência de calcular todos os créditos, vencidos antes ou depois da quebra, ou mesmo depois constituídos, para um mesmo valor real à data da quebra da Petroforte, mediante sua deflação. Não se altera o valor real de sua expressão para uma mesma data, igualando os credores que, nesta mesma condição, concorrem a um mesmo único patrimônio arrecadado. Todos se beneficiam, identicamente, conforme suas classes, da mesma massa, com iguais acréscimos contados - juros e correção, havendo sobra - incidentes a partir da mesma data. Se créditos depois constituídos sofrem deflação e afastamento

de juros que não incidem para nenhum credor depois da quebra, desde que a ela sujeitos, receberão juros e correção desde data anterior à constituição, só que, e aí a diferença, mediante as mesmas vicissitudes afetas a todos os demais credores. Ou seja, não há enriquecimento devido da massa e, ao mesmo tempo, submetem-se todos os credores à mesma condição de suficiência de recursos, como esta Câmara já decidiu, para incidência de juros e a correção (TJSP, **Ap. civ. n. 9000363-88.2001.8.26.0100, rel. Des. Elliot Akel, j. 19.02.2013**).

Finalmente, observe-se que mais não fosse e, a bem dizer, toda esta matéria já havia sido apreciada nos autos da falência e determinado a própria elaboração do quadro geral. Como constou de fls. 197.090-197.093, o MM. Juízo, em julho de 2015, a requerimento de advogado que representava cerca de mil e quinhentos credores trabalhistas, decorrentes da rescisão de idênticos contratos mantidos, no caso, com a Agrícola Rio Turvo, decidiu que, *“embora os créditos sequer existissem à época, como sustenta o patrono, os cálculos devem efetivamente retroagir à quebra. Isso porque, para garantir-se a pars conditio creditorum, deve-se possuir data única, em que todos os créditos possam ser mensurados nas mesmas condições. Nesses termos, ainda que o cálculo trabalhista seja proferido em data futura, sua correção (e que não determina acréscimo ou decréscimo a seu valor real, acrescenta-se, por se cuidar de fato neutro, por excelência) deve ser aplicada a ponto de retroagi-lo à data da falência.”*

Daí impor-se manter esta orientação, há muito fixada e, repita-se, que determinou a própria organização do quadro geral de credores.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000740-03.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante A.F., é apelado G.T.O. (G.(MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

**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 27441**)

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

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

TEIXEIRA LEITE, Relator

**Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE c.c. ALIMENTOS. Preliminares de nulidade da r. sentença, rejeitadas. Não comparecimento do apelante para realização do exame de DNA, sem qualquer justificativa plausível. Intimação para a prova que foi regularmente realizada, por Oficial de Justiça. Incidência da Súmula nº 301/STJ, que atribui a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em realizar a coleta do material genético. Nova oportunidade para realização da prova que não se sustenta. Declaração de paternidade que deve ser mantida. Alimentos. Binômio necessidade-possibilidade. Apelante que foi revel e não trouxe elementos consistentes a embasar eventual redução do montante fixado pela r. sentença. Necessidade do menor que é presumida, em razão da tenra idade (03 anos). Art. 1.694, § 1º do CC. Sentença mantida. Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de apelação tirada da r. sentença de fls. 105/110, que julgou procedente a ação de investigação de paternidade c.c. alimentos ajuizada por G.T.O. contra A.F., para o fim de declarar a paternidade do menor como sendo deste último, bem como para condenar o pai ao pagamento de alimentos no valor correspondente a 50% do salário mínimo, se desempregado, e em 17% dos seus rendimentos líquidos, inclusive 13º salário, férias e participação nos lucros, se estiver empregado.

O apelante, inconformado, suscita preliminarmente em suas razões (fls. 124/139 e 151/152), a nulidade do feito por ausência de citação e de intimação para realização da perícia técnica designada. No mérito, afirma que não foi produzida prova pelo apelado acerca da alegada paternidade, havendo simples afirmação da sua genitora, razão pela qual é inviável a procedência da ação, com base em mera presunção, diante da sua ausência ao exame designado perante o IMESC. Quanto aos alimentos, pontua que não foram feitas provas acerca dos seus ganhos, razão pela qual não teria o d. Juízo elementos suficientes para decidir a questão. Afirma que tem um filho, para quem já paga 30% do salário mínimo a título de pensão, razão pela qual a fixação dos alimentos a favor do apelado em 50% do salário mínimo é excessiva. Requer seja dado provimento

ao recurso, com a declaração de nulidade da r. sentença, determinando-se o refazimento do exame de DNA e, caso mantida a declaração de paternidade, sejam os alimentos reduzidos.

Contrarrazões às fls. 142/146, com preliminar de intempestividade.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça (fls. 159/161), opinando pelo desprovimento do recurso.

### **É o relatório.**

A preliminar de intempestividade, suscitada nas contrarrazões, está superada, eis que rejeitada pelo despacho de recebimento do recurso.

Não prospera, outrossim, a preliminar de nulidade da r. sentença arguida pelo apelante, com fundamento em irregularidade da citação e da intimação para realização do exame de DNA.

Isso porque, a citação foi pessoal, através de Oficial de Justiça, consoante se extrai da certidão de fls. 55, quedando-se o apelante inerte no prazo de defesa por mera liberalidade, certo de que teve integral ciência sobre os termos da ação e das consequências da sua desídia.

Logo, não apenas o ato citatório foi regular, como também o reconhecimento da revelia (art. 344 do CPC), nada justificando a anulação da r. sentença sob esse fundamento.

Igualmente não tem pertinência a tese de nulidade da intimação para comparecimento à perícia técnica designada.

Mais uma vez, foi o apelante intimado pessoalmente, por mandado, conforme deflui da certidão de fls. 99, deixando de comparecer ao ato por opção, posto que tinha conhecimento sobre a data e local da prova, bem como sobre a sua relevância para o deslinde da causa.

Eventual ignorância sobre os termos da lei, isto é, sobre as consequências do não comparecimento ao IMESC, com a devida vênia à tese suscitada neste recurso, não pode servir de fundamento para a repetição da prova, até porque, nos termos do art. 3º da LINDB, a ninguém é lícito pretender o descumprimento da lei sob o fundamento de que a desconhece.

Assim, também sob essa ótica, nada há que embase o reconhecimento da nulidade da r. sentença.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

Consoante se extrai dos autos, o apelante foi pessoalmente intimado para comparecimento ao IMESC a fim de realizar a coleta de material para o exame de DNA (fls. 83/84 e 99), deixando de fazê-lo sem que apresentar qualquer justificativa plausível.

Pelo contrário, pontuou nas razões recursais que aguardava o prévio comparecimento, ao ato, de outras pessoas que tiveram relacionamento

íntimo com a genitora do apelado no período da sua concepção, além de ter se descuidado quanto à data do exame:

*“Excelsos Julgadores, o ora Apelante, foi penalizado duplamente, pois primeiramente, não deixou de comparecer à realização do exame de DNA que fora marcado, por ato de revelia, mas, por total ignorância jurídica a respeito da matéria, pois, estava ele esperando que outras pessoas que com ela tiveram como ele, contato com a genitora do Apelado, inclusive naqueles mesmos meses, também fossem chamados para a realização de tal procedimento.*

*Ignorante das coisas da lei, enquanto aguardava que tal procedimento acima mencionado, ocorresse, acabou ele, não se apercebendo de que o prazo de que lhe fora determinado passou despercebido e, tal procedimento como não poderia deixar de ser, acabou não sendo realizado, mas não pelos motivos alardeados na fundamentação da sentença que aqui ora se guerreia, mas, por pura ignorância jurídica do ato por parte de Apelante.”* (fls. 151 e 125).

É dizer, não só deixou o apelante de apresentar defesa nos autos, em verdadeiro pouco caso com os termos da ação e à relevância do direito invocado pelo apelado, como também reconhece que foi regularmente intimado para o exame de DNA e que não compareceu porque ignora as “coisas da lei” e porque não se atentou à data designada.

O devido processo legal e o contraditório foram plenamente observados nos autos, certo de que o resultado obtido decorreu da absoluta negligência do próprio apelante em promover a defesa dos seus interesses, e não de eventual parcialidade do julgador como reiteradamente afirmado nas razões recursais.

Nesse contexto, tendo o apelante sido pessoalmente comunicado para os atos do processo, por Oficial de Justiça, sem que qualquer atitude tenha tomado durante 1 ano e 4 meses de trâmite da ação, em evidente indiferença ao direito reclamado, deu causa à incidência do disposto na **Súmula nº 301/STJ**: “*Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*”.

E precisamente por essa razão, nada justificava a repetição da prova na forma pugnada somente neste recurso (uma vez que não se manifestou em momento algum em primeiro grau). Aliás, o contexto dos autos sugere que se uma segunda chance fosse dada, mais uma vez deixaria o apelante de comparecer à colheita do material genético, já que sua postura em momento algum no decorrer do processo foi colaborativa.

Repita-se, é indubitável que o apelante perdeu a chance de fazer a prova técnica, a mais eficaz na apuração da filiação biológica, o que demonstra seu grande desinteresse em solucioná-la, optando por desculpas descabidas e comportamento evasivo no decorrer da instrução.

Com efeito, entre livrar-se da alegação da paternidade, e, por óbvio, das



consequências dela decorrentes, e submeter-se, apenas uma vez, a um exame simples de DNA, desde que convicto da total impossibilidade de resultar positivo o exame, parece lógico que o apelante não titubearia em fazê-lo. Se se esquivou, é porque tem dúvida do resultado, o que faz concluir ser inverídica a afirmação de que não teria sido o único a manter relacionamento com a mãe do apelado na época da concepção.

Mesmo neste recurso, vale observar que não indicou o apelante um elemento de prova sequer a tornar insubsistente a afirmação da genitora do apelado acerca da paternidade. Ao contrário, não mencionou o nome das pessoas que teriam supostamente mantido relacionamento amoroso com ela na época da concepção, não negou que teve relacionamento íntimo com ela nesse mesmo período e não trouxe qualquer outro elemento a sugerir a improcedência da ação.

Logo, a declaração da paternidade do apelado como sendo filho do apelante deve ser mantida.

No que tange aos alimentos, sabe-se que é buscado o equilíbrio enquanto resultado das necessidades do alimentado e das possibilidades econômicas do alimentante.

Nesse vértice, a regra do **art. 1.694, § 1º, do CC**, orienta que “*os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*”, o que se traduz no binômio necessidade-possibilidade que, ademais, deve guardar proporcionalidade.

Em concreto, observa-se que a cópia de fls. 137, não reproduz a última página da CTPS do apelante, havendo dúvida consistente sobre se houve registro posterior à sua demissão ocorrida no ano de 2006, ou não.

Afora isso, não trouxe o apelante cópia de suas despesas com subsistência (moradia e alimentação), de extratos de contas bancárias, de eventual declaração ao Imposto de Renda, tampouco esclareceu de que forma sobrevive atualmente (se com ajuda de parentes, ou realizando bicos - e quanto ganharia com isso - etc.).

Embora tenha demonstrado possuir outro filho, atualmente com 13 anos de idade (fls. 138), não comprovou adequadamente o valor dos alimentos pagos a ele.

Com efeito, limitou-se a trazer um único recibo, recente, datado de 07/10/2016 (fls. 139), o que é insuficiente a atestar a regularidade dos pagamentos alegados. Ademais, não houve identificação do subscritor, certo de que o próprio apelante figurou como emitente do recibo, o que não permite seja a assinatura aposta no documento atribuída à mãe de seu filho mais velho. Aliás, o nome do menor não é sequer mencionado no recibo, tornando questionável a sua autenticidade.

Portanto, mesmo com oportunidade de trazer provas consistentes das



suas possibilidades neste recurso, deixou o apelante de fazê-lo, razão pela qual não comporta acolhimento a tese de impossibilidade de pagamento dos valores fixados na condenação de primeiro grau.

Em abono dessa conclusão, como consignado pelo d. Juízo, as necessidades do apelado, atualmente com três anos de idade, são presumidas, envolvendo alimentação, saúde, educação, moradia, vestimenta, dentre outras.

Assim, considerando que a mãe também deve contribuir para o seu sustento, conclui-se que a estipulação dos alimentos em 50% do salário mínimo para o caso de desemprego do apelante, e em 17% dos seus rendimentos líquidos, quando estiver empregado, mostra-se razoável, proporcional e adequada à finalidade da verba, razão pela qual deve ser mantida.

Observa-se que não foi questionada a incidência dos alimentos sobre 13º salário, participação nos lucros e férias, nada devendo ser apreciado por este Tribunal a respeito.

Desta feita, o caso é de manutenção da r. sentença, nos termos em que lançada, inclusive quanto à distribuição dos ônus da sucumbência.

Para esta fase recursal, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (art. 85, §§ 2º, 8º e 11 do CPC), com nota de que é beneficiário da gratuidade de justiça.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003429-18.2016.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante FLAVIA ELIZABETH TEROSSI DIAS, é apelado JOÃO MACHADO.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33625)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES E J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

**Ementa: indenização por dano moral - pronunciamentos realizados na tribuna da Câmara**

**Municipal - impossibilidade de responsabilização civil de membro do poder legislativo - incidência da garantia constitucional de Imunidade Parlamentar - aplicação do artigo 29, VIII, da Constituição Federal - circunscrição do município que deve ser entendido como limitador do conteúdo da declaração e não do local onde proferida - sentença de improcedência mantida - recurso desprovido.**

## VOTO

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de pp. 199/203 que em ação de indenização por danos morais, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Recurso (pp. 207/217): pretende a reforma do julgado, alegando que o réu, vereador municipal, em pronunciamentos realizados na tribuna da Câmara Municipal e em postagens na rede social Facebook, ofendeu e denegriu sua honra, pois ultrapassou os limites da circunscrição do município quanto às regras descritas no artigo 29, VIII, da Constituição Federal.

Tempestivamente interposto o recurso, foram apresentadas as contrarrazões (pp. 222/235), verificando-se presentes os requisitos de admissibilidade, fica recebido em seus regulares efeitos.

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

Em que pese a argumentação expendida, o recurso não comporta acolhida.

Na esteira do já decidido por esta Câmara em duas outras apelações, relator o d. Desembargador Oscarlino Moeller (Apel. nº 442.536.4/4-00 - j. 12/04/06; Apel. nº 353.001.4/0-00 - j. 24/06/2009), que analisando detalhadamente a questão assim dispôs:

“Muito se tem dissertado sobre a imunidade material penal dos parlamentares.

Os dispositivos constitucionais garantidores da inviolabilidade dos membros dos parlamentos, por suas opiniões, palavras e votos (art. 29, VIII, e art. 53, caput), quase sempre são objeto de estudos exclusivamente quanto a seus efeitos no âmbito criminal. Até porque a maior parte dos casos até aqui enfrentados pelo Poder Judiciário está restrita à esfera penal.

No mais das vezes, imputa-se ao parlamentar o cometimento de crimes contra a honra (difamação, calúnia e injúria), e, assim, eventual apuração tem o seu trâmite delineado no domínio penal.

Entretanto, a imunidade material, assegurada constitucionalmente aos

parlamentares, alcança igualmente a órbita civil.

Examinando esse tema, a nossa Corte Constitucional, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.917-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), em 12/08/98, pelo seu plenário, firmou o seguinte entendimento:

‘A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se têm ocupado especificamente do tema’.

RAUL MACHADO HORTA, comentando a garantia institucional sob comento e citando doutrinadores franceses, leciona:

‘A inviolabilidade obsta a propositura da ação civil ou penal contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato.’ (Rev. Direito, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, jan./jun. 2000)

Na mesma linha, PONTES DE MIRANDA, analisando o art. 44, caput, da Constituição de 1946 (de igual enunciado ao art. 53, caput, da Carta atual), realça: ‘...não se admite o processo porque não há crime, nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil’ (MIRANDA, Pontes de apud MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 1999. p. 372) (grifos aqui adicionados).

Entre nós, o instituto da imunidade material parlamentar tem fonte constitucional desde a Carta de 1824 (art.26) e teve seu conceito alargado pelo art. 53, caput, da Constituição de 1988, que eliminou a cláusula restritiva ‘no exercício do mandato’.

Fiel a essa modificação, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que a proteção constitucional conferida pelo citado dispositivo alcança os parlamentares em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, mesmo aquelas produzidas fora da Casa Legislativa.

No que toca especificamente ao exercício da vereança, a matéria está tratada no art. 29, VIII, da Constituição da República, que dispõe:

‘Art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;' (grifos meus).

Como visto, o constituinte de 1988 elevou os vereadores à condição de agentes políticos da Federação e lhes atribuiu a imunidade parlamentar, nos mesmos moldes dos congressistas, restringindo-a apenas ao exercício do mandato e na circunscrição do Município.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES, ensinava, apreciando a questão dos limites da imunidade material dos vereadores:

“Entendemos que o espírito do Constituinte foi o de conceder plena liberdade ao vereador na manifestação de suas opiniões sobre os assuntos sujeitos à sua apreciação como agente político investido de mandato legislativo local. Desta forma, ainda que esteja fora do Município, mas no exercício do mandato, como representante do Legislativo municipal, deve gozar dessa prerrogativa ao manifestar sua opinião, palavra ou voto.’ (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 454.

Ora, se o discurso realizado pelo réu resulta do exercício do mandato por ele exercido, há que se reconhecer que tem ele imunidade por suas opiniões.

Não se pode exigir que no exercício do mandato esteja a medir palavras, nem que possa ser cerceados na sua liberdade de opinião, ainda que melhor fosse o comedimento no uso de expressões que possam ser consideradas ofensivas.

Diverso será, todavia, se o Vereador pratica atos que violem a honra de qualquer pessoa, fora do exercício de seu mandato. Nessa hipótese, estará sujeito a responder por dano moral, como qualquer cidadão.

Por fim, aquele que não quiser expor-se à crítica jamais deverá aceitar um cargo de governo. A vida pública do político ou daquele que assume posto de relevo na vida nacional, é devassável a todas as luzes, porque a coletividade precisa estar alertada contra todos quantos por seus atos ou atitudes possam colocar em situação de perigo o país, a moralidade pública e as próprias instituições.”

É o que ocorre nos autos, em que o requerido proferiu as palavras mencionadas na inicial em sessões da tribuna da Câmara Municipal, enquanto ocupante do cargo de vereador.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a inviolabilidade civil das opiniões, palavras e votos de vereadores:

Tema 469: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVOLABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMANDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA

CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este “apoiou a corrupção (...), a ladroeira, (...) a sem-vergonhice”, sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato em circunscrição do Município. 3. A interpretação da locução “no exercício do mandato” deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. 4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. 5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo. 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos. (RE 600063/SP).

Ainda que tenham sido divulgados os pronunciamentos feitos na tribuna da Câmara Municipal nas redes sociais, esse fato não afasta a garantia constitucional da imunidade parlamentar.

O termo “circunscrição do Município” utilizado no artigo 29, VIII, da CF diz respeito a um limite material do conteúdo da declaração e não está relacionado ao limite territorial.

Nesse sentido:

(...)

Indo mais além, para admitir a imunidade material do edil mesmo quando sua manifestação ocorre fora dos lindes municipais, Alberto Toron equipara tal inviolabilidade à dos congressistas no que tange ao âmbito espacial, exatamente por conterem ambas a mesma ratio essendi, devendo, assim, ser o art. 29, VIII, da Carta da República interpretado teleológica e sistematicamente com as demais normas constitucionais:

A exclusão da incidência da inviolabilidade nos casos em que Vereador tenha emitido sua opinião fora da circunscrição do Município deve ceder passo às exigências funcionais do cargo que não demandam que o Vereador se desloque do Município para, por exemplo, dar entrevista sobre um escândalo a uma rede de TV cuja sede está na Capital do Estado ou proferir discurso reivindicando verbas do governo federal na Capital do país, ou, por outra, criticando a política federal que desprestige o Município. Este é o corolário lógico de uma interpretação sistemática e

teleológica da Constituição.

Como lembra Luís Roberto Barroso, “as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade”. Claro está que aqui se embute a idéia de que, como afirma Luis Flávio Gomes, “o jurista do terceiro milênio está muito mais preocupado com a justiça das soluções que com o cumprimento cego, irracional, asséptico da letra da lei”. Com efeito, se está consolidado o entendimento de que a divulgação das idéias perante a opinião pública constitui “um alargamento do domínio da inviolabilidade, de modo a proteger não apenas a divulgação de atos do estrito exercício do mandato, quais os discursos parlamentares, mas também aos atos que o excedam, mas que se tenham relacionados à atividade ou à condição de congressista do agente e, por isso, cobertos pela franquia constitucional”, não se justifica que nesses casos fique o Vereador a descoberto. Por isso a advertência de Juarez Tavares no sentido de que a decisão do juiz não pode decorrer “de uma interpretação isolada da norma legal, devendo levar em conta, através da consideração desse conjunto de princípios, todos os elementos relevantes que possam se referir ao caso”.

[...]

Na linha do absurdo, veríamos a legitimação do processo até mesmo se a entrevista, gravada na Circunscrição do município, for transmitida para todo o Estado ou país.

[...]

Enfim, tomado o preceito constitucional de forma literal, haveria um inadmissível paradoxo, para não dizer iniquidade, que, reconhecido o nexos com as funções parlamentares, pudesse o Vereador ser punido pelo conteúdo da entrevista dada ou apenas transmitida para fora da circunscrição municipal.

[...]

outro aspecto envolvido nessa discussão radica-se no fato de que sendo o Município um ente federativo, não se justifica um tratamento díspar no conteúdo da inviolabilidade entre o Vereador e outros representantes políticos, ainda que atuantes no nível federal. Pense-se que, em idênticas circunstâncias, um Deputado ou Senador poderia se beneficiar da garantia. O princípio federativo e a conseqüente igualdade entre os representantes do povo nas respectivas Casas legislativas não podem conviver com uma desigualdade tão gritante de tratamento.

[...]

É que, remarque-se, a ratio essendi da garantia constitucional, da mesma maneira que não permite ampliações que descambariam para a outorga de um privilégio incompatível com o Estado de Direito Democrático, como seria uma interpretação literal do texto pode sugerir em relação a Deputados e Senadores, não pode conviver com limitações que a aniquilem para os Vereadores. O que está em jogo aqui, mais do que

uma interpretação literal, privilegiadora de um critério geográfico em detrimento do funcional, é a natureza das atividades que, na essência, são idênticas e, de outro lado, a ratio essendi da garantia fulcrada na independência do representante popular municipal que, mesmo antes da Constituição de 1988, deveria exercer a sua atividade política “com desassombro e coragem”. Ademais, e nessa linha de pensamento, não há sentido lógico e nem jurídico para se desamparar o Vereador se a opinião expressa for rigorosamente relacionada com suas funções representativas. (Op. cit., p. 301-304). Ives Gandra corrobora esse entendimento:

À evidência, a violenta emoção, isto é, as palavras mais candentes e as opiniões expostas em decorrência do exercício do mandato, não incriminam os vereadores, nem mesmo quanto a posições tomadas fora da circunscrição de seu mandato, se decorrem da função exercida.

(...) (REsp 1338010/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 02.06.2015).

Observa-se, finalmente, que a apelante sucumbiu, também, nesta instância, motivo pelo qual majoro os honorários advocatícios para 12% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o recurso interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao recurso é negado provimento, nos termos enunciados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042130-45.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante (...), é apelado (...).

**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 27.342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO

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

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Presidente e Relator

**Ementa:** SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA AMIGÁVEL – Pretensão de que sejam sobrepartilhados bens ocultos e outros subavaliados por ocasião da realização da partilha - Alegação de que o ato foi realizado em erro e sob coação - Pedido, na verdade, que encerra pretensão de que seja anulada a partilha outrora realizada - Aplicação do prazo decadencial de quatro anos do artigo 178, § 9º, V, do Código Civil - Ação proposta dez anos após a partilha - Pretensão atingida pela decadência - Irrelevância do nome atribuído à ação (de sobrepartilha de bens) - SOBREPARTILHA - Pretensão que seja tomada como tal - Inocorrência - Bens do casal descritos na partilha - Alegação de que subavaliados ou não indicados por inteiro (referência a uma cota de empresa pertencente exclusivamente ao varão) - Prescrição dessa pretensão, porque, conhecidos os bens no ato da partilha, a ação (que prescreve em dez anos - artigo 205 do Código Civil), foi ajuizada um mês após o termo final do prazo decenal, contado da data do negócio jurídico da partilha, quando nasceu a pretensão para a titular do direito (artigo 189) - PEDIDO SUCESSIVO E SUBSIDIÁRIO DE INDENIZAÇÃO, fundado em ter a mulher recebido menos de 50% do patrimônio do casal - PRESCRIÇÃO, igualmente, por incidente o prazo do artigo 205 do Código Civil, contado o prazo decenal da partilha, quando certo e distribuído o quinhão - Decisão que julga extinto o processo, por reconhecer operada a decadência da ação anulatória, mantida. Apelação não provida.

## VOTO

Em ação de sobrepartilha, o Juízo, na sentença de fls. 165/169, extinguiu o feito, por ter ocorrido a decadência do direito alegado. Opostos embargos de declaração (fls. 174/176), foram rejeitados (fls. 177).

Apela a autora. Alega: a) em momento algum pleiteou a anulação dos



atos praticados quando da partilha, mas simplesmente pretendeu, nos termos dos artigos 1.658 e 2.022 do Código Civil, que bens ocultados pelo réu fossem sobrepartilhados; **b)** ao contrário do mencionado na r. sentença, foi manejada a sobrepartilha, com pleito de indenização pelos danos suportados, conforme entendimento jurisprudencial do TJSP; **c)** como apurou-se que nem todos os bens haviam sido anteriormente colacionados, busca a recomposição do patrimônio comum, por meio da correta sobrepartilha de bens sonogados ou subavaliados.

Requer o provimento do recurso para que seja anulada a r. sentença e retomado o curso normal do feito.

Contrarrazões às fls. 247/263, arguida a preliminar de não conhecimento do recurso, por deserto.

### **É o relatório.**

1. A questão relativa à deserção do recurso já foi amplamente debatida por ocasião do julgamento dos Agravos de Instrumento nº 2054078-85.2015.8.26.0000, 2119941-22.2014.8.26.0000 e 2126203-85.2014.8.26.0000, todos interpostos pelo réu, nos quais se concluiu não ter ocorrido a deserção. A questão está preclusa, motivo pelo qual fica afastada a preliminar arguida.

2. Com relação ao mérito, o Juízo reconheceu a decadência do direito alegado e extinguiu o feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC/1973, nos seguintes termos:

“A preliminar arguida em defesa merece prosperar.

“O nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica, que tem a sua definição com base no pedido e na causa de pedir, aspectos decisivos para a definição da natureza da ação proposta.

“No caso concreto, apesar da inicial mencionar ‘Ação de Sobrepartilha de Bens’, o que pretende a autora, na verdade, é a anulação da partilha, sob a alegação de vício de consentimento.

“Neste sentido, verifica-se que a exordial menciona, de forma expressa, que a autora foi obrigada a aceitar a condição imposta pelo réu quando da separação, em razão de sua dependência econômica (coaçoão), sem a mínima possibilidade de alteração ou discussão, bem como não possuía ‘expertise’ para apreciação dos reais valores econômicos dos bens objeto de divisão - fls. 04/05, itens ‘4’, ‘5’ e ‘6’.

“Assim sendo, a presente medida judicial teve por escopo declarar a invalidade do ato jurídico, em virtude da ocorrência de vício de consentimento (e arrependimento) e não buscar o cônjuge prejudicado que bens e valores dolosamente omitidos na partilha fossem corretamente divididos, haja vista que adquiridos na constância do casamento, sem conhecimento da autora.

“E a corroborar tal entendimento, constata-se que todos os bens descritos na petição inicial e que ensejaram esta demanda foram partilhados na separação judicial amigável do casal em 26 de junho de 2003 (quotas do Banco Pactual, imóvel Avenida Vieira Souto, contas e fundos de investimentos, além de ações da RR Securities Limited), com ampla e recíproca quitação, a qualquer título (fls.25), registrando-se que a partilha pode ser desigual, pois os cônjuges, sendo maiores e capazes, podem transigir.

“Ainda, não há a mínima demonstração de que o casal possuía saldos em contas e aplicações à época da separação, os quais teriam sido dolosamente omitidos pelo réu, sem inclusive o conhecimento da requerente.

“Ressalte-se que homologado acordo em separação e que resolveu as divergências do casal sobre o patrimônio, é de considerar-se, ademais, desistência implícita sobre eventual bem omitido.

“Em consequência, tratando-se a presente na realidade de ação anulatória de partilha, o prazo de decadência é de quatro anos contados do acordo homologatório, de acordo com o art. 178 do Código Civil.

“Considerando na hipótese em tela que a separação consensual foi decretada em 26 de junho de 2003 (fls.27), de rigor o reconhecimento da decadência, já que transcorrido lapso temporal desde a separação consensual superior ao previsto em Lei.

“A este respeito, já decidi a jurisprudência: ‘TJMG. Família. Separação consensual. Partilha de bens. Ação anulatória. Prazo prescricional. Aplicação da prescrição do CCB, art. 178, § 9º, V e não a do § 6º do mesmo artigo. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial, inclusive do STJ, o prazo prescricional para anulação de partilha efetivada em ação de separação consensual é o do art. 178, § 9º, V, do CCB, e não o de um ano previsto no art. 178, § 6º, do referido código, que se dirige às hipóteses de partilha proveniente de direito sucessório’.

“Partilha amigável. Pretensão do separando à partilha de bens nela não incluídos. Alegação de que induzido a erro, quer dizer, a não incluir bens de que ambos tinham conhecimento, e que a mulher, agora, não quer partilhar. Pedido de sobrepilha ou de anulação de partilha. Processamento como aquele. Reconhecimento, no saneador, de que se trata de anulação. Decisão correta. Irrelevância, ademais, do nome atribuído à ação. Decisão saneadora mantida’ (Agravado de instrumento n.670.696.4/1-00 Rel. Des. João Carlos Saletti).

“Face ao exposto, JULGO EXTINTO o feito, com julgamento de mérito, com fundamento no art. 269, inciso IV, do Código de Processo

Civil.

“Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa atualizado”.

3. A autora recorre, alegando que pretendeu

*“nos termos do disposto nos artigos 1.658 e 2.022, ambos do Código Civil, que os bens ocultados pelo Apelado no declinado patrimônio do extinto casal, sejam sobrepartilhados (à razão de 50% para cada um dos ex-cônjuges), com pleito sucessório de indenização, não se cogitando, em hipótese alguma, da mencionada anulação do quanto já decidido anteriormente”* (fls. 197).

Não prospera o apelo.

A autora afirma, na petição inicial, que

*“restou demonstrado que alguns bens foram omitidos e outros subavaliados, diga-se, sem consentimento ou conhecimento da Autora que não possuía expertise para apreciar seu valor econômico”,*  
que

*“o advogado que assistiu a ambos foi escolhido exclusivamente pelo ora Réu, seu amigo de infância que era, sendo certo que, apesar de tal advogado ser irmão unilateral da Autora, com ela não mantinha qualquer vínculo efetivo, tendo sido apresentada a ela a petição de separação apenas no dia da assinatura”*

e que

*“não trabalhava e dependia inteiramente do Réu para seu sustento e suas filhas, motivo pelo qual foi obrigada a aceitar a condição por ele imposta quando da separação”*

e que, portanto é

*“evidente terem sido omitidos da partilha valores em pecúnia, tais como investimentos, saldos em contas-correntes, ações, entre outros (...)”* (fls. 4/5; os negritos são do original).

Diz que

*“o Réu omitiu da partilha contas e fundos de investimentos em nome dele e em nome da pessoa jurídica RR Securities Limited, da qual, absurdamente, só foi partilhada um cota em favor dele”.*

e que

*“o Réu também possuía contas junto ao banco Pactual (Bahamas), sendo de se destacar que todas as operações do Pactual foram adquiridas pelo banco UBS, posteriormente sucedido pelo banco BTG, em algumas delas, de modo que a instituição na qual ele possuía ativos foi sucedida*

*pele UBS (Bahamas)*” (fls. 6).

Também afirma que ao apartamento localizado na Avenida Vieira Souto, na cidade do Rio de Janeiro, foi atribuído valor inferior ao que efetivamente valia, porque

**“o valor indicado na partilha seguiu o valor na Declaração de Imposto de Renda do Réu, com base em sua escritura de venda e compra, inferior, portanto, ao valor real de mercado de um imóvel em local tão valorizado”** (fls. 6/7)

e que o patrimônio do Réu

**“ascendeu de R\$ 4.968,61 (em 31 de dezembro de 2002) para R\$ 6.242.910,19 (em 31 de dezembro de 2003), ano da Separação Consensual do casal, (...) alcançando o valor atual, por ele informado em audiência, de cerca de R\$ 200.000.000,00”** (fls. 7), variação patrimonial oriunda de alterações na participação acionária do réu no Banco Pactual.

Prosseguiu afirmando que

**“o valor utilizado para a partilha dos bens foi o indicado na Declaração de Imposto de Renda prestada pelo ora Réu, porém, esse valor se mostrou subavaliado em relação de mercado, sobretudo pelo que se depreende das declarações de Imposto de Renda anexas, em que se verifica a venda da participação acionária do Réu no Banco Pactual”** (fls. 7). Ademais, o réu também possuía contas pessoa física junto ao banco UBS (Bahamas)”.

Assevera que lhe foi feito pagamento em pecúnia de R\$ 1.000.000,00, o que indicaria ter o réu valores em espécie, não colacionados, que, portanto, teriam sido retirados do patrimônio comum do casal, o que explicaria a sonegação de valores.

Mas o réu, na contestação, afirmou que *“para poder efetuar aquele pagamento, contraiu um empréstimo no Banco Pactual, dando em garantia a participação societária que possuía”* (fls. 121).

O valor atribuído ao imóvel na partilha (fls. 24) está conforme a declaração destinada à apuração do imposto de renda (fls. 38), tendo o acordo consignado a responsabilidade exclusiva do varão por pagar a dívida junto ao Banco Pactual (fls. 25).

4. Procedi à digressão sobre o que sustentado e pretendido na peça inaugural para possibilitar melhor e mais preciso entendimento da causa que se está a decidir e a irrisignação da autora frente à r. sentença.

Contrariamente ao afirmado pela apelante, o acordo de separação menciona expressamente os bens agora ditos sonegados, tanto com relação às quotas da (...), quanto à (...) (fls. 24). Quanto a esta empresa, ela própria diz

que, “*absurdamente, só foi partilhada uma cota*” (fls. 6). Admite, portanto, que partilha houve, e que se deu com o assentimento dela, embora sob coação (não há entender diferente), porquanto, segundo afirmou, “*não trabalhava e dependia inteiramente do Réu para seu sustento e suas filhas, motivo pelo qual foi obrigada a aceitar a condição por ele imposta quando da separação*”.

Ora, se os bens relacionados na partilha eram ou se tornaram conhecidos no ato de sua efetivação, o desacordo entre o valor nela declarado e seu real valor não autoriza sobrepartilha, mesmo porque a pretensão, embora com esse colorido, traz como fundamento ter sido a autora **obrigada a aceitar a condição imposta pelo requerido**, indicativo de que a ação é anulatória.

5. O fato de ter havido substancial valorização da situação patrimonial do réu após ocorrida a separação do casal e a partilha dos bens é insuficiente para autorizar a sobrepartilha, a menos que a medida desse aumento efetivamente configurasse ocultação ou sonegação de bens no momento do ajuste.

A comprovação da sonegação, pela ocultação de bens existentes à época da efetivação da partilha, é condição imprescindível para a realização da sobrepartilha, nos termos do artigo 2.022 do Código Civil. Significa dizer que deverá ser provada a atitude dolosa do sonegador, ocultando bens que sabia deveriam ter sido trazidos a lume, para serem partilhados.

Na lição de CARLOS MAXIMILIANO, citado por CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“(…) ‘sonegado é tudo aquilo que deveria entrar em partilha, porém foi ciente e conscientemente omitido na descrição de bens pelo inventariante, não restituído pelo mesmo ou por sucessor universal, ou doado a herdeiro e não trazido à colação pelo beneficiado com a liberalidade’. A falta propositada, aduz, ‘constitui ato de má-fé; por isto, a lei a fulmina com especial penalidade’” (Direito Civil Brasileiro, Vol. VII, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 489).

Na hipótese dos autos, como dito e repetido, os bens foram relacionados e sua avaliação apresentada e aprovada pela requerente, que assentiu para com a partilha tal qual apresentada, segundo ela, no ato da assinatura.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“APELAÇÃO. AÇÃO DE SOBREPARTILHA. Demanda ajuizada com fundamento no art. 1.040 do CPC/73 (correspondente ao art. 669 do CPC/15). Pretensão de recebimento de valores não partilhados por ocasião do divórcio das partes. Descabimento. Não restou demonstrada a ocultação dolosa dos bens apontados. Ademais, os documentos carreados aos autos demonstram a ciência da apelante sobre a existência das contas bancárias do apelado, o que leva a concluir que a virago renunciou a eventual saldo existente naquela oportunidade, na medida em que não fora incluído na

partilha amigavelmente realizada. Sonegação não caracterizada. Sentença mantida. SUCUMBÊNCIA. Majoração dos honorários advocatícios, segundo as disposições do art. 85, §11, do CPC/2015. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1004525-52.2014.8.26.0152; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 29/08/2017)".

“Sobrepartilha. Alegado patrimônio existente à época da dissolução da sociedade conjugal. Inexistência de bens efetivamente sonegados. Os bens só podem ser efetivamente considerados sonegados, se ignorados pela parte a sua existência. Prova dos autos que demonstra que a apelante tinha conhecimento do suposto patrimônio à época do acordo de dissolução da sociedade conjugal e partilha. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. (TJSP; Apelação 0013623-65.2014.8.26.0318; Relator (a): Mauro Conti Machado; Órgão Julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Leme - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2017; Data de Registro: 26/04/2017).”

“SOBREPARTILHA. BEM IMÓVEL. OCULTAÇÃO NÃO COMPROVADA. RECURSO DA EX-CÔNJUGE IMPROCEDENTE. 1- A sentença julgou improcedente pedido de sobrepartilha de bem, sob o fundamento de que a autora tinha conhecimento da existência do imóvel, na época da partilha na separação consensual e posterior conversão em divórcio. 2- Autora que não comprova existência de hipótese de cabimento da sobrepartilha, de modo a infirmar os fatos alegados pelo réu (CPC/73, art. 333, I). 3- Apelação não provida. (TJSP; Apelação 0029637-47.2012.8.26.0625; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 07/02/2017; Data de Registro: 08/02/2017)”.

6. De outra parte, é **preciso ainda uma vez enfatizar**, como se vê, o que fato pretende a autora é **rever** os valores estabelecidos clara e expressamente na partilha dos bens do casal, procedida em 26 de maio de 2003 (cf. fls. 23/25), cujos termos teria sido ela obrigada a aceitar, **sob coação**, porque dependente do ex-marido, **e com erro**, pois não tinha capacidade técnica para valorar adequadamente o patrimônio existente. A alegação nesses termos implica, em verdade, não sobrepartilha, mas anulação do negócio jurídico realizado, ou seja, a partilha.

Nesse sentido, aliás, recente julgado deste E. TJSP:

“DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. AÇÃO DE NULIDADE DE PARTILHA. Questionamento diretamente atrelado à cláusula de partilha

de bens inserida em anterior acordo firmado em sede de Separação Consensual homologada em juízo em data de 23/09/2008. Alegações de dolo e coação levada a efeito pelo ex-cônjuge. Sentença que, entretanto, na origem, rejeita o pedido formulado pela autora. Recurso de apelação da autora. Uma vez homologada judicialmente a partilha, ainda que relacionada à Separação, segue-se o regime especial do artigo 1.029 do Código de Processo Civil. Decadência então verificada e aqui pronunciada de ofício no caso concreto, ante a propositura desta Ação tão somente em 11/04/2011, momento no qual já havia transcorrido o prazo decadencial de um (01) ano contado da cessação do prolapado vício do consentimento. Recurso de Apelação da autora não provido. Observação afeta à alteração do fundamento legal da extinção do feito, passando-se à pronúncia da decadência do direito da autora (artigo 269, IV CPC). (Apelação nº 0005883-93.2011.8.26.0566, Relator: Alexandre Bucci; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 26/05/2015)".

Não pode passar despercebido, ali, que, se à autora faltava capacidade técnica para compreender, avaliar e proceder a juízo de valor sobre quanto realmente valia o patrimônio do casal na ocasião, por certo que o mesmo não pode se dizer do Advogado (irmão unilateral seu, afirmou) que a acompanhou e assistiu no ato (fls. 26). Nesse passo, disse ela que esse irmão em verdade assistia ao marido, não a ela. Se era assim, cabia-lhe buscar assistente de sua confiança exclusiva. De qualquer sorte, a assessoria e a assistência técnica do profissional por certo que a convenceu, no momento, do acerto da partilha.

Aliás, a partilha atribuiu a ela cerca de um quinto do montante atribuído em valor ao patrimônio do casal na ocasião (R\$ 4.887.360,42), posto ter recebido R\$ 1.000.000,00 em pagamento de sua parte. Para isso não se trouxe explicação alguma que pudesse ou devesse ser explicitada, mas não foi.

No mais, como bem ressaltado pela r. sentença apelada, o nome dado à ação é irrelevante, porque não lhe modifica a natureza e a essência, que é uma só, a busca do reconhecimento de que a partilha foi feita de forma prejudicial à autora, de modo desigual e com subavaliação dos bens que compunham o acervo patrimonial do casal na época do acordo de separação, pelos motivos expostos, porque sob erro e coação. A denominação da ação, se próprio ou impróprio, não modifica o pedido e a causa de pedir e tampouco interfere na natureza jurídica da controvérsia trazida a Juízo.

A r. sentença, inclusive, anotou julgado relatado pelo signatário, em que se decidiu ser o caso de ação anulatória da partilha, quando a causa de pedir está fundada em vício na manifestação de vontade da parte (cf. Agravo de Instrumento nº 9038106-63.2009.8.26.0000, antes, 670.696.4/1-00; j. 27.10.2009):



*“PARTILHA AMIGÁVEL - Pretensão do separando à partilha de bens nela não incluídos - Alegação de que induzido a erro, quer dizer, a não incluir na partilha bens de que ambos tinham conhecimento, e que a mulher, agora, não quer partilhar - Pedido de sobrepartilha ou de anulação de partilha - Processamento como aquele - Reconhecimento, no saneador, de que se trata de anulação - Decisão correta - Irrelevância, ademais, do nome atribuído à ação - Decisão saneadora, mantida”.*

Com base nessa constatação, com assento na peça inaugural da demanda, tendo em vista que a separação e a partilha de acordo firmado pelas partes em 26 de maio de 2003 (fls. 26), e homologada a 26 do mês de junho seguinte (fls. 27), a ação anulatória do negócio jurídico da partilha, manejada 10 anos após firmado, foi fulminada pela decadência, nos termos do artigo 178, I e II, do Código Civil. Como ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “o decurso do tempo é fato jurídico que produz importantes efeitos em relação à vida e à existência dos direitos. Assim como a prescrição determina sua extinção, porque o priva da ação apta a afastar sua violação, a decadência também provoca o perecimento do direito, porque não foi exercitado dentro de um prazo determinado” (Curso de Direito Civil, vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 366).

Vale, a propósito, lembrar recente v. aresto do C. Superior Tribunal de Justiça, a respeito, indicando precedentes daquela Corte Superior e também do C. Supremo Tribunal Federal:

**“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA POR COAÇÃO.**

**DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRAZO DE CADUCIDADE DE QUATRO ANOS. ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL. SEGURANÇA JURÍDICA.**

1. É de quatro anos o prazo de decadência para anular partilha de bens em dissolução de união estável, por vício de consentimento (coação), nos termos do art. 178 do Código Civil.

2. Não houve alterações de ordem jurídico-normativa, com o advento do Código Civil de 2002, a justificar alteração da consolidada jurisprudência dos tribunais superiores, com base no Código Civil de 1916, segundo a qual a anulação da partilha ou do acordo homologado judicialmente na separação consensual regulava-se pelo prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, inciso V, e não aquele de um ano preconizado pelo art. 178, § 6º, V, do mesmo diploma.

Precedentes do STF e do STJ.

3. É inadequada a exegese extensiva de uma exceção à regra geral - arts. 2.027 do CC e 1.029 do CPC/73, ambos inseridos, respectivamente,



no Livro ‘Do Direito das Sucessões’ e no capítulo intitulado ‘Do Inventário e Da Partilha’ - por meio da analogia, quando o próprio ordenamento jurídico prevê normativo que se amolda à tipicidade do caso (CC, art. 178).

4. Pela interpretação sistemática, verifica-se que a própria topografia dos dispositivos remonta ao entendimento de que o prazo decadencial ânua deve se limitar à seara do sistema do direito das sucessões, submetida aos requisitos de validade e princípios específicos que o norteiam, tratando-se de opção do legislador a definição de escorreito prazo de caducidade para as relações de herança.

5. Recurso especial provido.”

(REsp 1621610/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 20/03/2017).

7. Quando se cuidasse de ação objetivando **sobrepilha** (o que não se compadece com a anulação da partilha, posto contraditório), solução diversa não haveria de ser tomada, porquanto também atingida a ação pela prescrição, que ocorre em dez anos (artigo 205 do Código Civil), contado o prazo da data do acordo, quando violado o direito e nascida para a titular da pretensão (artigo 189).

Como decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão citado por THEOTÔNIO NEGRÃO (*Código Civil e Legislação Civil em Vigor*, 33ª, ed., nota 2 ao art. 189, p. 128),

“o art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independente da efetiva ciência da vítima (STJ-3ª T., REsp 1.168.336, Min. Nancy Andrighi, j. 22.3.11, DJ 16.9.11)”.

Assim porque o acordo, como visto, data de 26 de maio de 2003, e a ação foi promovida somente em 21 de junho de 2013 (fls. 2). Ora, a apelante tomou conhecimento do patrimônio do casal, da avaliação do imóvel, das ações ou cotas de empresa e seus valores quando firmou o negócio jurídico da partilha. Os valores reais desses bens, de que ela se deu conta tempos depois não alteram o termo inicial da contagem do prazo, porque não se cuidavam de bens que ela não conhecia (porque sonogados) e que veio a conhecer posteriormente. Não, os bens eram conhecidos, mas ela, como explicou na petição inicial, foi forçada a aceitar ou não tinha condições técnicas de avaliar.

Confira-se, a propósito, v. e recentíssima decisão da mesma Corte Superior, que transcrevo no ponto que interessa:

(...)

#### 4. A pretensão de sobrepilha de bens sonogados no divórcio

**tem prazo prescricional decenal (art. 205 do CC/02). Precedente.**

(...)

7. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1537739/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 26/09/2017).

No mesmo sentido: REsp 1525501/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016. O mesmo tratamento se dava no regime do estatuto civil anterior: REsp 509.300/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 397; Esp 605.600/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 13/12/2004, p. 355).

Vista a causa por esse ângulo, portanto, a ação também se acha prescrita.

**8.** A petição inicial veicula pedido sucessivo, em caráter subsidiário:

*“caso não seja possível a sobrepartilha em decorrência de longo tempo passado desde a separação judicial, pleiteia-se uma vez que restou evidenciado que o Réu reteve mais de 50% dos bens do casal quando da partilha, seja ele condenado a indenizar a Autora, ‘inclusive quanto a lucros cessantes’” (fls. 14).*

O pedido, contudo, também está fulminado pela prescrição, posto que, em virtude da pretensão de indenização pela ocorrência do vício que macularia o negócio, incidente na hipótese a regra geral do artigo 205 do Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de 10 anos, considerado o lapso temporal entre a concretização da partilha, 26.05.2003 (fls. 26) e o ajuizamento da ação, ocorrido em 21.06.2013 (fls. 2).

Não pode ser diferente porque, também aqui, a lesão que autoriza a pretensão com esse fundamento se deu no ato do negócio da partilha, quando a apelante (forçada a concordar, disse) aceitou receber cerca de um quinto do monte partível do casal.

Enfim, nada há que ser alterado na r. sentença, que fica assim mantida por seus fundamentos, acrescidos dos acima alinhados.

**9.** Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014503-37.2012.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante/apelada R.L.A.,

é apelado/apelante F.A.S.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento ao apelo adesivo do autor. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

**Ementa: UNIÃO ESTÁVEL - Reconhecimento, dissolução, cumulada com partilha, cobrança de aluguel - Convivência incontroversa - Reconvênção - Ré que pretende a condenação do autor no pagamento dos danos morais - Afastamento - Infidelidade que, por si só, não gera o dever de indenizar - Ausência de circunstâncias extraordinárias a ensejar o dano moral - Dissabor natural do desfazimento do vínculo - Ré que também se insurge quanto à partilha do imóvel - Bem adquirido durante a convivência - Alegação de empréstimo do valor da entrada pela genitora da ré - Ausência de provas nesse sentido - Sinal mais as prestações pagas do financiamento que devem ser rateadas - Divisão das prestações vencidas após a separação - Necessidade - Eventual pagamento da parcela por apenas um dos consortes que deve ser restituída ao pagante - Eventuais prestações ainda pendentes quando do ajuizamento da demanda que também deverão ser partilhadas - Valores a serem devidamente apurados em fase de liquidação - Recurso adesivo do autor pretendendo a cobrança de aluguel - Possibilidade, referente à sua cota parte - Uso exclusivo do bem pela ex-companheira - Recurso da ré desprovido e acolhido em parte o do autor.**

## VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 133/139, acrescento que a sentença, julgou parcialmente procedente a ação, “para reconhecer a união estável mantida entre as partes, no período de julho de 1999 a dezembro de 2011, determinando a partilha dos direitos relativos ao bem imóvel adquiridos na constância da união

e a dívida sobre ele incidente”, julgando improcedente a ação reconvenicional.

Apela a ré às fls. 145/156, alegando em suas razões recursais, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi possível demonstrar o abandono pelo autor do lar conjugal, bem como o dano moral causado à ré. Relata que os alimentos foram acordados em 17/01/2013, porém, o alimentante não os paga há vários anos, com necessidade de ajuizamento de demanda executiva. Narra que até março/2010 residiram num imóvel pertencente aos pais do autor, tendo após essa data se mudado para a casa financiada pela Caixa Econômica Federal que adquiriram. Diz que não se mostra justa a divisão do imóvel, uma vez que o autor pagou apenas 10 parcelas do total de 360 prestações, deixando de quitar as mensalidades que se venceram após janeiro/2011, quando deixou o lar conjugal, ressaltando que a entrada foi paga com valor emprestado pela genitora da ré, tendo o ex-companheiro participado apenas com o valor de R\$ 4.000,00. Afirma que se vendido o bem a filha do casal sofrerá prejuízos, uma vez que não terá local para residir, enfatizando que a separação do casal ocorreu por infidelidade do autor, que simulou fictícios desentendimentos e, ainda, levou sua atual para o interior do lar conjugal, infringindo o autor deveres da união estável, cometendo insultos, constrangimentos, causando sofrimento à ré. Acrescenta que no período que antecedeu a separação a apelante enfrentou a indisciplina e o desprezo do requerente, devendo ser indenizada em valores que serão objeto de arbitramento judicial. Diz que parte do valor do sinal do imóvel foi pago através de depósito bancário realizado por sua genitora, no valor de R\$ 38.972,91, a qual recebeu esse montante em ação previdenciária por morte do marido, não podendo esse montante ser rateado com o autor. Explica que em fevereiro/2013 descobriu que juntamente com o financiamento do imóvel estava embutida a amortização de um empréstimo pessoal do autor, no valor de R\$ 50,00, devendo ser julgado improcedente pedido para arbitramento de aluguel. Almeja a adjudicação da propriedade em seu favor, afastando a divisão do bem, devendo o autor ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, ou alternativamente, a concessão de parcelamento para que a ré indenize o autor no pagamento de metade das 10 prestações pagas durante a união estável por este.

Recorre adesivamente o autor, às fls. 166/170, alegando, em resumo, que se mostra injusto a ré residir juntamente com seu atual companheiro no imóvel, que é de propriedade do casal, sem nada pagar, ressaltando que o valor da prestação é de R\$ 332,00, bem abaixo de qualquer aluguel. Argumenta que o julgado beneficiou duplamente a ré, pois além de não fixar indenização mensal pelo uso do bem, ainda exigiu indenização como compensação do pagamento da parcela, a ser abatida quando da venda do imóvel. Pugna pela reforma do julgado, a fim de que a apelada seja condenada ao pagamento de 50% do aluguel,

desde sua saída do lar conjugal, afastando a determinação de ressarcimento à ré das parcelas pagas por esta ou, ao menos, a fixação de devolução de apenas 50% das prestações.

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões (fls. 161/165 e 174/180), contendo as apresentadas pela ré pedido de condenação do autor nas penas por litigância de má-fé.

2. De início, não há que se falar em cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado do feito, posto que suficientes para julgamento da lide os elementos de convicção dos autos, mostrando-se, ademais, inservíveis para a solução da controvérsia a coleta das provas protestadas genericamente pela ré.

Sendo assim, estando perfeitamente delineados todos os fatos indispensáveis para o conhecimento da demanda, o julgamento antecipado do feito não viola os princípios do contraditório, da igualdade de tratamento das partes ou da ampla defesa, se entendeu a Magistrada dispor de elementos suficientes à formação do seu livre convencimento.

Aliás, é o que faculta a lei processual, por meio do seu artigo 370, daí porque a antecipação é legítima sempre que todos os aspectos decisivos da causa estiverem suficientemente líquidos para embasar o convencimento do julgador (RTJ 115/789).

Nesse sentido, a orientação oriunda do C. Supremo Tribunal Federal “a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (RE 101.171-8/SP).

De qualquer forma, todas as provas reclamadas pela apelante estão relacionadas ao aventado dano moral suportado, tema abordado no mérito, pelo que despicienda qualquer oportunidade exclusivamente para esse fim.

No mérito, ressalvado entendimento da Douta Magistrada, devem ser afastadas as razões do recurso da ré e acolhidas em parte as do adesivo do autor.

No caso em tela pretende o autor o reconhecimento da união estável com a requerida, bem como a partilha de bens, o arbitramento de aluguel em seu favor, a definição da guarda da filha, a regulamentação das visitas, ofertando o pagamento de alimentos à petiz de 20% de seus vencimentos líquidos.

Narra que conviveu com a ré de julho/1999 a dezembro/2011, advindo desse relacionamento o nascimento de Karen, em 25/07/2000, tendo o casal adquirido um imóvel em 15/03/2010, o qual foi financiado pela Caixa Econômica Federal, disponibilizando o autor todo seu FGTS para pagamento da entrada.

Argumenta que a ré reside no imóvel do casal juntamente com seu companheiro e deve, portanto, pagar taxa de ocupação referente ao quinhão pertencente ao autor, no valor de R\$ 500,00.

Em defesa, impugna a ré o valor da causa e afirma que os alimentos foram acordados em ação própria (nº 015783-43.2012.8.26.0606), concordando com a existência da convivência no período declinado na inicial.

Discorre que para pagamento da entrada do imóvel, o autor pagou apenas R\$ 4.027,09 e o restante foi quitado através de empréstimo contraído com a genitora da ré, tendo sido as prestações adimplidas pelo casal.

Descreve que o requerente abandonou o lar conjugal para se unir à sua atual companheira, que se encontra grávida, causando enorme sofrimento à família, enfatizando que sempre foi impedida de trabalhar.

Afirma que não possui companheiro e impugna a pretensão de cobrança de alugueres, um vez que o autor abandonou o lar conjugal, nunca foi impedido de ocupar o imóvel e pagou apenas 8% do sinal e metade de 10 prestações do financiamento.

Alega que sofreu abalo moral diante da dor do abandono, baixa estima e sentimento de perda causados pelo autor quando da separação, pugando pela improcedência do pedido de arbitramento de aluguel, condenando-o nas penas por litigância de má-fé.

Em reconvenção almeja a condenação do autor no pagamento de danos morais, pela quebra do dever de fidelidade e danos materiais por ter deixado de pagar a sua cota referente às prestações do financiamento do imóvel, bem como a adjudicação da propriedade em seu favor (fls. 74/83).

No caso vertente, não controvertem as partes acerca da existência da união estável e seu período, insurgindo-se o autor apenas quanto ao não arbitramento de aluguel e a ré quanto ao afastamento da condenação por danos morais e à divisão do imóvel.

Com relação aos pretendidos danos morais, não há como se acolher a pretensão da ré.

É que, a exemplo do casamento, desnecessária a discussão acerca da culpa pela separação do casal, inexistindo nos autos descrição de qualquer fato extraordinário que enseje a condenação do ex-companheiro pelo pagamento de danos morais.

Descreve a ré, de forma genérica, que o pedido se fundamenta em “maus tratos, crueldade mental, abandono conjugal e material e moral, além da infidelidade conjugal e um patente adultério, causando sofrimento, angústia e baixa autoestima na Ré” (fl. 47), contudo, não demonstra nos autos fatos específicos que lhe tenham causado o propalado dano moral, daí porque descabida a excepcional oportunidade para produzir provas.

Acerca do tema, julgados desta Egrégia Corte de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - Alegação de adultério - Adultério que, por si só, não gera o dever de indenizar - Ausência de

circunstâncias extraordinárias que caracterizem o dano moral - Precedentes jurisprudenciais - Manifestações do réu, em ação de alimentos, que também não caracterizam dano moral - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido.” (3ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 0005944-79-2011.8.26.0007 - Relator Desembargador Alexandre Marcondes julgamento: 03/09/2013).

Também esta Colenda Câmara já se posicionou sobre o tema: “APELAÇÃO - Ação Indenizatória por Danos Morais - Propositura contra ex-marido - Alegação de infidelidade conjugal, causadora de danos morais passíveis de indenização - Sentença de improcedência - Inconformismo - Infidelidade conjugal, por si só, não configura dano moral indenizável - Necessidade da prática de ilícito, v. g., violência física ou moral, para que exsurja o dever de indenizar, observada a cláusula geral de responsabilidade prevista no art. 186 c.c. art. 927, ambos do CC.- Dano moral não configurado, elementos dos autos que não comprovam que a autora tenha passado por situação vexatória em razão da infidelidade do marido - Recurso desprovido.” (Apelação Cível nº 0055930-91.2010.8.26.0506 - Relator Desembargador José Aparício Coelho Prado Neto - julgamento: 10/03/2015).

Desse julgamento merece destaque o seguinte trecho do voto: “não pode ser ignorado que há consenso na doutrina e na jurisprudência de que a violação dos deveres conjugais previstos no art. 1.566 do Código Civil tem como consequência a separação judicial (art. 1.572 do Código Civil), sem gerar direito à reparação de danos materiais ou morais. Neste sentido, são os seguintes ensinamentos de MARIA CELINA BODIN DE MORAES: ‘Do casamento decorrem, como se sabe, numerosas consequências jurídicas, dentre elas o uso do sobrenome do cônjuge, a fixação do domicílio da família, a provisão da manutenção familiar e o cumprimento de determinados deveres previstos em lei. O descumprimento de tais deveres gera, de acordo com o art. 1.572 do Código Civil, a possibilidade de propor a separação judicial. Nada mais. Diferentemente do disposto no art. 266 do Código Civil francês e do art. 1.792 do Código Civil português, para mencionar diplomas próximos ao nosso, nenhum preceito do Código Civil brasileiro prevê o ressarcimento dos danos causados pela própria separação, a qual, sabe-se, causa sofrimentos relevantes. (...)’

No que tange, pois, ao desrespeito dos deveres conjugais, quais sejam, a fidelidade, a coabitação, a assistência e o respeito mútuos, previstos no art. 1.566 do Código Civil, na ponderação dos interesses contrapostos entre a solidariedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, prevalecem, segundo a doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e as suas próprias opções de vida, não se admitindo que o seu descumprimento dê causa, com êxito, a ação de responsabilidade civil. A liberdade, se e quando exercida, não deixa de ter consequências jurídicas, pois, com fundamento no descumprimento dos deveres conjugais, determina o legislador a obtenção da separação judicial. E, de fato, dadas as circunstâncias em que se encontra a



relação, a solução pacificadora e 'o seu desfazimento'. ('Na Medida da Pessoa Humana Estudos de Direito Civil – Constitucional', Renovar, 2010, páginas 440 e 442/443). Com efeito, sabe-se que o importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável em casos como o presente, não é o adultério em si, mas se dele resultou para o outro uma situação vexatória ou grave o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro. Somente em situações excepcionais a quebra dos deveres matrimoniais, o de fidelidade, no que interessa no caso concreto, gera o dever de indenizar. É preciso, para tanto, que haja a prática de ilícito, tais como violência física ou moral, para que exsurja o dever de indenizar, observada a cláusula geral de responsabilidade prevista no artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil”.

Diante desse contexto, não há que se falar em danos morais.

No tocante à partilha, nas uniões estáveis, conforme doutrina Carlos Roberto Gonçalves incide “a Súmula 380, a Lei nº 9.278/96 e o novo Código Civil, para os bens adquiridos, respectivamente, até 1996, entre esta data e 2002 e a partir da vigência na atual codificação” (Direito Civil Brasileiro - vol. 6 - pg. 618 - 7ª ed.).

Portanto, no caso em comento, tem inteira aplicação a regra contida no artigo 1.725 do Código Civil pela qual nas uniões estáveis, salvo contrato escrito, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial.

Sendo assim, compõe o monte mor os bens amealhados na vigência do relacionamento e a partilha é feita segundo a norma do artigo 1.658 do Código Civil, que regula o regime de comunhão parcial de bens.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que deve mesmo o imóvel descrito na inicial ser dividido entre os litigantes, uma vez que adquirido durante a união estável (fls. 23/24).

Contudo, conquanto alegue a requerida que o sinal tenha sido pago com valor emprestado por sua genitora, nada há nos autos a demonstrar esse fato, devendo integrar o monte mor a entrada mais as prestações pagas durante a convivência.

Note-se que na escritura consta que R\$ 50.190,00 foram pagos com recursos próprios (fl. 24) e as cópias de cheques colacionadas à fl. 55 não se prestam a demonstrar a origem do valor utilizado para pagamento da entrada do imóvel.

Com relação às prestações do financiamento do imóvel pagas após dezembro de 2011 (data da separação), em havendo alienação do bem, deverão esses valores ser restituídos à ré, se devidamente comprovados os pagamentos, tudo a ser apurado em fase de liquidação.

Num ponto, contudo, merece reparo o julgado.

Com razão o autor quando pretende a fixação de locativo referente à sua



cota parte no imóvel, uma vez que o uso exclusivo do bem comum por um dos coproprietários gera em benefício do outro uma indenização, sob pena de se prestigiar o enriquecimento sem causa daquele que ocupa de forma integral o imóvel.

Esse arbitramento, contudo, é devido somente após a partilha dos bens, conforme diretriz jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que já se posicionou sobre o tema: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS CÔNJUGES. SEPARAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. INEXISTÊNCIA DE PARTILHA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE ALUGUEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. DECISÃO MANTIDA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, é possível o pedido de arbitramento de aluguel pela ocupação exclusiva do imóvel por um dos ex-cônjuges somente após a separação judicial e a partilha dos bens. Precedentes. 2. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, a teor da Súmula n. 283/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (4º Turma - REsp 1278071/MG - Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira).

Desse julgamento merece destaque o seguinte trecho do voto condutor do acórdão: “A decisão agravada está em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Ao contrário do alegado pelo recorrente, os precedentes citados estão todos de acordo com o entendimento exarado na decisão recorrida, qual seja, o de não ser possível, antes da separação e da ocorrência da partilha, arbitrar aluguel pela ocupação de imóvel comum por um dos ex-cônjuges. Da leitura atenta das ementas colacionadas na decisão agravada, é possível verificar que em todos constam a mesma orientação: a) No AgRg no Ag n. 1.212.247/SP, de relatoria do Ministro SIDNEI BENETI, está explicitado na ementa que é cabível o arbitramento do aluguel pelo uso exclusivo de patrimônio comum do casal ‘apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou divórcio, e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel’ (item II - grifei). Do corpo do voto, colhe-se este entendimento: ‘No que se refere à indigitada violação do artigo 186 do atual Código Civil, impende salientar que, a jurisprudência desta Corte admite o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel’. b) Nos EDcl no Ag n. 1.053.515/SP, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, consignou-se que é possível o ajuizamento da ação de arbitramento de aluguel ‘após a separação judicial e partilha dos bens’ (item 1 - grifei). Extrai-se da decisão monocrática, confirmada no julgamento colegiado, o seguinte trecho: ‘Portanto, não vejo como concluir diversamente da diretriz jurisprudencial desta Corte, que reconhece a possibilidade do ajuizamento, após a separação judicial e partilha dos bens, de ação de arbitramento de aluguel por um dos cônjuges em relação

ao imóvel, sob uso exclusivo e gratuito do outro consorte, com o objetivo de assegurar o seu direito à percepção de valor, a título de remuneração mensal, a ser devido a partir da citação'. c) Da fundamentação do REsp n. 3.710/RS, de relatoria do Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, constam estas relevantes ponderações: 'Uma das consequências mais expressivas desse regime peculiar a acuidade jurídica de ORLANDO GOMES põe em evidência. Após a observação de não se tratar de condomínio propriamente dito, porquanto nenhum dos cônjuges pode dispor de sua parte nem exigir a divisão dos bens comuns e de que a comunhão universal de bens cessa com a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, pela sentença anulatória do casamento ou pela separação judicial, ressalta que a ocorrência de um desses fatos extintivos não põe termo imediatamente ao estado de indivisão dos bens, pois a comunhão termina de direito, mas os bens permanecem indivisos até a partilha, enfatiza que, nesse interregno, o patrimônio comum subsiste sob a administração do cônjuge que tiver a posse dos bens (DIREITO DE FAMÍLIA, Forense, 7º ed., pag. 191). Nessa consonância, o uso exclusivo, por um dos cônjuges, de imóvel comum do qual tem a posse não dá ao outro cônjuge o direito de exigir a parte que corresponderia à metade da renda de um presumido aluguel, porquanto esse uso, por princípio de direito de família, ele faz ex proprio jure. Diverso seria o tratamento se o consorte, ao invés do uso próprio, locasse o imóvel a terceiro, eis que o aluguel, como fruto civil, pertence à comunhão e haveria de ser repartido''.

Observe-se, por outro lado, que a quantia de R\$ 500,00, descrita na inicial como valor do locativo, correspondente ao quinhão do autor não restou impugnado, devendo ser considerado como aluguel, referente à sua cota parte, mostrando-se razoável que possa ser descontado desse montante a metade do valor da prestação do financiamento, que é de responsabilidade do autor.

Destarte, deve a ré pagar a título de locativo o valor de R\$ 500,00, deduzido da metade do valor da prestação do financiamento do imóvel, desde a prolação do julgado de primeiro grau que estabeleceu a partilha e nesse ponto não foi atacado, havendo apenas impugnação quanto à forma da divisão.

Diante desse cenário, de rigor manter o decisum, para declarar a existência de união estável entre as partes, no período de julho/1999 a dezembro/2011, determinando-se a partilha do imóvel descrito na inicial, observando-se que as parcelas comprovadamente pagas com exclusividade pela ré, após a separação, deverão ser ressarcidas pelo autor (apenas sua cota parte), tudo a ser apurado em fase de liquidação, devendo ser acolhido parcialmente o recurso adesivo, apenas para condenar a ré ao pagamento de aluguel ao ex-consorte, referente à sua cota parte, conforme acima descrito.

Por fim, não é o caso de se impor ao requerente sanção por litigância de má-fé, uma vez que sua conduta processual não ultrapassou os limites constitucionais do exercício do direito de defesa.

Para os fins do artigo 85, § 11º, do novo Código de Processo Civil, arbitro honorários advocatícios em favor do patrono do autor em mais R\$ 1.000,00, observada a gratuidade deferida à requerida (fl. 135).

3. Ante o exposto, para o fim acima, meu voto nega provimento ao recurso da ré e acolhe parcialmente o adesivo do autor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001163-64.2015.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante RARO ENGENHARIA LTDA., é apelada VIVIANE COSTA DE SOUZA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.502)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

**Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Aquisição de imóvel em construção. Programa ‘Minha Casa, Minha Vida’. Atraso na entrega da obra. Lucros cessantes configurados, ante a impossibilidade de imissão na posse pela adquirente. Alegação de caso fortuito ou força maior sem consistência. Ré responde pelo risco da atividade que exerce. Prazo de prorrogação já abrange as vicissitudes da construção civil. Verba reparatória de 0,5% ao mês sobre o valor do contrato no período de atraso se apresenta adequada, haja vista a relação de consumo existente. Danos morais não se fazem presentes. Questão estritamente de âmbito patrimonial, portanto, disponível. Sucumbência recíproca caracterizada. Apelo provido em parte.**

## VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r.

sentença de págs. 161/164, que julgou procedente em parte ação de indenização por danos materiais e morais, envolvendo aquisição de imóvel em construção.

Alega a apelante que a sentença merece reforma, pois a previsão para a entrega do imóvel era de 18 meses a partir da data da assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, com prazo de tolerância de 120 dias úteis, portanto, até junho de 2014, não havia esgotado o tempo, quando fora expedido o *habite-se* da obra. Na sequência fez referência sobre chuvas que interferiram no andamento das obras, além de atrasos nos pagamentos devidos às construtoras em relação aos empreendimentos do Programa ‘Minha Casa, Minha Vida’, reiterando casos fortuitos e de força maior, bem como fato do príncipe e culpa exclusiva de terceiro. Continuando asseverou que na hipótese vertente não cabe o arbitramento de indenização diante da ausência de atraso na entrega da obra. Prosseguindo expôs que não foram demonstrados os supostos danos morais, mesmo porque, os fatos ocorridos não ultrapassaram a normalidade dos problemas da vida, não havendo prova de que a apelada tenha sofrido ou sido humilhada. A seguir transcreveu ementas de acórdãos, afirmando que a verba reparatória fixada é excessiva, devendo ser reduzida, a fim de afastar o enriquecimento sem causa. Por último, requereu o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, págs. 189/202.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma.

O pactuado pelas partes está materializado no instrumento de págs. 58/74, sendo que envolve aquisição de imóvel em construção pelo programa governamental denominado ‘Minha Casa, Minha Vida’, configurando notória relação de consumo.

Com efeito, constou expressamente no contrato que o prazo para o término da construção seria de 18 meses contados da assinatura do financiamento junto à Caixa Econômica Federal, pág. 59, que ocorrera em 17 de fevereiro de 2012, pág. 56, acrescentando-se a prorrogação de 120 dias úteis avençada, portanto, somente em janeiro de 2014 se esgotaria o lapso cronológico.

Por outro lado, a expedição do *habite-se* se dera em 06 de junho de 2014, conseqüentemente, houve atraso na entrega da unidade por aproximadamente seis meses, o que dá ensejo ao arbitramento de indenização por lucros cessantes.

Confira-se a Súmula 162 deste Egrégio Tribunal: “*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.*”.

A alegação da ré de ocorrência de caso fortuito ou força maior não

pode prevalecer, uma vez que a alienante deve responder pelo risco da própria atividade, ou seja, fortuito interno, além do que, o prazo de prorrogação, que tem validade e eficácia, já abrange as vicissitudes da construção civil.

Desta forma, a adquirente não pôde dispor do bem, por conseguinte, o óbice para a imissão na posse proporciona suporte para a condenação em lucros cessantes, ora fixados em 0,5% do valor do contrato ao mês, pelo período de atraso, com o acréscimo de correção monetária e juros de mora a partir da citação, o que inclusive tem sido praxe no âmbito jurisprudencial:

Oportunas as transcrições jurisprudenciais:

*“Apelação Cível. Compromisso de venda e compra. Atraso na entrega da unidade autônoma configurado. Lucros cessantes reconhecidos pela privação do uso e fruição do imóvel. Indenização fixada pela R. Sentença em 0,5% sobre o valor do contrato, por mês de atraso, o que reflete o valor locativo do imóvel. (...) Dá-se provimento em parte ao recurso.”* (Apelação Cível nº 1.006.032-78.2013.8.26.0606. Relatora Desembargadora Christine Santini. Primeira Câmara de Direito Privado. J. 31-01-2017).

*“Construção. Atraso na entrega (sete meses). Correta condenação em indenização pelo que o comprador deixou de auferir (0,5% do valor do contrato). Não incidência de danos morais e multa invertida. Inexigibilidade de IPTU no período em que as chaves permaneceram com a vendedora. Não provimento do recurso da ré e provimento, em parte, ao recurso da autora tão somente para condenação em honorários.”* (Apelação Cível nº 0.011.173-49.2013.8.26.0007. Relator Desembargador Ênio Zuliani. Vigésima Oitava Câmara Extraordinária de Direito Privado. J. 13-12-2016).

3. De outra banda, os danos morais não restaram caracterizados, pois o caso envolve questão estritamente de direito patrimonial, logo, disponível, além disso, quem adquire imóvel em construção também assume o risco, já que paga valor inferior ao de uma unidade concluída, portanto, a susceptibilidade exacerbada do polo ativo não dá supedâneo para a verba reparatória pleiteada.

A jurisprudência assim entende:

*“Compromisso de compra e venda. Propriedade imóvel. Data prevista para entrega da unidade. Detalhe relevante do negócio jurídico. Hipótese de caso fortuito ou força maior não configurada (Súmula 161 do TJ-SP). Disponibilidade tardia do bem (08 meses). Ilicitude objetiva. Inadimplemento relativo caracterizado. (...) Danos morais. A sonegação da propriedade no prazo estabelecido no negócio jurídico não enseja, em regra, sofrimento de ordem moral. Inexistência de quebra da esperança com a aspiração da morada. Depreciação da dignidade humana*

*não verificada. Admissibilidade excepcional. Indenização indevida. (...) Recurso parcialmente provido.” (Apelação Cível nº 1.017.564-36.2014.8.26.0114. Relator Des. Rômolo Russo. Sétima Câmara de Direito Privado. J. 03-04-2017).*

*“Apelação. Contrato de compra e venda. Atraso na entrega do imóvel. Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio. Condenação mantida nos moldes da sentença. Danos morais afastados. A inadimplência contratual não gera indenização por danos morais, por si só. Apelo parcialmente provido.” (Apelação Cível nº 1.020.829-23.2016.8.26.0002. Relator Des. Silvério da Silva. Oitava Câmara de Direito Privado. J. 31-03-2017).*

Em decorrência do desfecho da demanda, a sucumbência se apresenta recíproca, cabendo às partes suportar os honorários do advogado *ex adverso*, estabelecidos em 10% do valor da condenação, remunerando condizentemente os titulares da capacidade postulatória que funcionaram no feito.

**4. Com base em tais fundamentos, dá-se provimento em parte ao apelo.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000028-83.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelada ELZA ZAYAT.

**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 29800)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - Ação julgada parcialmente procedente para compelir a seguradora ao fornecimento do medicamento Lucentis, afastando, entretanto, a pretendida indenização por danos morais - Negativa de cobertura do medicamento**

**por não preencher os requisitos das diretrizes do Rol da ANS - Inadmissibilidade - Exclusão de cobertura do fornecimento de medicamentos que não se aplica a procedimentos acolhidos pelo plano - Inteligência da Súmula nº 102 deste E. TJSP - Prescrição trienal - Entendimento firmado em sede de recurso repetitivo do C. STJ - Recurso provido em parte.**

## VOTO

### RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela ré às fls. 226/251 contra a r. sentença de fls. 208/212, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e restituição de quantia para condenar a ré na obrigação consistente em ressarcir integralmente o valor dispendido pela autora com o tratamento realizado com o medicamento Lucentis, porém afastou a pretendida indenização por danos morais.

2. Irresignada, insurge-se a ré, alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição ânua para a pretensão de recebimento do valor do reembolso. Alega, outrossim, que o fornecimento do medicamento não é de cobertura obrigatória por não estar previsto no Rol de Procedimentos Obrigatórios da ANS. Aduz, por fim, que o reembolso é limitado conforme previsto no contrato firmado entre as partes.

3. Contrarrazões apresentadas às fls. 256/261.

### FUNDAMENTOS.

4. Pela ordem, analiso a preliminar suscitada pelo apelante, e o faço para acolhê-la em parte.

5. É que embora este E. Tribunal tenha se manifestado anteriormente pela aplicação do prazo decenal à hipótese dos autos, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de julgamento de recursos repetitivos, de que “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**, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, §3º, IV do Código Civil de 2002.” (...) “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” (REsp 1.360.969-RS).

6. Assim, não se aplica o prazo decenal, conforme consignado pelo i.



magistrado singular, tampouco o anual, conforme sustenta a apelante, mas sim o trienal, conforme entendimento cuja observância é obrigatória (Art. 927, III, do CPC) especialmente por se tratar de demanda buscando o ressarcimento por enriquecimento sem causa.

7. No mérito o presente recurso merece parcial provimento.

8. Não obstante faltem-me conhecimentos técnicos na área médica, não me parece que o tratamento prescrito à apelada subsuma-se à hipótese de negativa de cobertura por parte da apelante.

9. O que me cumpre analisar, por ora, é a indicação do tratamento para o caso da autora. E isso está suficientemente demonstrado nos autos, não podendo a seguradora escolher o melhor tratamento, pois, sendo ele julgado necessário pelo médico, deve o mesmo ser coberto, independente de estar previsto ou não no contrato.

10. Sendo a função social do contrato a preservação da vida e da saúde, vigorando o princípio da boa-fé objetiva, é claro que a intenção do consumidor é estar protegido no momento em que estiver com sua saúde fragilizada. E é essa a promessa também que a seguradora faz no momento da contratação. Assim, é cediço que o seguro deve abarcar tratamentos mais modernos à medida que vão surgindo, sob pena de sancionar o cliente que, desde jovem, contrata um plano de saúde e cumpre pontualmente com todas as obrigações de pagamento, mas se vê desprotegido num momento futuro.

11. É bem verdade que o contrato pode estabelecer algumas limitações ao direito do consumidor, excluindo alguns tipos de tratamento, bem como a cobertura de algumas doenças, entretanto, não pode furtar-se a custear o tratamento daquelas doenças cobertas pelo plano, sendo vedada a meia-cobertura.

12. Sobre o tema, confira-se magistério de Maria Stella Gregori:

“A obrigação da globalização da assistência, ao incluir a cobertura de todas as doenças previstas na CID, tornou defesa a exclusão de patologias, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos. As operadoras vendiam a ideia da integralidade da cobertura, mas deixavam à conta do SUS os procedimentos de alta complexidade e custos elevados. Determinavam livremente as condições contratuais, delimitando o que era e o que não era coberto.” (*In*: Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. Maria Stella Gregori, 3ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011. p. 183)

13. Ademais, é considerada iníqua a cláusula que limita a cobertura a doenças, procedimentos e tratamentos. Assim, não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houver um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida.



14. Se não bastasse, a exclusão de cobertura para o fornecimento de medicamentos prescritos, para não ser taxada de abusiva, deve ser interpretada como inaplicável àquelas situações em que a droga indicada seja, em si, um tratamento coberto.

15. Por derradeiro, quanto à arguição de que a negativa se deu sob a alegação de que o tratamento prescrito à segurada não cumpre com os critérios estabelecido nas Diretrizes de Utilização estabelecidas pela ANS, tampouco, é de se acolher, posto que o avanço científico é sempre muito mais dinâmico do que o Direito. Assim, não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houver um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida. É exatamente o caso dos autos: se há cobertura para a doença, não há razão para excluir-se os procedimentos prescritos, sob pena de inviabilizar-se o tratamento, já que são indispensáveis para o mesmo.

16. Aliás, este E. TJSP possui entendimento sumulado a respeito: “**Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.**”

17. Por fim, no que tange ao reembolso, diante da negativa injusta perpetrada pela seguradora, cabível o ressarcimento integral das despesas havidas com o tratamento do autor, desde que, comprovadamente, guardem relação com o tratamento pleiteado pelo apelado. Consigno, para este fim, que, os valores dispendidos pelo autor com o seu tratamento deverão ser devidamente comprovados e apurados em sede de liquidação de sentença.

18. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, impondo-se a observância do prazo prescricional trienal para o reembolso pretendido pela apelada, nos termos da fundamentação supra.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015161-28.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes/apelados MARIO SERGIO MODESTO e ANNA KATARINA VILAÇA ALEXANDRINO, é apelado/apelante QUEIROZ GALVÃO NATURE ETAPA 2 DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. e Apelado FERNANDEZ MERA HOLDING E PARTICIPAÇÕES LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao recurso dos autores e negaram ao da ré, nos termos acima

consignados. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.914)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

*Ementa. Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais c/c repetição de indébito e restituição de valores pagos por corretagem (sati) e taxas de contrato. Compromisso de compra e venda de imóvel. Sentença de procedência parcial. Inconformismo das partes. Atraso na entrega da obra. Culpa exclusiva da vendedora. Validade do prazo de tolerância de 180 dias. Impossibilidade de inversão de cláusula penal. Multa prevista somente em caso de inadimplemento dos compradores. Inexistência de previsão de sanção similar com relação à vendedora. Não fruição do imóvel importa lucros cessantes independentemente de prova e finalidade do uso pelo comprador. Indenização devida. Impossibilidade de cumulação com pedido de indenização por danos materiais em razão dos valores gastos com o pagamento de aluguel para moradia durante o período de atraso pois implicaria em “bis in idem”. Aplicabilidade do índice INCC para correção do saldo devedor até a entrega das obras. Dano moral, contudo, não verificado. Comissão de corretagem. Possibilidade do repasse da responsabilidade pelo pagamento ao comprador, desde que expressamente informado. Tese firmada pelo C. STJ em recurso repetitivo. Art. 1.040, III, do CPC. Cobrança da comissão de corretagem informada ao comprador, com destaque do seu valor na discriminação do preço. Restituição indevida. Contrato de Assessoria técnica imobiliária. Pedido de restituição da taxa SATI. Cabimento. Devolução simples pela não comprovação de má-fé. Multa contratual devida desde o fim do prazo de tolerância até a efetiva entrega das chaves. Recurso dos autores parcialmente provido e improvido o apelo da ré.*

## VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls. 381/392, cujo relatório se adota, complementada em embargos de declaração às fls. 400/401, que julgou parcialmente procedente a *ação ordinária de indenização por danos materiais e morais c/c repetição de indébito e restituição de valores pagos por corretagem (sati) e taxas de contrato*, movida por Mario Sergio Modesto e Anna Katarina Vilaça Alexandrino, em face de Queiroz Galvão Nature Etapa 2 Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e Fernandez Mera Negócios Imobiliários Ltda.

As partes pleiteiam a reforma da sentença pelas razões de fls. 403/452 e 455/466.

Recursos recebidos (fl. 472) e respondidos (fls. 477/480, 481/502 e 503/517).

É o relatório.

### **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**

De início, ressalta-se a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, eis que a natureza do negócio jurídico celebrado entre as partes é de compromisso de compra e venda no qual o vendedor constitui sociedade com o objetivo de comercializar imóvel e o comprador o adquire como destinatário final, nos termos dos artigos 2º e 3º, do CDC.

### **Prazo de tolerância para a entrega das obras**

As partes celebraram entre si compromisso de compra e venda de imóvel, com previsão de entrega das obras até 25 de novembro 2013, prorrogáveis por até 180 dias, conforme se observa da leitura do item III do quadro resumo e da cláusula 10.1 do compromisso de compra e venda (fls. 88 e 97).

Cumpra ressaltar que o prazo de tolerância de até 180 dias para entrega das obras não se mostra abusivo. Trata-se de cláusula muito utilizada no mercado imobiliário e que tem sido declarada válida pela jurisprudência desta C. Corte, confira-se:

**Apelação n. 0038073-17.2012.8.26.0068** - *Apelação Cível. Ação de indenização. Atraso na entrega do imóvel. Ausência de nulidade na cláusula de tolerância de 180 dias de atraso para entrega das obras. É praxe costumeira do mercado imobiliário exatamente este prazo de tolerância. Atraso na entrega do imóvel incontroverso. Responsabilidade da ré. De rigor a indenização a título de lucros cessantes no percentual de 0,5% sobre o valor atualizado do imóvel, desde junho de 2011 até a entrega definitiva das chaves, que possibilitou a imissão na posse do imóvel. Danos morais são descabidos. Apelo parcialmente provido.* (8ª Câmara de Direito Privado, Rel. SILVÉRIO DA SILVA, j. 16/04/2014)

No mesmo sentido, a Súmula n. 164, desta C. Corte estabelece que: *É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de*

*imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.*

Todavia, a requerida não cumpriu o prazo, deixando de entregar o imóvel na data prevista, já considerado o prazo de tolerância.

### **Atraso na entrega das obras**

O habite-se é mera autorização administrativa para ocupação do imóvel, não se confundindo com a efetiva entrega do bem, que apenas ocorre com a entrega das chaves. Somente a efetiva disponibilização das chaves ao comprador pode ser utilizada como parâmetro para efeitos de entrega das obras.

Nessa linha, a Súmula n. 160, desta C. Corte, dispõe que: *A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora.*

No caso, o “habite-se” foi emitido em 03/07/2013 (fls. 179/180).

### **Impossibilidade de aplicação analógica de multa contratual**

Incabível, todavia, a aplicação analógica da cláusula penal estabelecida no contrato para o caso de inadimplemento contratual dos compradores.

A multa, para ser aplicada, depende de previsão legal ou contratual, sendo descabida a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva. Inexistindo previsão contratual neste sentido, não cabe ao julgador modificar o contrato.

Nesse sentido, os termos da Súmula n. 159, desta C. Corte: *É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.*

### **Reajuste das parcelas pelo índice INCC**

O cálculo da correção monetária, que tem por finalidade a atualização do poder de compra da moeda, pode ser realizado por meio da aplicação de variados índices, elaborados por diversas instituições e diferentes metodologias, voltados para determinados setores da economia.

No caso dos autos, o INCC (índice nacional da construção civil) é o previsto no contrato firmado entre as partes para a correção monetária das parcelas, durante o prazo de construção da obra, vez que reflete a variação do preço dos materiais e insumos utilizados na construção civil, e tem como função resguardar o construtor de súbitas altas no preço de materiais de construção.

A entrega do imóvel estava prevista para 25 de novembro de 2012, o que não ocorreu em virtude de atraso nas obras. Embora essa hipótese estivesse prevista contratualmente, possibilitando a ampliação do prazo por mais 180

dias, a conclusão não foi honrada novamente.

O emprego do referido índice para atualização das parcelas após o esgotamento do prazo contratual para a entrega do imóvel coloca o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, IV, do CDC. Ressalte-se que o consumidor é compelido a arcar com as parcelas atualizadas por índice que reflete a variação dos preços dos materiais e insumos utilizados na construção civil em período superior ao previsto contratualmente para a entrega do imóvel. Por outro lado, o construtor é beneficiado pela correção do saldo devedor em valor superior se comparado a outros índices aplicados ao saldo devedor no período posterior à entrega das obras.

Desse modo, devida a sua incidência até o escoamento do prazo contratual para a entrega das obras, computando-se o prazo de tolerância. A fim de preservar a comutatividade e o equilíbrio contratual, a atualização das parcelas após o esgotamento do prazo contratual para a entrega do imóvel deverá observar o índice IGP-M, conforme previsto no contrato (fls. 89/90).

A diferença dos valores eventualmente apurados deverá ser restituída aos autores de forma simples, e não em dobro, diante da ausência de má-fé, não incidindo a hipótese do art. 42, do CDC.

### **Comissão de corretagem e taxa SATI**

As rés são partes legítimas quanto aos pedidos de devolução da comissão de corretagem e taxa SATI.

Em se tratando de relação de consumo, como é o caso dos autos, passa a responsabilidade a ser solidária, alcançando a todos que participam da cadeia de negócios e dela obtém alguma vantagem econômica, nos termos do art. 25, §1º, do CDC.

De acordo com os ensinamentos de LUIZ ANTÔNIO RIZZATO NUNES: *‘Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor; a legislação consumerista estipulou que todos os que participaram, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor’* (Comentários ao Cód. Defesa Consumidor, art. 25, nº3, Ed. 2000, Saraiva).

A comissão de corretagem, usualmente deve ser custeada pela alienante, porém essa responsabilidade pode ser atribuída ao comprador, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Para tanto, as informações devem ser claras, suficientes e precisas quanto às condições do negócio, principalmente de forma discriminada, de todos os encargos a incidir sobre a transação que seriam de responsabilidade dos compradores (art. 6º, III, do CDC).

Na presente hipótese, a partir da análise dos documentos de fls. 112/115,

conclui-se que a autora teve ciência inequívoca do pagamento efetuado e a que pretexto o foi.

Em que pese a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, nada há de ilícito na celebração de cláusula contratual neste sentido, vez que dentro da autonomia da vontade conferida aos contratantes.

O fato de o compromisso de compra e venda se tratar de contrato de adesão não torna, por si só, suas cláusulas abusivas, tampouco macula a vontade do consumidor, que tem livre arbítrio em assiná-lo ou não.

E não há falar-se em venda casada, pois os serviços foram prestados pela intermediadora e o comprador anuiu expressamente em suportar o pagamento de tal verba.

O C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência a respeito destas questões, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.551.951-SP e 1.599.511-SP. Confira-se:

**REsp n. 1.551.951-SP** - *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. TEORIA DA ASSERTÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. VALIDADE DA CLÁUSULA. SERVIÇO DE ACESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). COBRANÇA. DESCABIMENTO. ABUSIVIDADE. 1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, 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.*

2. CASO CONCRETO: 2.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade. 2.2. "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" (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP). 2.3. "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" (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.4. *Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da SATI.* 3. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.** (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016)

**REsp n. 1.599.511-SP** - **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. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. 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. 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. II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.** (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016)

Destarte, diante dos termos do art. 1.040, III, do CPC, descabida a devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem.

Por outro lado, abusiva a cobrança da taxa do serviço de assessoria técnico-imobiliária (taxa SATI), uma vez que caracteriza mera prestação de serviço inerente à celebração do contrato, não constituindo um serviço autônomo, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, a devolução dos valores deverá ocorrer de forma simples, e não em dobro, diante da ausência de má-fé, não incidindo a hipótese do art. 42, do CDC.

### **Indenização por danos morais**

No tocante ao pedido de indenização por dano moral, observa-se que o atraso nas obras é previsível em imóveis em construção e o mero aborrecimento dele decorrente, em regra, não caracteriza dano moral, salvo em hipóteses



excepcionais.

O dano moral é inaplicável em hipóteses como a presente, e salvo circunstância excepcional que coloque os compradores em situação de séria frustração, inexistente no caso dos autos.

Entende-se que, em regra, o inadimplemento contratual não gera dano moral. Nesse sentido a jurisprudência e a doutrina: O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material (enunciado 159 das Jornadas de Direito Civil do CJF).

Por estas razões, descabida a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

### **Indenização por danos materiais**

O inadimplemento da obrigação principal da vendedora (entrega do imóvel) gera o dever de indenizar os danos materiais causados ao comprador, consistentes nos danos materiais suportados pelo atraso na entrega da obra.

No caso em comento, o i. sentenciante condenou as rés solidariamente, ao pagamento de indenização decorrente do atraso na entrega da obra correspondente a 0,5%, com base no valor atualizado do contrato, desde a data em que este deveria ter sido entregue até a data da entrega das chaves, devidamente atualizado, o que não foi impugnado pelas rés.

Contudo, os autores pretendem seja majorado o índice adotado para 0,8%, o que cabe acolhimento.

Esta C. Câmara estipulou taxa de 0,5% do valor atualizado do contrato para o fim de compensar este tipo de dano, ressalvadas as situações em que houve contratação de locação de outro imóvel de igual padrão.

Nesse sentido, confira-se:

**Apelação nº 0010771-49.2013.8.26.0562** - *Compromisso de compra e venda - Atraso na entrega do imóvel - Lucros cessantes - Taxa de 0,5% do valor do contrato. Sobrevindo atraso culposo por parte da construtora na entrega do imóvel, a partir de então e até a efetiva entrega das chaves é devida taxa mensal de 0,5% ao mês, calculada sobre o valor atualizado do contrato. Precedentes. Compromisso de compra e venda - Inadimplemento parcial pela construtora - Atraso na entrega do imóvel - Pedido de aplicação reversa de cláusula penal contratada apenas para a hipótese de mora do adquirente - Inadmissibilidade. Se o ajuste de vontades não contempla cláusula penal para eventual mora da construtora, mas apenas para a mora do adquirente, não é dado à Justiça interferir no equilíbrio contratual e alterar o sinalagma para o fim de criar cláusula inexistente, notadamente se para a mora da construtora já se faz cabível determinada sanção. Precedentes. Resultado: apelação*



*parcialmente provida.* (Rel. ALEXANDRE COELHO, j. 28/10/2015)

Desta forma, o percentual fixado na sentença deverá ser mantido, assim como os demais critérios fixados na sentença a este título.

Incabível, por outro lado, a cumulação do pedido de indenização por danos materiais decorrentes do aluguel de outro imóvel com o pedido de indenização por lucros cessantes, uma vez que implicaria, no caso, *bis in idem* e enriquecimento sem causa.

### **Multa contratual**

O contrato celebrado entre as partes prevê a incidência de multa contratual em desfavor da vendedora para a hipótese de atraso na entrega das obras, no percentual de 2% ao mês sobre o valor do imóvel (cláusula 10.7 “a” - fl. 98).

A multa convencionada é exigível a partir do primeiro dia de atraso, isto é, após o transcurso dos 180 dias da cláusula de tolerância até a data da disponibilização do imóvel.

A base de cálculo da referida multa deverá observar o valor atualizado do imóvel previsto em contrato, em respeito à interpretação mais favorável ao consumidor. Além disso, a correção monetária é mera atualização do poder aquisitivo da moeda, não representando qualquer penalidade às rés.

### **Sucumbência**

Considerando que os autores decaíram de parte mínima do pedido, a sucumbência deverá ser mantida nos termos em que fixados na sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso dos autores e nego ao da ré, nos termos acima consignados.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1059745-26.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada TEREZA ATSUKO KUSSUMI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38561)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR (Presidente), MAIA DA ROCHA e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 17 de outubro de 2017.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

**Ementa:** Ação de indenização por danos materiais e morais. Desconto indevido de valores da conta da autora. Fraude perpetrada por terceiros. Sentença. Parcial procedência.

**Apelo do banco.** Ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. Não verificação. Súmula 479, STJ. Os fornecedores respondem objetivamente pelo dano causado ao consumidor em caso de fortuito interno. Desídia do banco que deu ensejo ao desconto de valores indevidos. Dano material comprovado na exordial. Dano moral. ‘Quantum’ fixado em patamar aquém do que entende razoável esta c. 21ª Câmara de Direito Privado. Honorários recursais majorados. Sentença mantida. Recurso desprovido.

## VOTO

Tereza Atsuko Kussumi ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra o Banco do Brasil S/A. O d. Juiz de Primeiro grau julgou os pedidos parcialmente procedentes. Determinou a restituição simples do valor R\$ 41.721,92 descontado da conta bancária da requerente e condenou o réu ao pagamento de R\$ 3.000,00 a título de indenização por danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios [fls. 245/250]. Insatisfeita, apelou a instituição bancária. Em preliminares, aduz ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido formulado pela autora. No mérito, visa à integral reforma da r. sentença no intuito de que a lide seja julgada improcedente e pleiteia, subsidiariamente, a redução do *quantum* fixado a título de danos morais [fls. 255/294]. Após, vieram as contrarrazões [fls. 352/265]. Processado e contrariado o recurso, em seguida.

### É o relatório.

Cuidam os autos de ação indenização por danos materiais e morais.

A autora é pessoa idosa. Aduz, em síntese, que em 09.02.2016 fora vítima do ‘golpe da troca de cartão’ e ao verificar o seu extrato bancário, no dia seguinte, constatou diversos saques e pagamentos efetuados por meio do cartão da sua conta corrente, o que gerou descontos de débitos, totalizando um prejuízo de R\$ R\$ 41.721,92. Desse modo, juntou documentos comprovando o quanto alegado, requerendo a devolução dos valores indevidamente subtraídos de sua conta bancária e indenização pelos danos morais sofridos [fls. 17/143].

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da exordial para determinar que o banco restituísse, de forma simples, os valores

descontados da conta bancária da autora. Depois, condenou a instituição bancária ao desembolso de R\$ 3.000,00 pelos danos morais acarretados e ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência [fls. 245/250].

Inconformado, o Banco do Brasil S/A interpôs recurso de apelação. Em preliminares, bate-se pela extinção do processo, sem resolução do mérito, por sustentar a inexistência de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, requer a reforma da r. decisão proferida pelo d. Magistrado ‘*a quo*’ para que a demanda seja julgada improcedente e, subsidiariamente, pugna pela minoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais [fls. 255/294].

Sem razão, contudo. Explica-se.

Preliminarmente, afastam-se as teses invocadas no apelo relacionadas à falta de interesse processual e à impossibilidade jurídica do pedido.

Em primeiro lugar, presente o interesse de agir da requerente, uma vez que presentes os seus dois requisitos, quais sejam, a ‘*utilidade*’ e a ‘*necessidade*’ do provimento jurisdicional.

Destaca-se a doutrina do professor Fredie Didier Júnior, ensinando que “*Há utilidade sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante. (...) O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito*” [cf. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, p. 362].

Verificado que não resolvido pelo réu em seu próprio âmbito administrativo o aclamo da autora, pertinente se fez o ajuizamento da presente ação judicial, que restou proposta pela correta via eleita [fls. 20/31].

Em decorrência da vigência do Novo Código de Processo Civil, conforme o apontado pela doutrina majoritária, aquilo que era tratado como possibilidade jurídica do pedido tornou-se matéria de mérito [cf. Enunciado 36 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC].

Contudo, mostram-se amplamente possíveis os pleitos contidos na exordial [indenização por danos materiais e morais], porquanto cabalmente existentes a fraude perpetrada por terceiros no âmbito de operações bancárias e a desídia demonstrada pelo requerido no decorrer da relação jurídica estabelecida com a consumidora.

Já no que diz respeito ao mérito propriamente dito, impecável a conclusão do d. Juízo ‘*a quo*’ pela existência de responsabilidade que enseja dano a ser reparado, e que tais danos decorreram da conduta ilícita do demandado, que não tomou as devidas providências para evitar o malogro de terceiros quando do exercício de sua atividade econômica.

O banco deverá responder por esta inércia, pois, conforme jurisprudência consolidada do e. Superior Tribunal de Justiça, “*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*” [cf. Súmula 479, STJ].

O valor a ser repetido, correspondente aos danos materiais, é aquele apontado pela autora e não combatido em seus termos pelo banco em sua contestação. Como bem concluiu o d. juiz de Primeiro grau:

“(…) Assim, na sistemática do ônus invertido, caberia à ré a prova de ter diligenciado no sentido de evitar que terceiros de má fé enganassem a autora, com procedimentos delituosos de substituição de cartão, para que utilizassem os seus documentos para o débito dos valores contestados pela requerente, como no caso em tela.

Trata-se, portanto, de típico caso de fortuito interno, já que compõe os riscos habituais do negócio realizado pela instituição financeira a tentativa de desconto de valores mediante fraude, impossibilitando a transferência a terceiros dos ônus que advêm de sua regular atividade.

Não obstante afirme a parte o contrário, é caso de incidência total da Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça, que assim estabelece:

‘*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*’.

E, como consequência, deverá o Banco efetuar o ressarcimento do quanto extraviado [R\$ 41.721,92], de forma simples, porquanto o pagamento dobrado somente tem aplicação quando tenha o fornecedor de bens e serviços agido de má fé. Sobre tal valor incidirão correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros moratórios de 1% ao mês, ambos a contar da data dos débitos [10/02/2016]” [fls. 246/247].

O dano moral, por sua vez, decorre de todo o calvário a que sujeitou a autora, quando não apenas teve valores subtraídos de sua conta bancária, mas também enfrentou resistência do banco em rever a sua situação.

Sobre a fixação da indenização por dano moral, Antônio Jeová dos Santos nos ensina que, “*A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, serve também como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça como que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do quantum na mensuração do dano moral*” [cf. Dano Moral Indenizável, Editora Lejus, São Paulo, 1997, pag. 58].

O valor arbitrado em Primeiro grau, de R\$ 3.000,00, mostra-se aquém do que se entende por condizente com o grau de reprovação da conduta do réu e com os prejuízos causados por ele, conforme jurisprudência desta c. 21ª Câmara de Direito Privado, como se pode observar dos precedentes adiante colacionados: [a] Apel. nº 990.10.292365-7, Des. Rel. Maurício Ferreira Leite, j. 02.02.2011; e [b] Apel. nº 990.10.476093-3, Des. Rel. Ademir Benedito, j. 15.10.2010.

Portanto, ausentes os elementos que poderiam ensejar na reversão do r. '*decisum*', mantém-se integralmente a r. sentença proferida.

Os honorários sucumbenciais decorrem da lei, qual seja, o novo Código de Processo Civil. Sendo o réu a parte sucumbente nos autos, arcará com a elevação da honorária devida ao causídico da autora de 10% para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 11, do referido *Codex*, o que se faz para remunerar o trabalho do advogado em grau recursal.

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

Na hipótese de interposição ou oposição de recursos contra esta decisão, 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 do art. 1º da Resolução 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.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1078231-59.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelada PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, após a ampliação do julgamento na forma prevista no artigo 942, §1º do CPC/2015, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador, que declara voto”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18404)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), CERQUEIRA LEITE, TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 3 de outubro de 2017.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

**Ementa:** AÇÃO REGRESSIVA JULGADA PROCEDENTE - ENERGIA ELÉTRICA - oscilação na rede de concessionária de distribuição de energia elétrica por causa de chuva que ocasionou danos em equipamento da segurada da apelada - responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º da CF) da concessionária de serviço público - ação regressiva da seguradora para haver o que despendeu em favor da segurada - concessionárias de energia elétrica devem encontrar meios de proteger a rede elétrica das descargas naturais para evitar danos aos usuários - nexos entre a descarga elétrica e os danos havidos no equipamento da segurada da apelada devidamente demonstrado - ação regressiva procedente - sentença mantida.

**SUCUMBÊNCIA RECURSAL** - apelo interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC de 2015.

**Resultado:** recurso desprovido.

## VOTO

Vistos.

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada pela autora Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais contra a ré Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL. Alegou a autora que firmou contrato de seguro na modalidade compreensivo empresarial, representado pela apólice nº 118.5679/2016, com Cupim Bar e Restaurante Ltda. ME. Em 16/05/2016, a unidade consumidora segurada foi afetada por um distúrbio elétrico, proveniente da rede de distribuição administrada pela ré que ensejou danos a bem eletroeletrônico que guarnecia o referido imóvel. Foi informada pela segurada do ocorrido (fls. 33/35). A segurada encaminhou os seus equipamentos a empresa especializada para apuração dos danos. Após exame pormenorizado do bem sinistrado e da apuração da causa dos danos, a referida empresa elaborou parecer técnico (fls. 39/40). A péssima qualidade da energia elétrica fornecida pela ré ocasionou danos nos componentes do bem eletroeletrônico segurado, tornando-o impróprio para o uso. A ré não preparou a sua rede de distribuição com dispositivos de segurança capazes de impedir o distúrbio na tensão fornecida para a unidade consumidora lesada. Indenizou a segurada no valor de R\$ 3.185,20, já descontada a franquia de R\$

900,00 (fls. 41/47). Não obteve êxito nas tratativas administrativas. Sub-rogou-se no direito da segurada contra o responsável pelo dano. Pediu a condenação da ré no pagamento do valor de R\$ 3.581,82.

A ação foi julgada procedente (fls. 196/197) para o fim de ser a ré condenada no pagamento do valor de R\$ 3.185,20, com correção monetária da data do desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. A ré foi condenada no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, a ré apelou (fls. 199/218). Alegou que o sistema elétrico estava em perfeitas condições pelo que não pode ser responsabilizada pelo prejuízo suportado pela apelada em face da sua segurada. Não houve qualquer falha ou interrupção nos sistemas internos de distribuição de energia no imóvel segurado que pudesse ocasionar queima no aparelho. Na inicial, houve alegação de que o dano no aparelho se deu por descarga elétrica. Ou seja, evento da natureza que não é da responsabilidade da apelante. O laudo juntado comprova que os aparelhos foram queimados em decorrência de descargas elétricas. Deveria ter sido utilizada cobertura para queda de raio e não de danos elétricos. Não houve prova do efetivo dano nem do desembolso em favor da segurada. Não foi cientificada a respeito da existência do dano elétrico alegado na inicial. Ausente a comunicação administrativa, não se instaurou o devido procedimento administrativo para que fosse analisada a existência ou não de nexo de causalidade entre o dano alegado e o serviço prestado. A responsabilidade objetiva da apelante não é integral. Pode ser afastada por caso fortuito e força maior, como é o caso dos autos. A Resolução nº 414/2010 estabelece as disposições relativas ao ressarcimento de danos elétricos em unidades consumidoras, causados por perturbação ocorrida no sistema elétrico. O consumidor tem o prazo de noventa dias para solicitar o ressarcimento à concessionária. A concessionária deve comprovar a existência ou não do nexo de causalidade, considerando os eventos prováveis causadores do dano. Após a inspeção, a concessionária tem o prazo de quinze dias para se manifestar sobre o pedido de ressarcimento. Atendeu às exigências traçadas pela ANEEL. Não houve falha na prestação do serviço. Não houve ato ilícito de sua parte. Em realidade, a queima se dá por falta de manutenção ou defeito do aparelho. Não há nexo de causalidade entre o comportamento da concessionária e os danos causados ao consumidor, pelo que não há que se falar em responsabilidade civil da ora apelante. As adequações das instalações internas das unidades consumidoras cabem aos usuários. Não se aplica ao caso o CDC. Prequestionou a matéria. Pelo que expôs, pediu o provimento do recurso.

Em sua resposta (fls. 224/255), a apelada basicamente pediu que o recurso interposto fosse desprovido.

Recurso formalmente em ordem.



É a síntese necessária.

Apelada, em virtude de contrato de seguro empresarial, pagou indenização no valor de R\$ 3.185,20, para conserto do “equipamento condicionador de ar modelo Piso Tetl Carrier de 80.000 btus” que guarnecia a unidade consumidora segurada, danificado por motivo de “oscilação de energia” (fls. 39). Constou do laudo de sinistro da apelada que a oscilação de energia ocorreu por causa “das chuvas” (fls. 34). Este o valor buscado em face da apelante, por conta da propalada responsabilidade dela pelo evento.

Primeiramente, de se destacar que na hipótese dos autos é objetiva a responsabilidade da apelante. Assim é por conta do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, de seguinte redação:

*“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”.*

Em se tratando de dano causado por concessionária de serviço público, a exoneração da responsabilidade só se dá desde que feita prova de que o evento foi provocado por caso fortuito ou força maior, culpa de terceiro ou exclusiva da vítima.

Basta, portanto, para a configuração da responsabilidade, hábil a ensejar a indenização, a demonstração da ação ou omissão da concessionária, do resultado lesivo e do nexu causal entre ambos.

Ademais, ao contrário do que quer fazer crer a apelante, aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, na hipótese de defeitos no serviço prestado e da ocorrência de fatos danosos relacionados aos riscos da atividade, a concessionária responde, em razão do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Fenômenos naturais, ao contrário do que pretende fazer crer a apelante, não excluem sua responsabilidade, uma vez que são previsíveis e corriqueiras as intempéries meteorológicas. Cediço que as concessionárias de energia elétrica devem encontrar meios de proteger a rede elétrica das descargas naturais para evitar danos aos usuários. Ademais, há de se garantir medidas protetivas aos usuários para que se evite a oscilação da tensão da energia recebida.

Dispõe o art. 210 da Resolução Normativa nº 414/2010 da Aneel que: *“A distribuidora responde, independente da existência de culpa, pelos danos elétricos causados a equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras, nos termos do caput do art. 203”.*

Em caso semelhante, já decidiu o Colendo STJ: *“(…) concessionária merece ser responsabilizada ante sua conduta omissiva e negligente, porquanto a queda de um raio não é um fenômeno natural, uma vez que, na qualidade de*



*concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, deve adotar de medidas preventivas, como por exemplo, instalar dispositivos de segurança eficazes para controlar a oscilação na tensão da energia elétrica sobretensão ou subtensão, que pode ser causada por raio, tendo como consequência, curto circuito e eventual incêndio” (AREsp nº 139147, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, DJe 01/08/2012).*

A apelante alegou que não foi comunicada do evento e que houve ofensa ao artigo 204 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL que dispõe que o consumidor tem até noventa dias para solicitar o ressarcimento à distribuidora. Não obstante, tal exceção não está prevista no art. 37, § 6º da CF, tampouco no art. 25, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95). Ademais, não pode um ato normativo infralegal criar óbices para o exercício do direito de ação.

Os danos havidos no equipamento da segurada da apelada realmente advieram de oscilação de energia. Neste sentido, os dados do aviso de sinistro e a conclusão constante do trabalho da empresa contratada pela segurada da apelada para fazer a vistoria no equipamento sinistrado (fls. 33/35 e fls. 39/40).

Por outro lado, não foi demonstrada de forma inequívoca qualquer excludente da responsabilidade civil para o rompimento do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a falha na prestação do serviço da apelante, nos termos do artigo 373, inciso II do CPC de 2015. A simples tela de seu sistema interno apresentada a fls. 70 não serviu para demonstrar que não houve interrupção na unidade consumidora.

No mais, a alegação de que havia problema nas instalações da segurada da apelada restou isolada nos autos.

Assim, não se há de falar em exclusão da responsabilidade civil da concessionária, restando devidamente demonstrada nos autos a existência de nexo de causalidade entre a conduta da apelante e o efetivo prejuízo ressarcido pela seguradora apelada.

O pagamento do sinistro ficou devidamente comprovado (cf. fls. 41/47). Em sendo assim, tem a apelada o direito de receber, em regresso, do causador do evento lesivo, a indenização desembolsada em prol da segurada. É o que há muito preconiza a Súmula nº 188 do STF, de seguinte redação:

*“O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.”*

O corolário é a manutenção integral da sentença.

Por fim, de se conferir o enunciado administrativo nº 7 aprovado pelo pleno do STJ quando da promoção de adequações de seu regimento interno ao CPC de 2015: *“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”.*

Dessa forma, tendo em vista que o recurso foi interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários de sucumbência para 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11<sup>1</sup>, do CPC de 2015. A quantia majorada é adequada para remunerar o advogado da apelada, considerada a natureza e a importância da causa, o trabalho desenvolvido, o tempo de tramitação e o local da prestação do serviço.

Alguns comentários a respeito do prequestionamento são necessários.

Não se obriga o magistrado a citar os dispositivos de lei que tenham orientado o seu convencimento. Basta que haja correlação do fundamento jurídico adotado com a correspondente base legal.

O prequestionamento expresso nada mais é do que a clara manifestação da matéria que se traz à apreciação do julgador. Por isso, repisando o que já foi sustentado acima, é desnecessária a citação de toda a legislação correlata à matéria para manejar os recursos extremos.

Nesse sentido, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça:

*“O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado”* (STJ-Corte Especial, ED no Resp 162.608-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.6.99, receberam os embargos, v.u., DJU 16.8.99, p. 37).

Nestes moldes, **nega-se provimento ao recurso.**

## DECLARAÇÃO DE VOTO

### (Voto nº 31.603)

O meu voto diverge do voto do relator sorteado, Des. Castro Figliolia, e sufraga o provimento ao recurso da ré, julgando improcedente a pretensão regressiva da autora.

Dúvida não há de que a responsabilidade da ré é objetiva e emana do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na medida em que, na forma do art. 175 da mesma Carta e da Lei n. 8.987/95, é concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica.

José Afonso da Silva, ao traçar a evolução histórica da responsabilidade civil

1 De seguinte teor: “Artigo 85. (...). §11. 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”.

da Administração, ensina que: “Agora a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as autorizatárias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade de danos causados a terceiros. Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcí-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (...) O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe a pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros Editores, 2011, 34ª ed., págs. 675-676).

Silvio Rodrigues não discrepa e acrescenta que: “A idéia é de uma responsabilidade sem culpa, e a clareza do texto afasta, na verdade, qualquer dúvida ou o mister de maiores desenvolvimentos. O legislador constituinte quis assegurar à vítima de atos danosos de funcionários do Estado o devido ressarcimento. Essa responsabilidade abrange as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções delegadas do poder” (“Direito Civil - Responsabilidade Civil” Ed. Saraiva, 1983, 7ª ed., volume IV, pág. 93).

Entretanto, a responsabilidade é elidida em casos de forçar maior e fortuito, incluindo-se entre esses eventos as descargas atmosféricas (raios) que, segundo o aviso de sinistro e vistoria acostados, deram causa aos danos no aparelho indenizado pela autora.

As descargas elétricas, ainda que frequentes, não são intrínsecas ao risco da atividade de distribuição de energia elétrica. São acontecimentos da natureza, de força maior, hoje previstos no art. 393 do Código Civil de 2002 e previstos no art. 1.058, parágrafo único, do Código de 1916, extrínsecos.

Antigas lições de Arnaldo Medeiros da Fonseca, na monografia “Caso fortuito e teoria da imprevisão”, Imprensa Nacional, 1943, 2ª ed., eram no sentido de que é sem utilidade a distinção entre força maior e caso fortuito e têm dois elementos: um interno, de caráter objetivo, que vem a ser a inevitabilidade do evento; outro externo, ou subjetivo, que vem a ser a ausência de culpa. Dizia ele que “... não há acontecimentos que possam, *‘a priori’*, ser *sempre*

*considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior providência humana”* (pág. 147).

Tem-se hoje meios de se medir descargas elétricas (raios), mas ainda não há meios de se prever a intensidade e os lugares de maior ou menor incidência, como outros fenômenos derivados de acontecimentos naturais como a inundaçã o e o terremoto, mais forte do que a vontade ou a ação do homem.

Os raios, portanto, continuam sendo acontecimentos de força maior e têm o poder de romper o nexo de causalidade, exceto quando distribuidora de energia elétrica é avisada e não acautela providências.

Carlos Roberto Gonçalves aborda o tema e conclui que: “*Assim, por exemplo, se uma faísca elétrica, um raio, descobrir ou romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. A menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema*” (“Responsabilidade Civil”, Ed. Saraiva, 1995, 6ª ed., pág 523, n. 107).

A seguir, reportando-se à doutrina de Agostinho Alvim (“Da inexecução das obrigações e suas consequências”, Ed. Jurídica Universitária, 3ª ed.), Carlos Roberto Gonçalves pondera que tem-se feito a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou “**Act of God**” dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco (ob. cit., pág. 524).

O meu voto reconhece o evento de força maior, excludente da responsabilidade objetiva da ré, em sendo fortuito externo, a não ser que tivesse sido ministrada pela autora a prova de que as descargas elétricas foram previstas e a ré avisada de molde a providenciar algo em condições de minorar as consequências.

A improcedência da pretensão e o provimento ao recurso da ré inverte os ônus de sucumbência, a cargo da autora as custas e despesas de reembolso, atualizadas desde os desembolsos, e honorários advocatícios arbitrados, por apreciação equitativa (art. 85, § 3º, inciso III, do novo CPC), em 20% do valor atualizado da causa desde o ajuizamento.

O meu voto dá provimento ao recurso da ré.

CERQUEIRA LEITE, Desembargador, 2º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002292-03.2017.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante MURILO MOLESIN ROZONI, é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45096t.)**

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

São Paulo, 17 de outubro de 2017.

MELO COLOMBI, Relator

**Ementa: CONTRATO. FINANCIAMENTO. IMÓVEL. INADIMPLENTO. NEGOCIAÇÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL.**

**1. O autor restou inadimplente com duas parcelas do financiamento de imóvel. As partes acordaram uma forma de pagamento dessas parcelas, devendo o banco emitir aditivo contratual nos termos negociados. Ocorre que o banco, por diversas vezes, remeteu aditivo com equívocos e, durante esse período em que as partes primavam pela fiel tradução do acordo em termos contratuais, levou o imóvel a leilão extrajudicial.**

**2. O acordo entabulado vincula as partes. O banco não poderia cobrar o contrato se, por culpa exclusivamente sua, o aditivo ainda não tinha sido assinado.**

**3. Cobrança abusiva, já que as tratativas não tinham se encerrado. Leilão extrajudicial que não poderia vingar.**

**4. Recurso provido.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 330/333, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente ação declaratória ajuizada por Murilo Molesin Rozoni contra Banco Santander Brasil S/A, concluindo pela regularidade do leilão extrajudicial efetuado. Honorários foram fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, apela o vencido, discorrendo sobre os fatos dos autos. Alegou que o banco o ludibriou durante a tentativa de acordo, para manobrar meios de adquirir o bem indiretamente. Afirma não ter sido notificado da excursão extrajudicial; que a certidão do oficial não pode prosperar já que não reflete a realidade; que, no dia da suposta notificação sequer estaria em seu domicílio, não tendo atendido ao oficial. Assevera não lhe ter sido oportunizada a purgação da mora; valor vil da avaliação para o leilão; ter havido anatocismo. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para procedência do feito.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O autor, ora apelante, narrou ter firmado contrato de financiamento para aquisição de imóvel, para pagamento em 420 prestações. Após pagas 24 delas, restou inadimplente com duas parcelas. As partes teriam entrado em acordo, para que essas duas parcelas fossem incluídas na cobrança das demais, com carência de 60 (sessenta) dias para retorno dos pagamentos. E que os pagamentos seriam realizados mediante boleto, a serem emitidos pelo banco. Aceitas essas condições, oferecidas pelo banco, este enviaria um aditivo ao contrato, a fim de formalizar a negociação.

O banco, então, enviou o aditivo, mas não incluiu o prazo de carência que prometeu. Mesmo instado a corrigir o erro, ele insistia em remeter sempre o mesmo aditivo, sem correção.

Nesse ínterim, o autor foi notificado sobre a consolidação do bem em mãos do credor, sendo informado de que o imóvel seria levado a leilão.

As mensagens eletrônicas de fls. 36/46 comprovam tratativa para o pagamento, bem como a insistência do banco em remeter aditivo diverso daquele tratado com o cliente.

“Data máxima vênia” do entendimento exarado pelo juízo sentenciante, essas tratativas realizadas entre as partes vinculam, sim, o proponente. Foi o banco quem propôs o aditivo e foi ele quem não cumpriu com sua palavra, enviando documento com dados diversos daqueles acordados entre as partes. Não poderia ele, por erro seu, penalizar a parte adversa. Durante o período em que estavam combinando a forma do pagamento das duas parcelas vencidas, o banco simplesmente enviou o contrato do autor para empresa de cobrança, olvidando-se que se tratava de caso em meio a negociações, e que o aditivo só não tinha sido assinado por erro seu (da própria instituição financeira).

Com o contrato levado a empresa de cobrança, os serviços do réu se apresentaram, mais uma vez, defeituosos (o aditivo equivocado também denota defeito).

Não cabe, portanto, validar a conduta da casa bancária, cuja vantagem, com seu agir defeituoso e, quiçá, malicioso, mostrou-se abusivo.

As partes já tinham acordado a forma do pagamento das parcelas vencidas. O autor demonstrou existência dessa tratativa. O banco não nega (não impugna especificamente) os termos dessa negociação. E as assertivas do autor contêm verossimilhança, porque ele informou ao banco o equívoco (via e-mail), e este não o rebateu à época. E o fato de simplesmente ter descumprido os termos do acordo não afeta a plausibilidade das alegações do autor.

Nesse passo, não poderia o banco levar o imóvel em meio a negociações a leilão extrajudicial. Com isso, de se afastar a regularidade do leilão extrajudicial.

O autor tem direito de revisão da forma do pagamento que, por culpa atribuível somente ao réu, acabou por ficar paralisado durante o período de excussão extrajudicial.

Cabe ao banco, então, anular eventual alienação, devolvendo o imóvel ao autor e permitindo manutenção do financiamento, com renegociação viável das parcelas não pagas.

Demais alegações ficam prejudicadas.

Invertida a sucumbência, cabe majoração da verba honorária em favor do patrono do autor. Honorários são fixados em 15% do valor da causa.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para declarar a nulidade do leilão extrajudicial, porquanto realizado de forma abusiva.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034796-09.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada CAMILA CARVALHO GODOI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes RAIMUNDO NONATO DE SOUSA e ANA PAULA DA ROCHA FERNANDES.

**ACORDAM**, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso dos réus na parte conhecida por votação unânime. Em julgamento expandido nos termos do art. 942 do CPC, por maioria de votos deram provimento ao recurso da parte autora vencido o 3º julgador que negava e declara.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37895)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente), CORREIA LIMA, LUIS CARLOS DE BARROS e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 2 de outubro de 2017.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator



**Ementa: RECURSO - Apelação - Réus pretendem a gratuidade processual, mas a sentença recorrida lhes concedeu tal benefício - Falta de interesse recursal neste ponto - Matéria não conhecida.**

**SENTENÇA - Nulidade - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Matéria suficientemente instruída - Cabe ao juiz da causa indeferir as provas que entender inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 370 do CPC/2015 - Preliminar repelida.**

**POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Herdeiros adquiriram a legítima posse e propriedade do imóvel, em virtude do princípio da “saisine” - Esbulho - Ocorrência - Réus admitem terem ingressado no imóvel por estar “abandonado” - Ciência inequívoca dos réus quanto aos obstáculos à aquisição da coisa - Posse injusta e de má-fé - Cabimento de proteção possessória à autora, nos termos do art. 561 do CPC/2015 - Pretensão da autora de indenização por lucros cessantes - Cabimento - Configurado o esbulho pela invasão dos réus, são estes responsáveis pelo pagamento da indenização correspondente ao valor dos alugueres do período, além das despesas com manutenção do bem esbulhado - Precedentes desta Corte - Não cumprimento dos requisitos necessários à caracterização da usucapião - Benfeitorias - Pretensão dos réus de retenção e indenização - Inadmissibilidade - Posse de má-fé - Inteligência do arts. 1.201 c.c. 1.219 do CC/2002 - Não comprovação de benfeitorias necessárias (cf. art. 1.220 do mesmo diploma) - Ação de reintegração de posse c. c. indenização por lucros cessantes julgada procedente e pedidos contrapostos julgados improcedentes - Sentença reformada. Recurso da autora provido e recurso dos réus desprovido na parte conhecida.**

## VOTO

1. Recurso de apelação contra sentença que julgou procedente esta ação de reintegração de posse de imóvel e condenou os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa (observando-se a gratuidade processual a que fazem jus).



Sustenta a autora que devido à ocupação ilegal do imóvel pelos réus deixou de obter rendimentos (alugueres) e por isso faz jus à indenização por lucros cessantes (pedido que não foi apreciado pela sentença recorrida). Pugna, assim, pela condenação dos réus ao pagamento da indenização pleiteada (cf. art. 402 do CC/2002), sob pena de enriquecimento sem causa dos réus.

Os réus pleiteiam, por sua vez, a gratuidade processual e sustentam que a sentença é nula por cerceamento de defesa, pois não lhes foi possibilitada a oitiva das testemunhas arroladas na contestação e tal prova demonstraria a data do início de sua posse e, conseqüentemente, a aquisição da propriedade pela usucapião. Afirmam ainda que o imóvel em questão já se encontrava abandonado pelo proprietário muito antes de seu falecimento, o que é demonstrado por documento que indica a falta de pagamento de impostos municipais desde 2009, dívida esta que eles pagaram. Narram também que tal abandono possibilitou a ocupação do imóvel por “mendigos e viciados”, de quem eles adquiriram a posse do imóvel mediante pagamento. Sustentam ainda os recorrentes que o bem é passível de prescrição aquisitiva, pois o ocupam há mais de cinco anos. Pugnam pela condenação da autora ao reembolso dos valores dispendidos na manutenção do imóvel e no pagamento de impostos.

Recursos tempestivos e bem processados, sendo contrariado somente o dos réus.

2.1. Considerando que os recursos foram interpostos após o início da vigência da Lei nº 13.105/2015, aplicam-se à espécie os ditames da nova legislação processual civil.

2.2. A pretensão dos réus-apelantes de concessão da gratuidade processual não é conhecida.

A gratuidade de justiça já foi deferida pela sentença recorrida e, portanto, os recorrentes carecem de interesse recursal nesse ponto.

2.3. Não houve cerceamento de defesa, em razão da não produção de prova testemunhal.

A formação da convicção do magistrado a respeito do tema controvertido - exercício ou não de posse justa pelas partes - independia de produção de prova oral, pois suficientemente dirimida pelas provas documentais constantes dos autos.

“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (cf. RE 101.171-SP, RTJ 115/789).

Consoante o disposto no art. 370 do CPC/2015, cabe ao juiz da causa indeferir as provas que entender inúteis ou meramente protelatórias.

“Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discricão do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório” (Cf. REsp. nº 3.047/ES, rel. Min. Athos Carneiro, j. 17- 9-1990).

Os fatos postos a julgamento estão claros e a matéria preponderante é de direito, sendo suficiente a prova produzida.

2.4. Camila Carvalho Godoi ajuizou esta ação possessória contra Raimundo Nonato de Sousa e Ana Paula da Rocha Fernandes, afirmando que os réus ocupam clandestinamente o imóvel situado na Rua Chinigua, 31, Lote 1B, Quadra A, São Paulo, que fora herdado por ela e por seus irmãos, após o falecimento de seu genitor.

Preleciona Caio Mário da Silva Pereira (cf. Instituições de Direito Civil, Direitos Reais, Forense, 2004, 18ª ed., v. IV, p. 69): “São requisitos do ‘interdito recuperandae’ a existência da posse e seu titular, e o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito (violência, clandestinidade ou precariedade)”.

O primeiro requisito a ser provado por possuidor vítima de turbação ou esbulho é a sua posse, seja em demanda de rito especial, de força nova espoliativa, seja de rito ordinário, de força velha. E também o exige o CPC/2015, nos procedimentos especiais possessórios, tanto para a ação de reintegração como para a de manutenção de posse (cf. art. 561).

A posse da autora está suficientemente demonstrada.

O princípio da *saisine* é de uma ficção jurídica que autoriza a apreensão possessória dos bens do *de cuius* pelos herdeiros vocacionados, legítimos ou testamentários, **independentemente de qualquer ato** ou da manifesta aceitação da herança. De acordo com a máxima jurídica, no instante da morte do *de cuius*, abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, de forma imediata e direta, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos herdeiros.

É o entendimento do STJ:

“DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil

- decorrente da sucessão -, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. **O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbacão ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá ope legis, independentemente da prática de qualquer outro ato.** 4. Recurso especial a que se dá provimento” (cf. REsp. nº 537.363/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª T., j. 07-5-2010).

Como se depreende dos documentos juntados aos autos a fls. 29-30 e 292, a autora comprovou que seu genitor, Euclides Franco de Godoi, era o legítimo proprietário e possuidor do bem, pois exercia sobre ele a posse indireta até a data de sua morte [que ocorreu em 08-6-2011 (cf. fl. 25)], pois o imóvel estava locado, ao menos até o mês de julho de 2011, para Caroline Oliveira Queiroz. Assim, **quando do falecimento de Euclides, houve imediata transmissão da posse, ainda que exercida indiretamente, e da propriedade aos seus herdeiros.**

O outro requisito necessário à concessão da tutela possessória, o esbulho, também está esclarecido nos autos, pois não há título que justifique a posse dos réus sobre o bem imóvel.

De acordo com a contestação (cf. fls. 60-70), os réus adquiriram a posse do imóvel mediante pagamento a “mendigos e viciados” que o ocupavam muito antes do falecimento de seu proprietário, pois se encontrava abandonado.

Ocorre, porém, que a mera ausência física do possuidor não caracteriza abandono do bem, conforme leciona Yussef Said Cahali: “Nos casos de simples ausência, e não nos de abandono, é que a posse só se reputa perdida quando o possuidor, ciente da ocupação alheia, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido” (cf. Posse e propriedade - Doutrina e jurisprudência, p. 223, Saraiva, 1987).

Frise-se ainda que não prospera a tese dos réus de que o bem estava abandonado. O documento acostado aos autos a fl. 25 indica que o imóvel estava locado até a data da morte de seu legítimo proprietário que exercia sobre ele, portanto, a posse indireta. Com o falecimento dele, a autora recebeu o bem no estado em que este se encontrava, em observância ao princípio da *saisine*, exercendo, após o óbito de seu genitor, também a posse indireta sobre o bem, o que afasta a caracterização do prolapado abandono.

Ademais, os réus admitem, por via transversa, que sua posse era clandestina, pois adquirida de “mendigos e viciados” que teriam invadido o imóvel antes deles (ou seja: sabidamente obtiveram o imóvel de pessoas que

não eram suas proprietárias legítimas e que tinham posse injusta do bem). E, como dispõem os art. 1.200 e 1.208 do CC/2002, essa posse não é amparada pela proteção possessória.

De nada adiantam os argumentos dos réus de que ocuparam o terreno de forma pacífica, sem oposição, pagando os tributos relativos ao bem (cf. fls. 101), pois nada disso é capaz de converter a natureza de sua posse, que é injusta. A doutrina, a este respeito, observa: “A posse injusta não se pode converter em posse justa quer pela vontade ou pela ação do possuidor: ‘nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest’, quer pelo decurso do tempo: ‘quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere’” (cf. Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 22).

Presentes os requisitos contidos no art. 561 do CPC/2015 (a posse anterior, o esbulho e a perda da posse), **correto o julgamento de procedência da demanda possessória, ainda que por fundamentos diversos.**

2.5. O apelo dos réus pretendendo o reconhecimento da prescrição aquisitiva do bem em questão é desprovido.

Ao arguir exceção de usucapião, os réus atraíram para si o ônus de provar a existência dos requisitos necessários à prescrição aquisitiva, quais sejam: a posse *ad usucapionem* e o lapso temporal exigido.

A tese defensiva dos réus, notadamente no que concerne à exceção de usucapião, não foi minimamente comprovada. Isso porque eles alegam em contestação que ocupam o imóvel desde 2012, quando adquiriram a posse do bem por meio de negociação realizada com seus antigos ocupantes (“mendigos e viciados”) e estes, por sua vez, ocupariam o imóvel desde 2009 (cf. fl. 63). Dessa forma, aduzem que se aperfeiçoou o lapso temporal de 5 anos exigido para configuração da usucapião.

A posse dos réus, contudo, não se dá em continuação à posse dos alegados antigos ocupantes, pois se tratam de pessoas diversas das que constam no polo passivo da ação e, além disso, a sua alegada ocorrência não é embasada em nenhum elemento informativo presente nos autos. Aliás, ao contrário, as provas constantes produzidas nos autos refutam a existência de uma antiga ocupação do imóvel por “mendigos e viciados” em razão do imóvel estar abandonado, pois, como foi aqui explicitado, há comprovação de que o imóvel estava alugado até julho de 2011 (cf. fl. 292).

De mais a mais, os autores nem ao menos comprovaram sua alegação de que ocupam o imóvel desde 2012, já que a cópia mais antiga de correspondência que lhes foi encaminhada data do início do ano de 2013 [março de 2013 (cf. fls. 133)].

Tem-se, então, que a data do esbulho - e, por conseguinte, o termo *a quo* para contagem da prescrição aquisitiva - mais favorável aos réus de que se tem

alguma prova nos autos é do ano de 2013.

Forçoso reconhecer, pois, que de 2013 até 2014 (a ação foi ajuizada em agosto de 2014) passou-se pouco mais de um ano, de modo que não se faz presente o requisito temporal necessário à aquisição, pelos réus, da propriedade do imóvel litigioso pela via da usucapião [tanto na modalidade da usucapião especial urbana (cf. art. 10 do Estatuto da Cidade), como nas modalidades da usucapião ordinária (cf. art. 1.242, do CC/2002) e da usucapião extraordinária].

Não há se falar, pois, em direito de domínio dos réus.

2.6. A pretensão da autora-apelante merece acolhida no tocante à indenização por lucros cessantes.

Ao legítimo proprietário e possuidor do imóvel é cabível o pagamento de indenização correspondente ao valor que deixou de auferir caso tivesse locado o imóvel em questão, cujo percentual deve seguir os parâmetros fixados pela jurisprudência desta Corte:

“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. (...) LUCROS CESSANTES. A indenização por lucros cessantes corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber ou teve que pagar para fazer uso de imóvel semelhante. A base de cálculo da reparação por lucros cessantes ou percepção dos frutos deve ser fixada em percentual equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do imóvel. Precedentes deste Tribunal. Capítulo da sentença mantido quanto ao percentual de 0,5%, mas que deve incidir sobre o valor atualizado do contrato e não sobre o valor venal. Capítulo mantido com observação. (...) Recurso provido em parte” (cf. Apel. nº 10012735820148260114 SP 1001273-58.2014.8.26.0114, Rel. Des. Enio Zuliani, j. em 25-6-2015, 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP).

“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. RESCISÃO. CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO TEMPO DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. PERCENTUAL PARA 0,5% SOBRE O VALOR VENAL DO TERRENO. RECURSO PROVIDO. Compromisso de venda e compra. Com a rescisão pode ser fixado percentual a título de aluguel pela ocupação do imóvel pelo comprador. Aluguel pela ocupação do imóvel. Cálculo em 0,5% sobre o valor venal do terreno. Fixação. Recurso provido” (cf. Apel. nº 9000638-17.2010.8.26.0037, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 03-02-2015).

Assim, a sentença deve ser reformada para condenar os réus também ao pagamento de indenização pela ocupação do bem, fixada em 0,5% ao mês do valor venal atual do imóvel, contados a partir de 15-7-2014 (e não data considerada anteriormente como de início da ocupação do imóvel pelos réus

- março de 2013 - para não se caracterizar julgamento *ultra petita*) até a data de sua efetiva desocupação, valores estes atualizados pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios a partir do evento danoso (cf. Súmulas 54 e 43 do STJ).

Outrossim, é descabida a pretensão dos réus de reembolso dos valores correspondentes a contas (luz, água e esgoto) e tributos pagos por eles, porque cabia-lhes o pagamento de todas as despesas decorrentes do uso, conservação e manutenção do bem esbulhado.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELA RETENÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS FASE DE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. Decisão que acolheu os cálculos elaborados pela executada, desconsiderando o laudo pericial contábil Agravada que se retirou da sociedade e permaneceu, indevidamente, na posse dos bens da empresa no período de abril de 1995 a março de 1996. **Condenação ao pagamento das perdas e danos pelo uso indevido dos bens móveis e imóveis, bem como dos valores correspondentes ao IPTU, água, luz e tudo o mais decorrente do uso e manutenção dos bens esbulhados Perícia contábil apresentou três conclusões.** Cálculo da executada não incluiu os aluguéis pelo uso dos veículos, bem como os valores referentes aos aluguéis dos bens móveis, afirmando que estes não existiam. Descabimento. Auto de reintegração de posse, lavrado por Oficial de Justiça, no qual constam, detalhadamente, os bens móveis que foram reintegrados na posse da agravante. Deve ser considerado o valor do aluguel dos bens móveis e imóveis vigentes à época da sua utilização pela agravada, assim como o estado de conservação em que se encontravam por ocasião do esbulho possessório. Cálculo pericial considerou os aluguéis dos bens móveis e imóveis vigentes à época do esbulho, tomando como parâmetro os valores anunciados no jornal referente ao período em questão. Correto o segundo cálculo apresentado pelo perito judicial, pois elaborado de acordo com os critérios determinados no v. acórdão proferido na fase de conhecimento. Recurso provido para fixar o montante da condenação em R\$ 461.592,61 (quatrocentos e sessenta e um mil, quinhentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos), acrescido de correção monetária e de juros moratórios contados a partir de 30/11/2011 - Decisão reformada Recurso provido” (cf. A. I. nº 01209274420138260000 SP 0120927-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Júnior, j. 13-3-2014, 24ª Câmara de Direito Privado TJSP).

“POSSESSÓRIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BEM IMÓVEL - COMODATO VERBAL - NOTIFICAÇÃO - POSSE INJUSTA - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. 1 - Efetivada a notificação e não desocupado o imóvel no prazo estipulado, fica configurado o esbulho;

2 - Documentos juntados aos autos que comprovam a situação de possuidor indireto do imóvel. 3 - Uma vez configurada a posse injusta, são devidos, a título de perdas e danos, aluguéis, taxas/tarifas de luz, água e IPTU, referente ao período. Sentença reformada. RECURSO DA AUTORA PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO” (cf. Apel. nº 1578532020108260100 SP 0157853-20.2010.8.26.0100, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. em 30-7-2012, 20ª Câmara de Direito Privado TJSP).

Com relação ao pedido contraposto de indenização pelas benfeitorias realizadas pelo réu no imóvel que perfazem o montante de R\$ 37.000,00 (cf. fls. 67), o art. 1.220 do CC/2002 disciplina que “**Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias**; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”.

Como se viu, a má-fé do réus-apelante que ocupou clandestinamente imóvel que sabia pertencer a terceiros é evidente e a despeito de terem apresentado diversos documentos (cf. fls. 92-246), eles não especificaram em contestação quais teriam sido essas benfeitorias realizadas, conseqüentemente deixando de comprovar quais delas seriam “benfeitorias necessárias”, não fazendo jus ao direito disposto no art. 1.220 do CC/2002.

Descabida, portanto, a pretensão à indenização.

2.8. Em suma: a ação é procedente para deferir a tutela possessória pleiteada e para condenar os réus ao pagamento de indenização por lucros cessantes pela ocupação do bem, fixada em 0,5% ao mês do valor venal atual do imóvel, contados a partir de 15-7-2014 até a data de sua efetiva desocupação, valores estes atualizados pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios a partir do evento danoso (cf. Súmulas 54 e 43 do STJ), sendo improcedentes os pedidos contrapostos.

3. Posto isso, o meu voto dá provimento ao recurso da autora e nega provimento (na parte conhecida) ao recurso dos réus.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 37881)**

Ousei divergir, em parte, do entendimento da d. maioria, pelas razões que seguem.

A divergência reside, tão somente, quanto à fixação de indenização por lucros cessantes.

Para viabilizar uma condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos (alugueres), seria necessária a existência de prova suficiente e inequívoca de que o imóvel em questão poderia ter sido alugado pela autora a terceiro, o que



somente não pôde ser concretizado, em razão da ocupação do imóvel.

E tal prova deveria ter sido produzida na fase de conhecimento da ação, o que não ocorreu.

Não se pode, assim, condenar os réus em perdas e danos por presunção e de forma objetiva.

“A prova da existência dano é indispensável e deve ser feita na ação, sob pena de ser o devedor absolvido. O Juiz só condena se há prova do dano. Na liquidação apura-se apenas o *quantum*.” (Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, pág. 184, Saraiva, 5ª ed.).

Ocorre que esta prova não foi produzida nos autos, inexistindo parâmetro seguro e efetivo para eventual arbitramento do valor dos alugueres.

Em síntese: não se pode arrimar uma condenação em perdas e danos, na presunção e hipótese de que, se não estivesse o imóvel ocupado, a autora teria uma renda certa e ininterrupta, desde a notificação para desocupação, paga por um imaginário e potencial locatário, e correspondente ao valor de aluguel fixado na forma declinada no acórdão, sem a mínima demonstração concreta sequer da existência de uma eventual proposta de utilização do imóvel, feita por terceiros, com o compromisso de pagar os aludidos alugueres.

O que se constata é que faltou a prova do dano, sendo que o dano é pressuposto inafastável para o reconhecimento do dever de indenizar.

Sem a demonstração do dano tem-se, como dito, uma condenação por presunção e hipótese, embasada unicamente no fato objetivo da ocupação, e que se revela insuficiente, pois, além do fator ocupação do imóvel, seria exigível a demonstração de que a mesma efetivamente foi elemento impeditivo de uma utilização lucrativa do bem.

Sem a prova do dano, inviável a imposição de indenização.

Ante o exposto, pelo meu voto, negava provimento aos recursos.

LUIS CARLOS DE BARROS, Desembargador, 3º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001344-82.2016.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelada TRANSPORTADORA PADRE DONIZETE LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator,



que integra este acórdão. **(Voto nº 27944 - Digital)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente sem voto), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 26 de outubro de 2017.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

**Ementa: Responsabilidade civil - Danos materiais - Autora que, atuando no segmento de transporte aduaneiro, tentou realizar, em 19.1.2016, perante o banco réu, no qual mantinha conta corrente, o pagamento de uma taxa de armazenagem, no valor de R\$ 39.081,59, referente a uma carga que deveria transportar - Autora que, embora possuísse saldo suficiente em conta corrente, não conseguiu realizar o pagamento do título, mesmo tendo entrado em contato com prepostos do banco réu - Caso em que a carga teve de permanecer por mais um dia no recinto aduaneiro, o que ocasionou a duplicação do valor da taxa de armazenagem.**

**Responsabilidade civil - Danos materiais - Negativa de pagamento do boleto bancário por parte do banco réu que se mostrou incontroversa - Banco réu que afirmou que, quando da solicitação do pagamento, a autora não possuía saldo suficiente em conta corrente - Descabimento - Banco réu que não logrou comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 373, II, do atual CPC - Extratos bancários que não demonstraram a alegada insuficiência de saldo - Prova produzida, ademais, que revelou que houve falha na prestação de serviços por parte do banco réu - Legítima a condenação do banco réu no pagamento de indenização pelos danos materiais suportados pela autora.**

**Dano moral - Pessoa jurídica - Pessoa jurídica que pode sofrer dano moral - Súmula 227 do STJ - Caso em que, diversamente do que se dá com a pessoa física, as hipóteses em que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral são bem mais restritas, já que ela não possui**

**“sentimentos” passíveis de serem abalados.**

**Dano moral - Pessoa jurídica - Transtornos ocasionados à autora, pessoa jurídica, pela negativa de pagamento do boleto bancário que não representaram fato passível de repercussão em verba de dano moral - Fato caracterizado como inadimplemento contratual - Afastada a condenação do banco réu no pagamento de indenização por danos morais à autora - Sentença reformada nesse ponto - Ação parcialmente procedente - Apelo do banco réu provido em parte.**

## VOTO

1. “Transportadora Padre Donizetti Ltda.” propôs “ação de reparação de dano material e moral”, de rito ordinário, em face de “Banco Santander Brasil S.A.” (fls. 1/8).

O banco réu ofereceu contestação (fls. 55/61), havendo a autora apresentado réplica (fls. 94/97).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fls. 98/99), a ilustre juíza de primeiro grau considerou a ação procedente (fl. 101), para esses fins:

“(…) para condenar o requerido Banco Santander Brasil S.A. ao pagamento de indenização pelos danos materiais, no montante de R\$ 39.081,59 (...), o qual deverá ser corrigido monetariamente, por meio da Tabela Prática do TJSP, bem como acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde o prejuízo. Condeno ainda ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 40.000,00 (...), o qual deverá ser corrigido monetariamente por meio da Tabela Prática do TJSP, bem como acrescido de juros de mora de 1%, ambos desde a presente data” (fl. 101).

A digna autoridade judiciária sentenciante, entendendo que “o não acolhimento do valor pleiteado na inicial a título de danos morais não importa em sucumbência do autor” (fl. 101), condenou o banco réu no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (fl. 101).

Inconformado, o banco réu interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 103), aduzindo, em síntese, o seguinte: o juiz da causa não analisou com acuidade as provas acostadas aos autos, que revelaram que, mesmo que o pagamento tivesse sido autorizado, a mercadoria não poderia ser liberada pelo aeroporto; demonstrou, na contestação, que a negativa do pagamento foi legítima em razão da falta de saldo na conta corrente no horário em que foi requerido o pagamento do boleto; o funcionário da autora somente solicitou ao seu setor financeiro o pagamento do boleto às 13h19m, com a observação de que teria de ser

pago impreterivelmente até as 14h40m; o preposto da autora tentou realizar o pagamento apenas às 15h36m, quase uma hora depois do fechamento da diária; a não autorização do pagamento do boleto em nada modificou o prejuízo da autora, prejuízo esse que adveio de sua própria conduta desidiosa; o resultado de sua conduta não pode ser visto como dano hábil a respaldar indenização por danos morais; jamais causou qualquer dano moral à autora a justificar a sua condenação; a sentença recorrida não considerou a proporcionalidade entre o dano causado e a compensação; a indenização arbitrada mostrou-se excessiva; a ação em debate deve ser julgada improcedente (fls. 104/109).

O recurso foi preparado (fl. 110), havendo sido respondido (fls. 114/117). É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo banco réu comporta acolhimento parcial. Explicando:

2.1. Ingressou a autora com a ação indenizatória em apreciação (fl. 1), visando à condenação do banco réu ao ressarcimento dos prejuízos materiais e morais que alegou ter suportado em razão de falha na prestação de serviços por parte da instituição financeira (fl. 8).

Esclareceu a autora que, atuando na área de transporte rodoviário, no segmento de transporte aduaneiro, tentou realizar, em 19.1.2016, perante o banco réu, no qual mantinha conta corrente, o pagamento de uma taxa de armazenagem, no valor de R\$ 39.081,59, referente a uma carga que deveria transportar (fl. 3).

Acrescentou a autora que, embora possuísse saldo suficiente à quitação da ventilada taxa, não conseguiu realizar o pagamento, mesmo tendo entrado em contato com prepostos do banco réu, motivo pelo qual a carga teve de permanecer por mais um dia no recinto aduaneiro, o que ocasionou a duplicação do valor da mencionada taxa de armazenagem (fl. 3).

2.2. Incontroverso que a autora, titular da conta corrente nº 130123744, mantida na agência nº 10 do banco réu, ao tentar efetuar o pagamento do boleto bancário relativo à taxa de armazenagem, em 19.1.2016, não logrou êxito em seu intento (fl. 3).

Tal fato foi admitido pelo banco réu na contestação, havendo afirmado que o aludido boleto não pôde ser quitado, visto que, “no momento da solicitação, não havia saldo suficiente em conta” (fl. 57).

Conforme informado pelo banco réu, o crédito de R\$ 20.000,00, datado de 19.1.2016, relacionado no extrato bancário anexado pela autora (fl. 26), somente foi disponibilizado em sua conta corrente depois das 14h39m, após a solicitação de pagamento (fl. 57).

Diante disso, o banco réu sustentou que nenhuma responsabilidade pode

ser atribuída a ele, tendo em vista que agiu no exercício regular de direito (fl. 58).

2.3. Diversamente do que alegou nas razões recursais (fl. 106), o banco réu não logrou comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ônus que lhe competia, nos moldes do inciso II do art. 373 do atual CPC.

Consoante realçado na sentença hostilizada:

“Os extratos bancários juntados às fls. 58 e 91/92 não demonstram o horário das operações bancárias de crédito e débito e a suposta insuficiência de saldo, como alegado pela requerida em contestação. Neste sentido cumpre ressaltar que incumbe ao réu o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme preceitua o artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil” (fl. 100).

Ao revés, da análise do conjunto probatório, infere-se que, efetivamente, houve falha na prestação de serviços por parte do banco réu.

Em verdadeira inovação recursal, já que tal questão não foi arguida na contestação (fls. 55/61), o banco réu alegou, nas razões do apelo (fls. 104/109), que o preposto da autora somente entrou em contato com ele a fim de solicitar o pagamento do título às 15h36m, depois do horário assinalado pelo representante da autora como termo final para a sua quitação (fl. 106).

O banco réu amparou a sua conclusão no e-mail anexado aos autos pela autora, no qual um de seus funcionários solicitou às 13h19m que o responsável pelo departamento de “faturamento” realizasse o pagamento do boleto bancário em discussão até as 14h40m (fl. 27).

Argumentou o banco réu que, como o preposto da autora solicitou o pagamento apenas às 15h36m, segundo se depreende do e-mail enviado à instituição financeira (fl. 29), ainda que o pagamento do citado boleto houvesse sido por ele autorizado, a autora teria de pagar por mais uma diária, já que o termo final para o pagamento do título correspondia às 14h40m (fls. 106/107).

Ora, se, como afirmado na contestação (fl. 57), o crédito de R\$ 20.000,00, relacionado no extrato bancário de 19.1.2016 (fl. 26), foi disponibilizado na conta corrente depois das 14h39m, “depois da solicitação de pagamento” (fl. 57), isso confirmou que a autora tentou realizar o pagamento do título antes de seu termo final.

Ademais, caso se considerasse a nova versão dos fatos trazida pelo banco réu nas razões do apelo, de que a autora somente solicitou o pagamento às 15h36m (fl. 107), então, não haveria motivo para que o pagamento do boleto não fosse autorizado, uma vez que, nesse horário, o crédito de R\$ 20.000,00 já estava consolidado na conta corrente da autora.

Enfim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não há como fugir à

conclusão de que o banco réu falhou na prestação do serviço.

2.4. Mesmo que se aceitasse a extemporânea argumentação de que a solicitação de pagamento por parte da autora deu-se apenas depois das 14h40m (fls. 106/107), tal assertiva não isentaria o banco réu de sua responsabilidade pela reparação do prejuízo material suportado pela autora.

Embora, no e-mail trocado entre os funcionários da autora, tivesse sido mencionado o horário das 14h40m como limite para o pagamento do boleto bancário em discussão (fl. 27), não há nada que indicasse que tal horário correspondia àquele de “fechamento do depósito e ocasional decurso de outra diária” (fl. 107).

Aliás, a autora, nas contrarrazões (fl. 115), esclareceu que o termo de 14h40m, na realidade, constituiu procedimento interno seu, não se confundindo com o horário do término da diária.

Demonstrada a falha no serviço prestado pelo banco réu, assim como o prejuízo sofrido pela autora em decorrência dessa falha, mostrou-se legítima a condenação da instituição financeira ré no pagamento de indenização por danos materiais (fl. 101).

2.5. Todavia, a condenação do banco réu no pagamento de indenização por danos morais, R\$ 40.000,00 (fl. 101), não merece prevalecer (fl. 109).

Em que pese entendimento em direção oposta adotado na sentença combatida (fl. 100), não ficaram caracterizados os danos morais ventilados na inicial (fls. 5/8).

É certo que as pessoas jurídicas também são passíveis de sofrer dano moral, tema que, por sinal, foi consolidado mediante a edição da Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJU de 11.9.1999, a seguir transcrita:

“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Porém, diversamente do que se dá com a pessoa física, as hipóteses em que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral são bem mais restritas, visto que ela não possui “sentimentos” passíveis de serem abalados.

Os transtornos ocasionados pela negativa de pagamento do boleto bancário em análise não representaram fato passível de repercussão em verba de dano moral, caracterizando-se como inadimplemento contratual.

Conforme destacado por SERGIO CAVALIERI FILHO:

“(…) não há dano moral em razão de lesão de bem patrimonial, nem de mero inadimplemento contratual. Eventual aborrecimento daí resultante já está abrangido pelo dano material (…)” (“Programa de responsabilidade civil”, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, nº 19, p. 75).

“(…) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento

ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” (“Programa de responsabilidade civil”, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, nº 19.4, p. 80). “(...) mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral (...)” (“Programa de responsabilidade civil”, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, nº 19.4.1, ps. 80-81).

No mesmo rumo houve decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Civil e processual civil. Recurso especial e agravo em recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Dano moral. Pessoa jurídica. Demonstração. Presença. Revisão de ‘quantum’ indenizatório. Ausência de excesso ou valor ínfimo. Agravo em recurso especial. Termo inicial dos juros de mora.

Responsabilidade contratual.

1. Recurso especial interposto em 9.4.2012. Agravo em recurso especial interposto em 21.9.2012. Ambos atribuídos ao gabinete em 25.8.2016.

2. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

4. Para a pessoa jurídica, o dano moral é fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural. Não se aceita, assim, o dano moral em si mesmo, isto é, como uma decorrência intrínseca à existência de ato ilícito. Necessidade de demonstração do prejuízo extrapatrimonial.

5. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

6. Na hipótese dos autos, há demonstração apta de prejuízo extrapatrimonial alegadamente sofrido pela recorrida.

7. Na compensação por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação.

8. Recurso especial interposto por ‘Banco Itaú Unibanco’ conhecido e não provido. Agravo interposto por ‘P.R. Incorporações Ltda.’ conhecido para negar provimento ao recurso especial” (REsp nº 1.385.681-SC, registro nº 2013/0148116-5, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 6.6.2017, DJe de 12.6.2017) (grifo não original).

“O mero inadimplemento contratual não acarreta danos morais. Precedentes” (REsp nº 803.950-RJ, registro nº 2005/0110690-0, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 20.5.2010, DJe de 18.6.2010).

“O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz -, trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira ou a quebra da expectativa de receber valores contratados não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais” (REsp nº 202.564-RJ, registro nº 1999/0007836-5, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. em 2.8.2001, DJU de 1.10.2001, p. 220, in RT: 798/212) (grifo não original).

3. Nessas condições, dou provimento parcial à apelação contraposta, reformando em parte a sentença impugnada (fls. 98/101), a fim de julgar parcialmente procedente a ação em exame, afastando a condenação do banco réu no pagamento de indenização por danos morais.

Configurada a sucumbência recíproca, tipificada no art. 86, “caput”, do atual CPC, as partes devem ratear custas e despesas processuais, na proporção de 50% para cada uma.

Por sua vez, a verba honorária, em consonância com os §§ 2º e 14 do art. 85 do atual CPC, é arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da condenação (referente à indenização por danos materiais), devendo a autora pagar ao advogado do banco réu e este ao advogado da autora a quantia correspondente a 50% da aludida verba, corrigida pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da publicação do acórdão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102825-96.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BAYER S/A e BAYER CONSUMER CARE AG, é apelado HYPERMARCAS S/A.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentaram oralmente os drs. Ana Paula Affonso Brito OAB/RJ 108161 e Pedro Eurico S.C. Teixeira OAB/SP 395270.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), MAURÍCIO PESSOA E CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 30 de outubro de 2017.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

**Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. TRADE DRESS. BEPANTOL. NEOPANTOL. TUTELA INIBITÓRIA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.**

**O importante a ser notado é que os dois produtos concorrem diretamente no mercado. Neste cenário, não se pode entender que a ré, ao empregar em sua embalagem elementos visuais do conjunto-imagem da marca *Bepantol* não tenha buscado associação indevida com o produto das autoras, que ocupa posição de destaque no mercado.**

**Ainda que a embalagem da ré tenha apresentado diferenças figurativas, a simples presença de elementos que evoquem o produto das autoras é suficiente ao reconhecimento da concorrência desleal pela reprodução indevida do *trade dress*.**

**Danos morais. O dano sofrido pelo titular da marca utilizada indevidamente alcança ainda outra dimensão. É que se coloca a marca em ambiente não adequado ao padrão de consumo desejado e praticado pelo seu titular, desvalorizando o signo no mercado. Não se cuida de admitir a indenização**



punitiva, mas, em face da realidade que se apresenta, deve-se admitir que o dano efetivamente ocorreu em virtude do uso indevido da marca. São atos que, pela sua natureza, ofendem direitos intangíveis da titular, independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial da vítima. Outra solução assegura o que a doutrina moderna denomina ilícito lucrativo.

**Danos materiais.** As autoras pediram reparação por lucros cessantes, com fundamento no art. 210, da Lei nº 9.279/96. Diante da obrigação alternativa estabelecida no referido dispositivo legal, permite-se a escolha do critério para apuração da reparação por ocasião da apresentação da petição inicial da liquidação (REsp nº 1.316.149/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, dj 03.06.14).

**Recurso provido para julgar procedente o pedido inibitório, bem como para, em virtude da concorrência desleal, condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.**

## VOTO

Recorreram as autoras da sentença, proferida pela Doutora **Leticia Antunes Tavares**, que julgou improcedente o pedido inibitório apresentado com o fim de que a ré se abstenha de veicular produto com reprodução do *trade dress* da marca “Bepantol Baby”. Sustentou, no recurso, que a embalagem da ré reproduziu o fundo branco, o *dégradé* em azul esverdeado e destaques em rosa. Afirmou que estes elementos causam confusão aos consumidores, que podem não distinguir os dois produtos. Alegou que os elementos distintivos não afastam a reprodução, no conjunto, do *trade dress*. Pediu a condenação da ré ao pagamento de reparação por danos morais e materiais em virtude concorrência desleal.

A ré, na resposta ao recurso, pediu a condenação das autoras às penas por litigância de má-fé por terem modificado nos autos a embalagem do produto *Neopantol*, para ressaltar as semelhanças suscitadas entre os produtos.

Esta Câmara, pelo voto do Desembargador *Araldo Telles*, negou provimento ao Agravo de Instrumento antes interposto pelas autoras [autos nº 0011541-16.2012.8.26.0000] contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada (fls. 172/176).

### É o relatório.

As autoras, que comercializam o produto “*Bepantol Baby*”, voltado ao

tratamento de assaduras de crianças, ocupam, segundo afirmaram, a segunda posição de vendas neste segmento no mercado. Diante dos investimentos feitos, a marca ganhou reconhecimento dos consumidores e, em virtude disso, a ré, concorrente, passou a reproduzir seu conjunto-imagem. Por esta razão, pediu a abstenção da reprodução do *trade dress*, bem como a condenação da ré ao pagamento de reparação por danos morais e materiais.

Assiste razão às autoras ao afirmar que há reprodução do *trade dress*. Além da semelhança entre os nomes das marcas [Bepantol e Neopantol], os dizeres da embalagem da ré - parte deles com uso da cor rosa, como adotado pelas autoras - se apresentam em fundo branco quadriculado, seguido por *dégradé* em tom esverdeado. Há semelhança, inclusive, na estilização arredondada das letras utilizadas nos nomes [Bepantol e Neopantol], como se vê do confronto dos produtos - fls. 94.

Estes elementos visuais apontados foram primeiramente adotados pela autora e a ré os inseriu nas mesmas posições da embalagem de Bepantol.

É certo que há pequenas distinções nas embalagens da ré, notadamente o fundo branco quadriculado e *dégradé* em tom diverso - esverdeado (fls. 94). Contudo, estas diferenças não conferiram distintividade ao conjunto-imagem da ré, que claramente busca referências na embalagem da autora.

São semelhanças que predominam na identificação visual dos produtos e certamente não são fortuitas e podem seguramente confundir o consumidor.

Não se pode sequer afirmar que os elementos visuais escolhidas pelas autoras seriam pouco evocativos. As autoras trouxeram aos autos exemplos de embalagens de produtos concorrentes (fls. 566) - assim como também apresentou a ré (fls. 629) - que não apresentam qualquer semelhança com a marca “Bepantol”.

Os dois produtos concorrem **diretamente** no mercado. Neste cenário, não se pode entender que a ré, ao empregar em sua embalagem elementos visuais do conjunto-imagem da marca Bepantol não tenha buscado associação indevida com o produto das autoras, que ocupa posição de destaque no mercado.

Ainda que a embalagem da ré tenha apresentado diferenças figurativas, a simples presença de elementos que evoquem o produto das autoras é suficiente ao reconhecimento da concorrência desleal pela reprodução indevida do *trade dress*.

A aquisição de um produto da ré ocorre, com “**memória genérica da marca**” das autoras. Este fato, por si só, caracteriza a concorrência desleal, como esclarece **Denis Borges Barbosa**: “A dimensão da exclusividade das marcas é fixada na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos **induzido pela memória genérica da marca deste**” (Tratado de Propriedade Intelectual, Ed. Lumen

Juris, 2010, p. 465 - negritei).

Também afirma **Maitê Cecília Fabbri Moro**: “Um industrial ou comerciante que se utiliza de uma marca para distinguir seus produtos ou um profissional que presta serviços e consegue um certo grau de conhecimento do público quanto ao seu produto ou atuação tem maior interesse em que sua marca não seja confundida com outras semelhantes. Aceita a concorrência, mas não a concorrência desleal. Além disso, ao não permitir produtos ou serviços passíveis de confusão com os seus, o industrial, comerciante ou prestador de serviços, indiretamente, beneficia seu consumidor e o público em geral, os quais não terão problemas em identificar os produtos de sua preferência” (Direito de Marcas, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 62).

Ademais, a metodologia empregada pela perita não se revela a mais adequada no cotejo do *trade dress*. Ressaltar as diferenças das embalagens (fls. 453/455) no laudo apenas teve o condão de comprometer a **percepção real** que tem o consumidor ao se deparar com os produtos nas gôndolas do mercado. Deveria a perícia deter atenção nas semelhanças antes de destacar as diferenças.

A embalagem é vista **integralmente** pelo consumidor, que já tem a memória do conjunto-imagem dos produtos das autoras, líderes no mercado. E não há dúvida de que os consumidores que buscam *creme para assadura*, ao adquirirem o produto da ré, poderão seguramente ser induzidos a associá-lo com o produto das autoras em virtude da invocação de mesmos elementos visuais.

Em caso semelhante, que tratava de venda de fraldas com identidade de semelhantes, o Tribunal, pelo voto do Desembargador **Francisco Loureiro**, já considerou que, nas comparações visuais de *trade dress*, deve se dar relevância ao todo, e não aos elementos visuais isolados:

“O conjunto probatório constante dos autos permite afirmar que, na verdade, a requerida quis aproveitar-se da marca já conhecida e consolidada da autora e lançar no mercado produtos cujas embalagens muito se assemelham às daquela, em típica situação de parasitismo, sem contar a possibilidade de os consumidores se confundirem ao tentar adquirir os produtos da demandante.

Talvez haja dúvidas se o consumidor pode efetivamente ser levado a erro pelas semelhanças das embalagens, pois, apesar da semelhança, o consumidor atento não deixaria de observar o nome da marca estampada no canto superior esquerdo da embalagem, substancialmente diferente nos produtos da autora e da ré e que, de algum modo cumprem papel diferenciador.

Forçoso reconhecer, porém, que as evidentes semelhanças existentes não eram necessárias, nem cumpriam qualquer fim social relevante. Em outras palavras, a série de elementos coincidentes em ambas as embalagens não foram fortuitos, mas intencionais, com incontestável propósito por parte da ré de ‘pegar carona’ no prestígio da marca líder

da autora.

Ademais, o simples fato de existirem elementos diferenciadores nas embalagens das fraldas da ré em comparação com as da autora não é suficiente a afastar a ilação de que os produtos pudessem ser confundidos pelos consumidores na hora da compra.

Destaca Gustavo Piva de Andrade que **‘(...) é bastante comum que, numa ação de infração, o réu tente examinar os elementos das vestimentas comerciais de forma isolada, a fim de sustentar que não houve concorrência desleal ou lesão a algum direito exclusivo. A questão é que tais elementos não podem ser considerados de forma individual porque não é assim que o consumidor os percebe. Ao se deparar com determinado produto, o consumidor não examina cada elemento da embalagem de forma isolada ou faz um processo mental de separação entre os diversos elementos gráficos existentes. É o *trade dress* como um todo que ele vê. O ponto nodal de qualquer disputa do gênero, portanto, não trata da adoção de um ou outro elemento, mas, sim, da impressão de conjunto resultante da reunião de todos os elementos contidos no *trade dress*. Como resultado, tem-se que a conduta ilícita resulta não da imitação de um elemento isolado, mas da lista de ‘coincidências’ que, juntas, fazem com que a vestimenta comercial do produto entrante não guarde suficiente distintividade em relação à vestimenta do produto original’** (ANDRADE, Gustavo Piva, O Trade Dress e a Proteção da Identidade Visual de Produtos e Serviços, *in* Revista da ABPI nº 112, 2011, p. 10)” (TJSP, Ap nº 1055302-31.2013.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, dj 10.12.15 - negritei).

As autoras, evidentemente, fizeram significativos investimentos no conjunto visual de *Bepantol* e, por isso, a marca se tornou conhecida no mercado brasileiro. Esta notoriedade da marca dos autores foi buscada pela ré ao lançar seu produto no mercado com sinais semelhantes. Esta é a razão do uso de elementos visuais do conjunto-imagem dos autores. Entretanto, este uso indevido cria o risco de diluição da marca, o que não pode ser admitido em favor da proteção do valor maior da livre concorrência e tudo o que ela representa.

Como esclarece **Lélio Denicoli Schmidt**: “As marcas famosas se notabilizaram no mercado e ganharam a preferência do consumidor. Isto as tornou objeto de desejo e as dotou de um grande poder de sedução. Embora em essência sejam imateriais, meros signo arbitrários sem correlação com seu objeto, não se pode negar que as marcas famosas adicionam uma certa qualidade ao produto, ainda que etérea ou ideológica. [...] Frank SCHECHTER, que justificou a repressão ao aproveitamento parasitário com base na necessidade de preservar a função publicitária das marcas famosas, em face da unicidade de sua presença no mercado. Para SCHECHTER: ‘O prejuízo real em todos estes casos só pode ser aferido à luz do que foi dito a respeito da função de uma

marca. É o desgaste ou dispersão gradual da identidade da marca ou nome e de sua fixação na mente do público por seu uso sobre bens que não competem entre si. Quanto mais distinta ou única for a marca, mais profunda é a sua impressão na consciência do público, e maior a sua necessidade de proteção contra contaminação ou dissociação do produto específico em relação ao qual ela esta sendo usada. [...] A singularidade de uma marca deve constituir a única base racional para sua proteção” (A Distintividade das Marcas, Ed. Saraiva, 2013, p. 86-88).

Sobre o prejuízo que o uso indevido da marca pode causar ao respetivo titular, esclarece **Luiz Guilherme de A. V. Loureiro**: “Quando essas marcas atingem um alto grau de notoriedade, elas podem exercer uma função publicitária que ultrapassa suas funções tradicionais de indicação de proveniência, de identificação de produto ou de garantia de qualidade daquele determinado produto. Ela passa a exercer uma força atrativa e distintiva que pode ser explorada em domínios diversos. Mas mesmo se a marca notória foi utilizada em outro domínio que não seja concorrente ao do titular, o seu uso pode ser prejudicial quando estiver fora do controle e não contar com o acordo do titular. De fato, este uso descontrolado pode causar um desgaste da marca frente ao público, determinar a perda de seu poder de tração e sedução diante da vulgarização que poderia sofrer” [A Lei da Propriedade Industrial comentada, Ed. Lejus, 1999, p. 254 - negritei].

Confirmada, portanto, a concorrência parasitária pela reprodução do *trade dress*, os pedidos inibitório e de reparação por danos materiais e morais devem ser acolhidos.

Em relação aos danos morais, tão somente o uso indevido da marca gerou abalo à honra objetiva. Isto significa dizer que o dano, neste caso, apresenta-se *in re ipsa*, imanente ao ilícito. Decorre do próprio fato, a partir do qual são extraídas as consequências danosas ao nome empresarial das autoras.

Sobre a distinção entre os danos morais subjetivos e objetivos, já decidiu este Tribunal:

“A moderna definição de dano é a de ofensa a bem juridicamente tutelado, que pode ter, ou não caráter patrimonial.

Explica Maria Celina Bodin de Moraes que a mais moderna doutrina passou a distinguir entre os danos morais subjetivos e objetivos. Objetivos seriam aqueles que se referem, propriamente, aos direitos da personalidade. Subjetivos, aqueles que se correlacionam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, e sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento (Danos à Pessoa Humana, Renovar, p. 156)” (TJSP, Ap nº 1003156-88.2014.8.26.0292, Rel. Des. Francisco Loureiro, dj 06.10.2015).

Qualquer uso que não seja aquele tutelado pelo titular da marca ou

nome empresarial representa prejuízo à imagem construída pela empresa. É uso que não nasceu da vontade da empresa e dos valores por ela construídos e, por consequência, deve ser indenizado, sem exigência da prova dos danos. Exigir esta prova representaria, em última análise, retrocesso consubstanciado na transformação dos danos morais - expressamente reconhecidos em favor da pessoa jurídica, a partir da edição da Súmula nº 227, do Superior Tribunal de Justiça - em danos patrimoniais, o que não poderia ser admitido.

E, por isso, conclui **Antonio Jeová dos Santos**: “Para aqueles que entendem que o dano moral das pessoas jurídicas, para ser reparado, há de ter prova robusta do prejuízo, parece que ainda não ficou estreme de qualquer dúvida a diferença ontológica entre o dano moral e o material. A prova do prejuízo é exatamente o dano material, já que o dano moral ocorre in re ipsa, prescindindo de prova direta. E se a pessoa jurídica foi uma entidade filantrópica, de fins beneficentes ou qualquer outra que não tenha o lucro como seu objetivo primordial? Como fazer para aceitar o ressarcimento, demonstrando que ditas pessoas jurídicas comprovem o prejuízo? Mais parece esse entendimento uma volta ao passado, em que depois de o dano moral ser inadmitido, com muito sacrifício, passou-se a dizer que o dano moral, com repercussão no âmbito patrimonial, é que seria objeto de ressarcimento” (Dano Moral Indenizável, Ed. Jus Podivm, 5ª ed., p. 115).

Importante notar que, atualmente, a noção de prejuízo moral não se restringe apenas à dor ou qualquer outro sofrimento. Esta corrente de entendimento foi superada.

Evidentemente a pessoa jurídica não pode sofrer danos que são inerentes à pessoa natural, como ocorre com a lesão da integridade física, da liberdade individual etc. ou qualquer outra interferência no estado de ânimo. Todavia, como afirma a doutrina de **Renato Sconamiglio**, remanesce sempre uma esfera mais ampla, da honra, da reputação e da imagem, na qual é possível verificar em favor das pessoas jurídicas uma tutela da personalidade (Responsabilità Civile e Danno, ed. G. Giappichelli Editore - Torino, p. 343). Por isso parte da doutrina distingue o dano moral, *stricto sensu*, do dano não patrimonial (**Guido Alpa**, in La Responsabilità Civile. Parte Generale, UTET, Torino, p. 690), para o qual não se exige prova de repercussão econômica, mas a ofensa aos seus interesses e bens socialmente apreciáveis em acepção mais ampla.

A reparação dos danos morais, entre nós, trata de lesões extrapatrimoniais, que, muitas vezes, não podem ser comprovadas. Daí a razão pelo acolhimento da presunção, somente no que tange às consequências nocivas do ato ilícito cometido. Como bem esclarece **Yussef Said Cahali**, com amparo na lição de **Walter Moraes**: “No dano moral pode haver dor e muitas vezes o haverá. Porém, o entendimento de que a ideia de dor está na essência do conceito, a própria doutrina francesa se encarregou há muito de afastá-la. Ora, superada a ideia de dor,

concebido o dano moral objetivamente como lesão extrapatrimonial geralmente irreparável, segundo a visão doutrinária mais moderna, não há entrave a que se atribua também à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização. O lugar jurídico mais característico dos danos morais é, reconhecidamente, a área dos direitos de personalidade. Dos valores que a doutrina sói denominar ‘bens de personalidade’, alguns há que compõem também a estrutura das pessoas jurídicas. Não a vida, o corpo, o psiquismo. [...] Mas ela pode defender sua dignidade (honra), sua liberdade, sua intimidade (privacidade), sua identidade (nome e outros sinais de identificação), sua verdade, sua autoria em obra intelectual” (Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 348).

Não se pode olvidar que a lesão aqui tratada é o uso indevido da marca e respectivo conjunto-imagem, marca pelo qual as autoras eram conhecidas no mercado, que integra, segundo a aplicação do art. 52, do CC, direito da personalidade da empresa. É o quanto basta, portanto, para reconhecer o dano *in re ipsa*.

Neste sentido já decidiu o Tribunal pelo voto do Desembargador **Enio Zuliani**:

“Em matéria de dano moral, nossos Tribunais já se manifestaram inúmeras vezes no sentido de que o indispensável para a indenização não é a prova do dano moral em si, isto é, do aborrecimento, do abalo à reputação da pessoa física ou jurídica no seio da sociedade: basta a prova dos fatos ilícitos que sejam por si só aptos a gerar dano moral na vítima. A presunção de dano moral em casos de violação de propriedade industrial é um imperativo lógico. Não seria eficiente, nem justo, impor à autora vítima da concorrência desleal o ônus de provar o abalo sofrido pela empresa, por exemplo, através de uma pesquisa do seu perfil junto aos seus consumidores. Presume-se o dano como uma decorrência natural do ilícito perpetrado pelas rés. [...]

Já é hora de evoluir na verificação do dano moral, presumindo-o quando for flagrante o uso do nome e da marca alheias, sob pena de desvalorização irreparável do investimento e do zelo dos seus titulares, raramente indenizados pela dificuldade da prova da lesão extrapatrimonial, em severo detrimento da força moral que deve ter um nome ou uma marca.” (Ap nº 1041312-76.2013.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, dj 30.09.15).

Não é por outra razão que a Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial já pacificou a questão, visto que, em voto relatado pelo Desembargador **Pereira Calças**, em embargos infringentes (EI nº 0158873-75.2012.8.26.0100/50001, dj 06.05.15), concedeu-se reparação por dano moral no caso de violação de marca que sequer havia sido registrada. Nesse sentido igualmente o excelente voto do D. Desembargador **Claudio Godoy** (TJSP, Ap. nº 0084071-12.2012.8.26.0002, dj 24.06.2015).

Não se pode olvidar, ainda, que o infrator se utiliza da marca alheia



com o fim de obter lucros, que, muitas vezes, são maiores até mesmo do que a reparação concedida. Deixar de presumir o dano nessas hipóteses representa assegurar ao autor do ilícito o lucro indevido. Diante deste quadro, surgiu a teoria dos ilícitos lucrativos, que busca minimizar os prejuízos sofridos pela vítima, através da reparação dissuasória, sabido que o ofensor, geralmente, se vale da pouca significância das reparações concedidas para potencializar seus lucros, circunstância que é considerada pelo ofensor, visto que os lucros auferidos podem ser “superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos, o que pressupõe uma visão econômica desta dinâmica” (**Daniel de Andrade Levy**, Responsabilidade Civil - De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas, Ed. Atlas, 2012, p. 108).

O dano sofrido pelo titular da marca utilizada indevidamente alcança ainda outra dimensão. É que se coloca a marca em ambiente não adequado ao padrão de consumo desejado e praticado pelo seu titular, desvalorizando o signo no mercado.

Não se cuida de admitir a indenização punitiva, mas, em face da realidade que se apresenta, deve-se admitir que o dano efetivamente ocorreu em virtude do uso indevido da marca. São atos que, pela sua natureza, ofendem direitos intangíveis da titular, independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial da vítima. Outra solução assegura o que a doutrina moderna denomina ilícito lucrativo.

Diante disso, revela-se justificada a concessão de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00.

As autoras pediram reparação por lucros cessantes, com fundamento no art. 210, da Lei nº 9.279/96. Diante da obrigação alternativa estabelecida no referido dispositivo legal, permite-se a escolha do critério para apuração da reparação por ocasião da apresentação da petição inicial da liquidação (REsp nº 1.316.149/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, dj 03.06.14).

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso das autoras para: a) julgar procedente o pedido inibitório para que a ré se abstenha de comercializar, fabricar, vender, distribuir ou divulgar o produto “Neopantol”, com reprodução do *trade dress* de *Bepantol*. A providência, atinente à descaracterização da embalagem, deverá ser cumprida no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 10.000,00; b) condenar a ré ao pagamento de reparação por danos materiais, que será objeto de liquidação de sentença, nos termos do art. 210, da Lei nº 9.279/96; c) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00, com juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir do julgamento do recurso. Responderá a ré pelas custas do processo e honorários advocatícios no valor correspondente a 15% sobre o valor da condenação, corrigido.



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002240-11.2016.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DECOLAR. COM LTDA., são apelados DIEGO GONÇALVES MONTEIRO e FERNANDA GONÇALVES LIMA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.” de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24961)**

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

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO - AGÊNCIA DE VIAGENS - CANCELAMENTO DE PASSAGEM AÉREA - Pretensão de que seja reconhecida a ilegitimidade e irresponsabilidade da ré pelos danos experimentados pelos autores - Cabimento parcial - Atribuído defeito à prestação de serviço pela ré, evidente a sua legitimidade para ocupar o polo passivo da relação processual - Defeito na prestação do serviço, que consiste no irregular cancelamento de passagem aérea - Dano material que corresponde somente ao valor despendido com a aquisição de novos bilhetes e com alimentação durante escala não programada - Defeito que enseja a ocorrência de dano moral indenizável - Situação que extrapola ao mero aborrecimento - Indenização mantida em R\$5.000,00 para cada autor - RECURSO PROVIDO EM PARTE.**

## VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença de fls. 139-142, que julgou procedente pedido de indenização por dano material e dano moral, deduzido em ação proposta por Diego Monteiro e Fernanda Gonçalves Lima, apela a ré, Decolar.com Ltda. (fls. 145-162).

Suscita sua ilegitimidade passiva, pois atua como intermediadora entre consumidores e fornecedores, sem realizar a gerência das reservas, o que

incumbe exclusivamente às companhias aéreas.

Pede, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da sua ilegitimidade.

No mérito, sustenta que a finalidade do contrato, consistente na aproximação entre os consumidores e a companhia aérea, foi completamente atingida.

Alega que a responsabilidade por estornos e reembolsos cabe exclusivamente à companhia aérea, pois foi esta quem recebeu o valor pago pelos consumidores.

Afirma que não houve prova do prejuízo material experimentado pelos autores e que, no que se refere à não utilização da passagem de volta pelo autor, observa-se que foi ele mesmo quem deu causa às despesas extras e desnecessárias.

Assevera que não ficou demonstrada a ocorrência de dano moral e que, caso assim não se entenda, o valor da indenização é exorbitante.

Entende que os encargos sucumbenciais devem ser distribuídos proporcionalmente entre as partes, uma vez que houve sucumbência recíproca.

Contrarrazões às fls. 168-174.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade arguida pela ré, uma vez que os autores alegam a ocorrência de defeito na prestação de serviços, consistente no indevido cancelamento pela Decolar.com de passagem aérea, cuja aquisição foi intermediada pela ré.

A ré, diferentemente do que pretende fazer crer, não atua simplesmente como intermediadora entre fornecedores e consumidores, afastando-se a sua atividade daquela desempenhada pelos corretores e disciplinada a partir do artigo 722 do Código Civil.

Cuida-se de atividade típica de agência de turismo, conforme disposto no artigo 27 da Lei nº 11.771/08 (*caput* e §3º), que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo.

A ré, portanto, deve ser considerada como fornecedora, nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se ao caso todas as normas protetivas nele previstas.

E, no caso concreto, os autores não apontam a existência de defeito na prestação de serviço pela companhia aérea, mas justamente naquela realizada pela ré, que teria cancelado a passagem aérea referente ao retorno da autora dos Estados Unidos, sem que houvesse solicitação para tanto.

Logo, como é atribuído defeito à prestação de serviço pela ré, evidente a

sua legitimidade para ocupar o polo passivo da presente demanda.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Deve ser reconhecida a responsabilidade objetiva da ré, conforme previsão contida no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e em garantia ao princípio consumerista da segurança.

Assim, deve ela responder, “*independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços*”; cuja ocorrência, no caso, está demonstrada.

Os autores, antes de embarcar para uma viagem à América do Norte, afirmam ter buscado no sítio eletrônico da ré informações acerca das consequências do cancelamento das passagens aéreas.

Alegam que apenas buscaram informações sobre o cancelamento, sem efetivamente formular algum pedido, tanto assim que acabaram por embarcar com destino ao Canadá em 8 de janeiro de 2016.

Segundo afirmam, a postura da ré corroborava sua expectativa de que não fora mesmo realizado o cancelamento, uma vez que enviou e-mail com as informações solicitadas (fls. 38-39) e um outro mencionando a necessidade de contato para dar continuidade à solicitação (fls. 40).

Assim, optaram os autores pela realização da viagem.

Contudo, no momento do retorno, a partir da cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, foram surpreendidos com o cancelamento da passagem de retorno da autora.

Apesar da a ré afirmar em sua defesa que o autor teria acessado o *site* e cancelado a passagem, observa-se que foca sua defesa na ausência de legitimidade e imputação de responsabilidade à companhia aérea.

Pouco se preocupa em esclarecer os procedimentos disponíveis para cancelamento por meio de sua plataforma ou justificar as comunicações eletrônicas enviadas aos autores e que pareciam indicar que não teria havido mesmo o cancelamento.

Tampouco esclareceu a razão pela qual teria sido possibilitado o embarque da autora, se teria ocorrido o cancelamento de suas passagens.

Deve, portanto, ser reconhecido defeito na prestação de serviço pela ré, a quem cabe a reparação dos danos causados aos consumidores (CDC, art. 14).

Os autores foram obrigados a adquirir novas passagens para retornar ao Brasil, desembolsando um total de R\$9.358,00 (fls. 24-28).

Com relação à autora, evidente que foi o indevido cancelamento da passagem que lhe obrigou a adquirir outro bilhete.

Quanto ao autor, pretende a ré imputar a ele próprio os prejuízos decorrentes da aquisição do novo bilhete. Para ela, deveria ele ter embarcado, conforme

inicialmente contratado, com o que evitaria despesas extras e desnecessárias.

No entanto, esse entendimento não parece o mais razoável, uma vez que, tendo marido e mulher adquirido conjuntamente as passagens, não se poderia obrigá-los a realizar os trajetos separadamente.

Ambos se encontravam em um país estranho quando foram surpreendidos pelo cancelamento indevido do bilhete da autora e, submetidos a uma situação de estresse, optaram de forma razoável e racional por embarcar juntos, após a aquisição de novos bilhetes.

Desse modo, conclui-se que a opção do autor de, no momento do embarque, adquirir outros tíquetes, não se deu de forma arbitrária, mas considerando todas as dificuldades que poderia vir a enfrentar sua esposa.

Segundo consta, não possui ela domínio da língua inglesa, de modo que não é difícil imaginar as possíveis situações problemáticas que poderia enfrentar com a aquisição dos novos bilhetes, o embarque, a imigração, a alimentação e a escala na Cidade do Panamá.

E, diante de tudo isso, é plenamente justificável a conduta do autor.

Na mesma ordem de ideias, também não há como deixar de reconhecer o nexo de causalidade entre o cancelamento da passagem da autora (defeito na prestação do serviço) e a necessidade de aquisição de outros bilhetes.

Portanto, tendo o defeito dado causa ao prejuízo experimentado (fls. 24-28), deve ser mantida a condenação ao pagamento da indenização por dano material.

Do mesmo modo, perfeitamente demonstrados os gastos realizados enquanto permaneceram na Cidade do Panamá, escala que, segundo consta dos autos, não estava inicialmente planejada (fls. 55).

Somente com relação ao reembolso do valor pago pelo autor para a aquisição da passagem original a sentença comporta reforma, a fim de que seja ele indenizado, mas se evite que haja um enriquecimento sem causa.

A reparação deve ser integral, mas deve se limitar ao valor do dano efetivamente experimentado.

No caso concreto, se a viagem houvesse transcorrido normalmente, sem defeito algum na prestação do serviço, teriam os apelados desembolsado R\$7.401,00 (fls. 41-44).

Entretanto, como foram obrigados a adquirir novos bilhetes (R\$9.358,00, fls. 24-28) e realizar gastos com alimentação (R\$309,10, fls. 55), acabaram despendendo valor maior do que o inicialmente planejado.

Desse modo, o dano material efetivamente experimentado pelos autores corresponde à diferença entre aquele valor (R\$7.401,00) e o total efetivamente desembolsado por eles, incluindo a aquisição de novas passagens e a alimentação

(R\$17.068,10).

Além disso, dadas as peculiaridades do caso em exame, conclui-se pela configuração do reclamado dano moral, decorrente do defeito da prestação do serviço.

Tem-se que o episódio vivenciado pelos autores extrapola ao mero aborrecimento decorrente da vida em sociedade, gerando dano moral, que deve ser indenizado.

O dano moral é aquele experimentado na alma, no espírito, atingindo valores morais como, por exemplo, a honra, a paz, a tranquilidade, a reputação, etc., e nele não há reparação de prejuízo, mas uma compensação pelo sofrimento experimentado pelo indivíduo, sendo certo que, para a sua configuração, “*não há necessidade que se comprove intensa dor física: o desconforto anormal, que ocasiona transtornos à vida do indivíduo, por vezes, configura um dano indenizável, como, por exemplo, o atraso ou cancelamento de um voo ou um título de crédito indevidamente protestado*” (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, 5ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2005, vol. II, p. 365, destaques nossos).

A esse respeito, confira-se o precedente abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OVERBOOKING. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES. DANOS MATERIAIS. OCORRÊNCIA. REEXAME MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO COM BASE NO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE.

**1. O dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro. (REsp 299.532/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), DJe 23/11/2009)** 2. A reapreciação por esta Corte das provas que lastream o acórdão hostilizado é vedada nesta sede especial, segundo o enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

(...)”.

(AgRg no Ag 1410645/BA, Terceira Turma, **Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino**, j. em 25.10.11, sem destaques no original)

A situação examinada assemelha-se muito àquelas em que há atraso ou cancelamento de voo, pois as consequências para os passageiros foram as mesmas; ou seja, em razão dos defeitos na prestação do serviço já mencionados acima, os consumidores não puderam realizar a viagem como inicialmente programado, havendo acréscimo de várias horas no trajeto e de uma escala.

No que concerne ao valor da reparação pecuniária, vale lembrar seu “(...) duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor o patrimônio do lesado, no caso de dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral” (Carlos Roberto Gonçalves, “Responsabilidade Civil”, 9ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p. 591).

Embora a lei não traga parâmetros que possam ser utilizados na fixação do valor, a indenização a ser paga deve ser fixada em termos razoáveis, para que não se constitua em enriquecimento indevido da parte indenizada, nem avilte o sofrimento por ela suportado.

Dessa forma, o valor de R\$5.000,00 para cada um dos autores mostra-se razoável, suficiente e compatível com o patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara em vários outros casos análogos já julgados, não comportando redução alguma.

Por fim, quanto à distribuição das despesas decorrentes da sucumbência, o recurso da ré também não comporta provimento.

Deve ser mantida a sua condenação a arcar integralmente com as custas e honorários advocatícios, verificando-se uma sucumbência mínima por parte dos autores, os quais tiveram seus direitos reconhecidos quase que integralmente (CPC, artigo 86, parágrafo único).

Diante de todo o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, apenas para reduzir o valor da indenização por dano material para R\$9.847,10; mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006430-69.2016.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante IVONIA RODRIGUES, é apelado 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: “Não conheceram do recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. (**Voto nº 7242**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente sem voto), SALLES VIEIRA E PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, Relatora

**Ementa: “NOTIFICAÇÃO JUDICIAL” - Sentença indeferiu a inicial, por não ter trazido comprovante de residência - Autora/Apelante que não recolheu o preparo do recurso, mesmo após intimada para recolhimento, em dobro, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso - Deserção caracterizada - Aplicação do artigo 1.007, do Código de Processo Civil - Recurso não conhecido.**

## VOTO

### VISTOS.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra r. sentença, cujo relatório se adota, que indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 330, inciso I, 319 e 321, parágrafo único e 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Determinou que se oficiasse a DELPOL para averiguação e investigação, bem como à OAB para abertura de sindicância.

Por fim, indeferiu o pedido de justiça gratuita.

Opostos Embargos de Declaração, estes foram rejeitados.

Insurge-se a Autora, alegando, em síntese, que não pode ter seu acesso ao Judiciário negado pelo fato de não possuir comprovante de residência em nome próprio e que o artigo 319 do Código de Processo Civil somente exige a indicação do endereço do autor.

Pleiteia o provimento do recurso.

Sobreveio despacho do d. Juiz de Origem determinando a subida dos autos (recurso) a este E. Tribunal de Justiça, observando que *“este Juízo e todos os demais do Estado estão cientes, através de comunicado do TJSP, que o patrono da Autora foi condenado em litigância de má-fé na Comarca de Araras/SP, 2ª Vara Cível (inclusive foi noticiado no site do TJSP e demais do âmbito jurídico - pelas ações ajuizadas, idênticas a essa), bem como nesta comarca já corre inquérito policial e sindicância na OAB contra os membros deste escritório, sendo inclusive determinação de nossa Corregedoria”* (fl. 57).

Ausentes contrarrazões, tendo em vista que a ré não foi citada.

Foi determinado o recolhimento, em dobro, do preparo, sob pena de deserção (fl. 61).

**É o relatório.**

De acordo com o artigo 1.007, *caput*, do Código de Processo Civil, a Apelante deverá comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do respectivo preparo, além da taxa de porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Então, os atos de recorrer e de preparar deverão ser praticados simultaneamente, na mesma oportunidade processual, o que não ocorreu no presente caso.

Na situação em exame, há que se ressaltar que o pedido de justiça gratuita foi indeferido na r. sentença e não houve insurgência recursal quanto a isto.

Nesse contexto, esta Relatora determinou a intimação da Recorrente, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento do preparo, em dobro, no prazo de cinco dias, sob pena de deserção, nos termos do artigo 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil.

Contudo, embora devidamente intimada, a Recorrente ficou-se inerte, conforme certidão de fl. 64.

Considerando a ausência de comprovação do recolhimento do preparo, o presente recurso é deserto.

Posto isto, pelo meu voto, **não conheço do recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1128702-79.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PETRAS ALEXANDRE RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OI MÓVEL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

JOVINO DE SYLOS, Relator

**Ementa: Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais - negatização indevida do nome do autor - demanda procedente - majoração do “quantum” ressarcitório, segundo**



**os padrões adotados por est Corte, com atualização monetária desde julgado superior e juros moratórios a partir do evento danoso (Súm. 54 STJ) - elevação dos honorários sucumbenciais recurso parcialmente provido.**

## VOTO

1. Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais, movida por Petras Alexandre Rodrigues em face de OI Móvel S/A, alegando, em síntese, que teve seu nome incluído indevidamente nos cadastros restritivos em 03.07.2015 pelo contrato nº 0005098905925757, por débito de R\$ 224,55, datado de 02.09.2014, sem que jamais tenha efetuado qualquer contrato com a ré. Destarte, apoiado nas regras do CDC (Lei 8078/90), requer a inversão do “onus probandi” e que seja declarada a inexigibilidade do controvertido débito, bem como a ilegalidade da inscrição realizada, além de indenização por danos morais no importe de R\$ 46.000,00.

2. A r. sentença de fls. 121/124 julgou procedente a demanda, condenando a ré ao ressarcitório moral de R\$500,00 em favor do autor. Carreou-lhe ainda o pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

3. Recorreu o autor a este E. Tribunal (fls. 112), buscando a majoração do “quantum” indenizatório e incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Pede ainda a elevação da verba honorária advocatícia.

4. O recurso foi recebido, processado e respondido (fls.139/154). Os autos subiram em seguida.

É o relatório.

5. Merece parcial guarida o apelo do autor, pois com relação ao “quantum” ressarcitório prevalece o entendimento que deve servir para coibir o agente de procedimento semelhante, sem, todavia, enriquecer indevidamente a vítima. Ou seja, a indenização deve “proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contrapartida, no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual atentado” (Ap. nº 189.395-1, TJSP 6ª Câ., REL. DES. ERNANI PAIVA).

6. Nesse passo, inexistindo linhas exatas para a respectiva quantificação, “muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do quantum da indenização muito depende de sua ponderação e critério” (RT 631/36). Nessa linha de raciocínio, o “quantum” arbitrado pelo magistrado monocrático mostrou-se realmente irrisório, não levando em consideração a gravidade objetiva do dano e a indevida conduta da ré, merecendo pois ser majorada por

esta Corte a importância fixada.

7. Por igual, os juros moratórios devem mesmo fluir a partir do apontamento indevido nos cadastros restritivos, por se tratar de responsabilidade extracontratual, aplicável ao caso a Súm. 54 do STJ.

8. Nessas circunstâncias e mediante esses critérios, resolve-se alterar a solução singular para elevar o “quantum debeatur” dos danos morais para R\$ 5.000,00, com atualização monetária a contar deste arbitramento e juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso (negativação - Súm. 54/STJ). A ré continua a responder pelo pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora majorados para 10% do valor da condenação, com fulcro no art. 85, parágrafos 1º, 2º e 11 do CPC/15.

9. Com esses fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003854-45.2016.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE LEME, é apelado ROSA E FRIGONI CLÍNICA GINECOLÓGICA LTDA. EPP.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram do recurso e a ele negaram provimento, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.142)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), COELHO MENDES e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

VICENTINI BARROSO, Relator

**Ementa: COBRANÇA - Prestação de serviços médicos - Força maior - Não ocorrência - Possível má administração da representada que a tanto não equivale - Sentença de procedência mantida - Recurso conhecido e desprovido.**

## VOTO

1. Apela-se da sentença de fls. 92/94, de relatório adotado, que julgou procedente ação de cobrança, relacionada à prestação de serviços médicos,

movida pela apelada à apelante - honorários advocatícios de 10% da condenação, observada justiça gratuita.

Alude-se a ocorrência de força maior (crise financeira), que justifica do descumprimento de obrigações relacionadas ao pagamento reclamado. Insiste enfrentar extrema fragilidade em suas finanças, situação provocada pela ausência de repasse de valores por parte de órgãos governamentais. Argumenta ser entidade filantrópica e que chegou ao ponto de ver decretada sua intervenção pelo Município de Leme. Deve haver aplicação daquilo previsto no artigo 393 do Código Civil, como causa de impedimento de eventuais atrasos e falta de pagamento dos valores em causa (fls. 98/105).

Veio resposta - arguida afronta ao princípio da dialeticidade (fls. 109/116).

É o relatório.

2. Conhece-se do recurso, rejeitada arguição deduzida em contrarrazões. O suficiente, deu-se atendimento ao que previsto no artigo 1.010, I a IV, do CPC - e os apelados, ademais, demonstraram compreender à perfeição a tese sustentada no apelo.

Apelação infundada. Não ocorreu força maior. Eventual crise financeira não equivale a tanto - e o argumento sobre ocorrência de temporária intervenção estadual (por 90 dias, artigo 4º de fl. 70), igualmente, não é suficiente a tanto - certo que o aludido decreto data de julho de 2013 (fl. 70, parte final).

A propósito da conceituação da força maior, escreve Hamid Charaf Bdine Jr. em comentários ao artigo 393 do Código Civil, que “*Considera-se caso fortuito ou força maior o fato necessário, cujos efeitos eram imprevisíveis ou inevitáveis (parágrafo único deste artigo). Embora a lei não faça distinção entre estas figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra etc); enquanto força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade etc).*”

*A característica mais importante dessas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível - fora do alcance do poder humano” (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, Ed. Manole, pág. 282).*

Esses requisitos não estão presentes. A situação do hospital, segundo se depreende, pode estar ligada a algum tipo de desorganização administrativa. Em síntese, dificuldades financeiras não na configuram, para justificar descumprimento do contrato.

De resto, a apelante não negou a prestação dos serviços ligados aos plantões em ginecologia e obstetrícia, nem os valores reclamados ou o fato de

ter ocorrido pagamento parcial da dívida.

A sentença, portanto, se mantém como proferida. E não se fala em litigância de má-fé por parte da apelante (como arguido na resposta), certo que esta se limitou, apenas, a defender ponto de vista jurídico que entendeu conveniente, sem exageros. O acesso ao segundo grau de jurisdição e ao Judiciário em geral, é a todos assegurado por preceito constitucional.

E, por força do disposto no artigo 85, § 11º, do CPC, a verba honorária é majorada para 12% sobre o total da condenação corrigida, tendo em conta o trabalho acrescido em sede de contrarrazões.

3. Pelo exposto, conhece-se e desprovê-se o recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3005321-38.2013.8.26.0283, da Comarca de Itirapina, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados GERALDO JOÃO GUARDA (JUSTIÇA GRATUITA), JONAS FERNANDES GUARDA, JAIME ANTONIO GUARDA e GERCELI GUARDA BARONI.

**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 45.035)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), SOUZA LOPES E IRINEU FAVA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Depósito realizado como garantia do juízo - Ausência de razão no quanto sustentado em sede de impugnação - Possibilidade de considerar o montante depositado como pagamento - Depósito serve não apenas para garantir à execução, como também para, oportunamente, servir como meio de pagamento - Preliminar rejeitada.**

**APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS -**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA-EXECUÇÃO INDIVIDUAL - LEGITIMIDADE ATIVA - Necessidade de filiação ao IDEC - Descabimento - Possibilidade de ajuizamento de ação executiva individual por todos os poupadores - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Suspensão determinada no REsp 1.438.263 - Perda de eficácia, ante a desafetação de tal recurso do rito dos recursos repetitivos.**

**APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - Data da citação para a ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo.**

**Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de apelação (fls. 120/123) interposta contra a sentença de fls. 115/116<sup>v</sup> que rejeitou a impugnação e julgou extinta a execução, com fundamento no art. 794, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973. Em decorrência da sucumbência, condenou o executado no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor do débito.

Insurge-se o requerido, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, necessidade de suspensão do processo em razão do REsp nº 1.391.198-RS; depósito foi realizado como garantia do juízo, e não pagamento; e excesso de execução, pois os juros de mora devem ser afastados, ou sua incidência deve ser a partir da citação na execução. Por fim, aponta dispositivos para fins de prequestionamento.

Preparo realizado a fls. 125/127.

Contrarrazões estão a fls. 150/154.

### É O RELATÓRIO.

Sem razão o recorrente.

De plano, deixe-se consignado que a princípio o MM. Juiz *a quo* não tomou o depósito de fls. 67 como pagamento, fazendo apenas e tão somente na sentença de extinção do processo, depois de ter analisado a impugnação ofertada pelo recorrente.

Logo, a sustentação feita no apelo a título de preliminar não tem sentido, uma vez que, existindo depósito de valor da dívida efetuado pelo apelante, e

verificado que o mesmo não tinha razão no quanto sustentou em sua impugnação, confirmado o montante em execução, evidente que poderia ser a importância depositada a fls. 67 reputada como pagamento da dívida, sendo que o depósito em comento sempre é feito para que venha não só servir de garantia à execução, como também para, oportunamente, servir como meio de pagamento do valor executado, não havendo nem como imaginar-se de forma diferente.

Dessa forma, não tendo ocorrido nenhuma irregularidade pertinente ao depósito e ao fato de finalmente ter sido considerado para fins de pagamento da dívida em questão fica rejeitada a preliminar trazida no apelo.

Quanto à preliminar de **ilegitimidade ativa**, tem-se desnecessária a comprovação de filiação do poupador ao IDEC, o que restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça no **Recurso Repetitivo nº 1.391.198-RS**, caindo por terra toda a argumentação do apelante em sentido contrário.

Conferir, a propósito:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) **os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido.** (Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13.08.2014)*

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

Quanto ao **marco inicial dos juros moratórios**, tem-se como parâmetro a **data da citação para a ação civil pública**, termo este que também restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça no **Recurso Repetitivo nº 1.370.899-SP**, caindo por terra toda a argumentação do apelante em sentido contrário.

Conferir, a propósito:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

*1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.*

*2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.*

*3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.*



3.- *Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: “Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.”*

4.- *Recurso Especial improvido. (REsp nº 1370899/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).*

Nesses termos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009643-33.2016.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante JULIANA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada EBAZAR.COM.BR LTDA - ME.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.836)**

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

São Paulo, 19 de outubro de 2017.

BONILHA FILHO, Relator

**Ementa: Compra e venda. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Corrê prestadora de serviços, consistentes na veiculação de anúncios e intermediação de contratos de compra e venda entre usuários vendedores e usuários compradores, através de seu portal de *internet*. Vício de qualidade de produto adquirido do anunciante. Prestadora de serviços que pode ser responsabilizada por defeitos de qualidade do produto. Precedente deste Tribunal. Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a MercadoLivre.com, no qual foi afastada**



**a responsabilidade objetiva ou solidária da corré pelos eventuais vícios, defeitos, estado, qualidade, funcionamento dos produtos anunciados por usuários no seu *site*. Possibilidade de manutenção das cláusulas pelas quais os usuários compradores são informados dos limites de sua responsabilidade. Ausência de demonstração de falha na prestação dos serviços. Sentença mantida. Verba honorária majorada. Recurso não provido, com determinação.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 339/341, cujo relatório adoto, que, em Ação de Indenização de Danos Materiais e Morais ajuizada por JULIANA DA SILVA em face de PANDA MAGAZINE LTDA. e EBAZAR.COM.BR LTDA. (MercadoLivre.com) julgou extinto o feito sem julgamento de mérito com relação a ré EBAZAR, com fulcro no artigo 485, inciso VI do CPC/15, condenando a autora nas verbas de sucumbência, e julgou procedente a ação com relação à ré PANDA, condenando-a ao pagamento da quantia de R\$600,00, a título de danos materiais, corrigida pela tabela TJSP e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, ambas a contar da data dos respectivos desembolsos, bem como ao pagamento da quantia de R\$10.000,00, a título de danos morais, corrigida monetariamente pela Tabela do TJSP, a partir do arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data do dano (fls. 32).

Irresignada, insurge-se a autora às fls. 343/34, quanto à extinção do processo, com relação à ré EBAZAR. Alega que há questão de extrema relevância, que implica na modificação da decisão, afirmando que é necessária a realização de um prévio cadastramento na EBAZAR, a partir do qual se obtém uma senha para o anúncio na plataforma, o mesmo ocorrendo em relação àquele que pretende adquirir algum produto, sendo certo que o produto somente é entregue após efetivado o pagamento e com o acordo do vendedor, de modo que a EBAZAR não fica isenta do processo. Insiste no fato de que a EBAZAR tem condições de verificar os maus comerciantes. Aduz que teve o cuidado de acostar aos autos documento, comprovando que a EBAZAR tinha conhecimento do anúncio de produtos falsificados em sua plataforma, mantendo-se inerte e permitindo que o comerciante continuasse a lesar os consumidores, mencionando que, após o ajuizamento da ação, o referido comerciante permanecia na plataforma de negócios, afirmando que a hipótese dos autos constitui exceção à regra, pugnando pela condenação solidária da empresa ré.

Recurso tempestivo, isento de preparo, recebido e respondido (fls.

350/362).

É o relatório.

A autora, ora apelante, ajuizou a presente Ação de indenização por danos materiais e morais em face de PANDA MAGAZINE LTDA. e EBAZAR.COM. BR LTDA. (MercadoLivre.com), sob o argumento de que adquiriu, através do sitio eletrônico da segunda ré, um produto capilar vendido pela primeira ré, denominado Wone, pelo valor de R\$200,00, pago em duas parcelas através de cartão de crédito. Aduz que, após receber o produto, dirigiu-se ao seu cabeleireiro, que estranhou a embalagem, odor e consistência do produto, mas, ainda assim, resolveu autorizar a aplicação, quando passou a sentir uma ardência no seu couro cabeludo, além do que, terminada a “escova progressiva”, o profissional lhe alertou que não havia surtido qualquer efeito. Alega que entrou em contato com a segunda ré, sem sucesso, bem como com a vendedora e fabricante do produto, sendo que esta última alegou que estavam sofrendo fraudes praticadas por vendas falsificadas do seu produto, tendo, inclusive, ajuizado ação judicial em face da segunda ré, mencionando que a vendedora permanece comercializando seus produtos junto ao *site* da segunda ré. Diante disso, pleiteou a condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos materiais, na quantia de R\$ 600,00, referente ao valor do produto e honorários do cabeleireiro, além de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00.

A respeitável sentença reconheceu a ilegitimidade passiva da corré EBAZAR (MercadoLivre.com), julgando extinto o feito, sem julgamento de mérito, com relação a mesma, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do CPC/15 e procedente o pedido, com relação à ré PANDA MAGAZINE.

Em que pesem as alegações de apelante, a decisão não merece reparo.

A controvérsia acerca da responsabilidade da apelada EBAZAR (MercadoLivre.com), pelos danos e prejuízos suportados pelos usuários compradores, diante de negócios realizados através do seu portal na *internet*, já foi apreciada por este E. Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de Apelação nº 0179673-03.2007.8.26.0100, interposto contra a r. sentença que julgou procedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a MercadoLivre.com.

No referido julgado, restou consignado que, embora a relação jurídica existente entre a apelada e os usuários compradores, seja de consumo, a prestadora de serviços não responde pela qualidade do bem, não podendo ser responsabilizada por defeitos ou fato da coisa, notadamente, porque não tem acesso ao bem transacionado.

Pertinente ao tema, cabe transcrever trecho extraído do voto do eminente Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO: “(...) *a apelante não responde pelo estado e qualidade do bem. Pode a apelante excluir*

*contratualmente sua responsabilidade pelas características intrínsecas do bem, tais como estado de conservação, qualidade, funcionamento, defeitos, etc., vez que a apelante não tem qualquer acesso ao bem, que passa diretamente do ‘vendedor’ para o ‘comprador’, ressaltado porém que o dinheiro para o pagamento só pode ser liberado em favor do vendedor após expressa autorização do comprador, a menos que ocorra pagamento direto”*

Destaca-se, ainda, que, nos autos da referida Ação Civil Pública, foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e a MercadoLivre.com e a MercadoPago.com, na qual foi reconhecido o seguinte:

*“1.1. Com exceção da hipótese prevista no item 1.2 abaixo, as partes reconhecem e declaram que o MERCADOLIVRE e a MERCADOPAGO não são objetiva ou solidariamente responsáveis pelos eventuais vícios, defeitos (fatos), estado, qualidade, funcionamento e demais características intrínsecas dos produtos anunciados por usuários no site (endereço eletrônico constante no texto original), tampouco por eventual inexecução dos negócios jurídicos de compra e venda realizados direta e exclusivamente entre anunciantes/vendedores e compradores, ficando autorizados, por conseguinte, a manter nos ‘Termos e condições gerais de uso do site MercadoLivre’ e nos ‘Termos e condições de uso do MercadoPago as cláusulas pelas quais sejam informados aos usuários os limites de sua responsabilidade”*

*1.2. O MERCADOLIVRE e o MERCADO PAGO obrigam-se solidariamente, nos casos de falha na prestação de seus serviços, a restituírem ao usuário comprador o valor integral do(s) pagamento(s) por ele autorizado, quando este adquirir um produto de outro usuário anunciante/vendedor, por intermédio do site (endereço eletrônico constante no texto original), com o uso do serviço de gerenciamento de pagamentos do MERCADOPAGO, e não receber o referido produto, sempre que o usuário comprador tiver observado o disposto nos ‘Termos e condições de uso do MercadoPago’ e os ‘Termos e condições gerais de uso do site MercadoLivre’ (g.n.)*

Na hipótese, a causa de pedir está alicerçada no vício de qualidade do produto adquirido de anunciante, com o auxílio da plataforma de *e-commerce*, sendo forçoso reconhecer que os danos alegados não defluem de ato ilícito praticado pela apelada, razão pela qual a r. sentença deu adequada solução à lide.

Nota-se que, o “Termo e Condições Gerais de Uso do Site” contém cláusula expressa, informando aos usuários os limites de sua responsabilidade, na qual é mencionado que a apelada não possui controle sobre a qualidade dos produtos anunciados pelos usuários vendedores (item 11 e 12 - fls. 296/297).

Também, nesse sentido:

“APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. Aquisição de produto

defeituoso através de sítio eletrônico de anúncios. Ausência de nexo causal entre a conduta da ré e os danos suportados pelo autor. Controle de qualidade que foge do âmbito de atuação. Responsabilidade civil não configurada. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; Apelação 1000528-52.2016.8.26.0100; Relator (a): Azuma Nishi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/05/2017; Data de Registro: 18/05/2017).

Tampouco há margem para se cogitar na ocorrência de falha na prestação dos serviços, devendo ser ressaltado que a apelada atendeu à reclamação formulada pela apelante, a qual foi encerrada pelo fato de a apelante ter optado por não devolver o produto, o que era condição para a restituição do valor pago (fls. 35).

No mais, a ação mencionada pela apelante, ajuizada pela fabricante do produto por ela adquirido, contra a apelada, tem como causa de pedir a existência de concorrência desleal decorrente da venda e divulgação de produtos da autora. Ademais, a referida ação foi julgada improcedente, conforme consulta ao *site* deste E. Tribunal, de modo que não houve determinação judicial de bloqueio dos mencionados anúncios.

Em suma, as razões recursais não se mostram aptas a infirmar as conclusões da respeitável sentença recorrida, a qual deve ser mantida.

Por fim, ante o improvimento do recurso, ficam majorados os honorários advocatícios devidos pela apelante para 12% do valor da causa, em atenção às diretrizes do Enunciado Administrativo nº 7, do STJ e do art. 85, §11 do CPC/15, observada a gratuidade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, com determinação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014074-70.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MODAS SUPER M INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelada PRISCILA RODRIGUES ALVARENGA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 07.952 - Digital)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: COMPRA E VENDA - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por dano moral - Fraude praticada por terceiro, para aquisição de mercadorias em nome da autora - Risco da atividade comercial que impõe à ré suportar o prejuízo da compra e venda não quitada, com declaração de irresponsabilidade da autora - Prejuízo moral, no entanto, não evidenciado - A comerciante não lançou mão de medidas coercitivas contra autora, limitando-se a comunicar o fato à autoridade policial, agindo no exercício regular de direito - Obrigação da autoridade policial de investigação do fato tido como delituoso, sem que disto possa reclamar a autora - Sentença modificada - Recurso provido, em parte.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 289/293, que julgou procedentes os pedidos iniciais, formulados em ação de procedimento comum, para declarar inexigibilidade de débitos e para condenar a ré no pagamento de indenização, a título de prejuízo moral, no valor de R\$ 10.000,00, além dos encargos de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré, reiterando as preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade de parte passiva. No mérito, sustenta que também foi vítima de estelionato praticado por terceiros, que se utilizaram de cartão de crédito, com o nome da autora, para as compras realizadas pela internet, não havendo que se falar em ato ilícito a gerar o dever de indenizar. Alternativamente, pleiteia a redução do valor indenitário arbitrado.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

O recurso comporta acolhimento, em parte.

A autora alegava ter sido surpreendida com a intimação para depor em inquérito policial, que apurava prática de crime de estelionato por diversas aquisições de produtos via internet realizadas junto à ré, às quais desconhecia. Propôs então esta demanda, para a declaração de inexigibilidade dos débitos e imposição de indenização, por prejuízo moral.

A sentença considerou ter praticado a ré ato ilícito e devida indenização à autora, mas esta solução não se sustenta.

Que se declare indevidos os valores das aquisições de produtos junto à Ré isto está evidentemente correto, já que não se discute que terceiro, mediante fraude, se utilizou de cartão com os dados da autora para aquela finalidade.

Mas cometeu ato ilícito a Ré?

É evidente que não. Ela responde perante a autora em função do risco inerente à sua atividade comercial. Neste ponto a sua responsabilidade é objetiva, posto que não há discussão alguma sobre ter a autora concorrido para aquelas aquisições.

Mas outra imputação teria que vir acompanhada de prova de dano e disto não tratam os autos.

Vítima de fraude, tanto quando a autora, ela fez, no exercício regular de direito, comunicação do fato à autoridade policial e esta, também no exercício do seu mister, abriu investigação sobre o ocorrido.

E é mais do que óbvio que, nesta investigação, teria que ser ouvida a autora, em nome de quem a compra e venda fora efetivada.

E isto era obrigação da autoridade policial, à vista da investigação de possível crime, de nada podendo a autora reclamar.

Não há dano moral - ainda mais causado pela ré - na intimação da autora para esclarecimentos.

E observe-se, ao menos pelo que se tem nos autos, que a apelante não lançou mão de medidas coercitivas para a cobrança do valor em relação à autora.

Muito pelo contrário ela agiu corretamente ao comunicar o fato à autoridade competente.

Afasta-se, portanto, da condenação o valor indenizatório deferido, cada parte respondendo por metade das despesas do processo, arbitrados em honorários profissionais delas em dez por cento, calculados sobre o respectivo proveito econômico obtido.

Por estas razões, meu voto dá parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000649-68.2016.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IMPERMEABILIZADORA BRASTANE LTDA., é apelado ANTONIO DANTAS DE ABREU (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29067)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PERDA DO CONTROLE DO VEÍCULO NUMA CURVA E EM PISTA MOLHADA. CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO DA APELANTE CONFIGURADA. MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO DOS PNEUS COMPROVADO POR BOLETIM DE OCORRÊNCIA E PROVA TESTEMUNHAL. DANOS MATERIAIS NO VEÍCULO DA PARTE ADVERSA COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. Recurso de apelação improvido.**

## VOTO

Trata-se de apelação (fls. 174/188, com preparo às fls. 234/235) interposta contra a r. sentença de fls. 169/171 (da lavra do MM. Juiz Luiz Renato Bariani Pérez), cujo relatório se adota, que julgou “... *procedente o pedido formulado por Antônio Dantas de Abreu de modo a condenar a Impermeabilizadora Brastane S/C Ltda. ao pagamento de R\$11.111,00, atualizáveis monetariamente a partir do desembolso (16.02.2016 - fls. 41 autos nº 1001126-37.2016) e com juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da data do evento (20.11.2015).*” e “... *improcedente o pedido indenizatório formulado por Impermeabilizadora Brastane S/C Ltda.*”.

Alega Impermeabilizadora Brastane S/C Ltda., em síntese, que seu veículo foi apreendido após o acidente em razão de irregularidade na documentação e não pela situação dos pneus, e que houve culpa concorrente, devendo o valor da condenação ser diminuído. Requer a reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo (fls. 173/174) e preenche as suas necessárias condições de admissibilidade.

Contrarrazões às fls. 192/196, com pedido de decretação de deserção.



Indeferido o pedido de justiça gratuita formulado pela apelante junto com as razões recursais (fls. 230/231), o preparo do recurso foi recolhido, conforme documentos de fls. 234/235.

### **É o relatório.**

Superada a questão do preparo, conheço do recurso, mas a ele nego provimento.

Não há nada nos autos a indicar ter havido culpa concorrente, não se desincumbindo a ora apelante de comprovar suas alegações de que o ora apelado estivesse em alta velocidade e teria invadido a pista de rolamento por onde trafegava o veículo da recorrente.

A r. sentença definiu com maestria as contradições das testemunhas da apelante (fls. 170/171):

*“Os informantes ouvidos não trouxeram convicção a respeito dos fatos. Basta observar que Everton (f. 154/155) e Welinton (f. 156/157) apresentaram contradições em seus depoimentos, uma vez que o primeiro mencionou que a pista estava molhada, uma vez que havia chovido, e o segundo informou que a pista estava seca.*

*Além desta contradição, há outra existente entre os aludidos depoimentos e a prova documental juntada aos autos, uma vez que ambos (Everton e Welinton) informaram que os pneus da VW/Kombi da Impermeabilizadora Brastane estavam em bom estado.*

*Ocorre que o boletim de ocorrência de f. 39 indica que o veículo em questão apresentava pneus em mal estado de conservação, tanto que isso a autuação por infração de trânsito (AIT n° 898631) e a apreensão do veículo (f. 39 autos n° 1000649-68.2016).”.*

*O Policial Rodoviário Nelson Vieira Monteiro, ouvido como testemunha, foi o agente responsável pelo atendimento do acidente, confirmando que o veículo VW/Kombi apresentava pneus em más condições, ratificando o que consta do boletim de ocorrência. Narrou, ainda, que dois pneus em más condições podem gerar um acidente, razão da possível apreensão do veículo em tais casos (f. 158).”.*

Portanto, há clara indicação de que os pneus do veículo da ora apelante estavam em más condições, o que concorreu para o acidente tal como narrado pela parte adversa, já que os pneus são itens de segurança, especialmente quando se trafega em pista molhada, como no caso concreto.

Segundo constou do boletim de ocorrência às fls. 42, houve autuação com base no art. 230, V e XVIII, do CTB, ou seja, tanto em razão de irregularidade na documentação do veículo, quanto pelo mau estado de conservação, comprometendo a segurança. Nada está a indicar que a apreensão tenha sido exclusivamente pelo fato de a documentação não estar em dia, como alegado.



Assim sendo, restando evidenciado pelo conjunto probatório que o veículo da ora apelante trafegava em pista da esquerda e molhada e com pneus em mau estado de conservação, mostra-se mais coerente e verossímil a alegação do ora apelado de que o condutor perdeu o controle da direção na curva molhada, chocando-se na mureta central e, em consequência do desgoverno, vindo a colidir com o veículo de propriedade do recorrido, que trafegava na faixa central.

Desse modo, irreparáveis as conclusões da r. sentença, no sentido de que a culpa pelo acidente foi exclusivamente do condutor do veículo da ora apelante, o que implica no seu dever se indenizar integralmente o ora apelado pelos danos em seu automóvel, não se mostrando nenhuma lógica no pleito genérico de diminuição do valor da condenação já que, como bem fundamentado pela r. sentença, (fls. 171) “... os danos sofridos por Antônio Dantas são incontroversos, além de contar com prova documental consistente nos três orçamentos juntados a f. 37/40 dos autos nº 1001126-37.2016, e da nota fiscal de f. 41 que indica o efetivo pagamento do valor de R\$11.111,00 em 16.02.2016 para o conserto do veículo Fiat/Palio.”.

Assim sendo, não há reparos a se fazer na r. sentença.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010326-43.2016.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante/apelada MARIA EDUARDA COSTA LEMES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado/apelante RAIA DROGASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao apelo da autora e deram provimento ao recurso da ré, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 25.234**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente) e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. ALEGAÇÃO DA AUTORA QUE LHE FOI**

**VENDIDO MEDICAMENTO ERRADO E QUE COM O USO SOFREU REAÇÕES ADVERSAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MEDICAMENTO VENDIDO QUE COMPLEMENTA A RECEITA E FAZ PARTE DA MESMA FAMÍLIA DE ANTIBIÓTICOS. SENTENÇA QUE JULGOU A PRETENSÃO PROCEDENTE. APELO DA AUTORA PRETENDENDO MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO CONCEDIDA. RECURSO DA RÉ SUSTENTANDO AUSÊNCIA DE QUE ENHA REALIZADO QUALQUER CONDUTA PARA DAR AZO À PRETENSÃO DA AUTORA. RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO E DA RÉ PROVIDO. É comum que receitas prescrevam uso de antibióticos por vários dias. Pode acontecer de a drogaria não possuir tantas caixas quanto baste para todo o tratamento. Assim, o farmacêutico de plantão pode sugerir medicamento que possua as mesmas características para completar a receita. Todavia, é opção do consumidor, que pode optar por se dirigir a outro estabelecimento na busca de tantas unidades quanto bastem para o tratamento completo, pois a receita necessariamente fica retida na farmácia escolhida. Na declaração fornecida pelo médico que atendeu a autora após o consumo do medicamento não é dito que ele não era o apropriado para o tratamento do mal que acometia a autora. Atesta apenas que seria o caso de tomar 1 comprimido a cada 12 horas e que a paciente fez uso de 1 comprimido a cada 6 horas. Desse modo, erro na venda do medicamento não houve. São sim da mesma família e combatem a mesma doença que vitimava a autora. Quando existe diferença de dosagem isso é informado no momento da compra. Não existe nos autos qualquer prova que ateste que o preposto da ré tenha indicado o uso de 1 comprimido a cada 6 horas, quando o correto seria a cada 12 horas. Essa prova não pode ser produzida pela ré. É comum que seja anotada na própria caixa a posologia. A autora é quem deve provar que a ré cometeu erro na venda do medicamento, o que**

não realizou. Importante notar que a compra, ao contrário do que foi sustentado na petição inicial, não foi realizada pela autora e sua mãe, mas sim por seu pai. Esse fato é relevante porque certas informações podem ter sido passadas ao comprador que pode ter se esquecido de repassá-las à genitora que administraria a medicação. Não há como ter certeza que iniciado o tratamento pelo medicamento constante da receita que a autora também não experimentaria reações adversas.

## VOTO

**MARIA EDUARDA COSTA LEMES** (menor representada por sua genitora) ajuizou ação de indenização por dano moral em face de **RAIA DROGASIL S/A**.

O ilustre Magistrado “a quo”, por r. sentença de fls. 124/127, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar a autora indenização pelo dano moral no valor de R\$ 3.000,00, corrigido monetariamente a partir da data da prolação da sentença e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação. Sucumbente, arcará a ré com o pagamento das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios da parte contrária, arbitrados em 10% do valor da condenação (art. 85, § 2º e 86, parágrafo único, ambos do NCPC).

Ambos os polos contendores recorreram. A autora pretende com seu recurso a majoração da indenização por dano moral (fls. 129/131).

Por sua vez, a ré alegou que o fato de a autora ter ingressado em Juízo, por si só, não implica presunção de veracidade dos fatos alegados por ela, os quais, necessariamente, deverão ser comprovados ao longo da instrução processual. A autora não logrou êxito ao comprovar as suas alegações. Em outras palavras, as provas colacionadas aos autos não são suficientes para atribuir nenhum tipo de responsabilidade à apelante. Não há nenhuma prova que demonstre que, de fato, a tenha vendido medicamento diverso do prescrito no receituário médico. A nota fiscal juntada aos autos indica terceira pessoa como adquirente dos produtos, que não a autora e sua genitora, as únicas que teriam se dirigido à drogaria para realizar a compra do medicamento. Não há no verso da receita juntada a estes autos nenhum carimbo da drogaria - procedimento obrigatório adotado por seus prepostos sempre que a receita é apresentada, independentemente de ficar retida -, o que significa dizer que outras receitas podem ter sido apresentadas para a compra dos medicamentos. O medicamento “CEFALEXINA” quanto aquele que teria sido equivocadamente comercializado à Apelada “CEFADROXIL” são antibióticos da mesma família. A utilização de um medicamento ou de outro

é opção do médico, uma vez que ambos possuem o mesmo efeito antibiótico, não havendo, portanto, nenhum prejuízo decorrente de eventual substituição. O fato curioso é a data constante do documento que relata o consumo do medicamento por dois dias pela autora, qual seja, 28/10/16, é o mesmo dia em que os medicamentos foram adquiridos. A manutenção do *quantum* atribuído a título de indenização pelo suposto dano moral suportado pela autora ocasionaria seu enriquecimento sem causa, tendo em vista que o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) é deveras excessivo. (fls. 134/150).

Nenhuma das partes apresentou contrarrazões. Em primeira instância o representante do Ministério Público opinou pelo provimento do recurso da ré e negado provimento ao da autora, desconstituindo-se a indenização (fls. 160/162). Nesta instância o representante do *Parquet* se manifestou pelo provimento do recurso de apelação interposto pela autora para que seja majorado o valor da indenização para R\$ 8.000,00, ao passo que o recurso de apelação da empresa deve ser improvido (fls. 169/172).

### **É o relatório.**

Sustenta a autora que, no dia 28/10/2016, ela e sua mãe foram até o estabelecimento da ré comprar 3 caixas de CEFALEXINA, receitada em 25/10/2016 por sua pediatra para um tratamento dermatológico, conforme receituário de controle especial (fls. 09). Ocorre que, conforme consta no recibo fiscal (fls. 10) foram vendidos às autoras 2 caixas de CEFALEXINA e 1 caixa CEFADROXILA; justamente a caixa de CEFADROXILA a genitora deu à menor no primeiro e segundo dia de medicação; após ter tomado por 2 dias, o remédio, que até então não sabiam que era o errado, a menor começou a sentir fortes dores no estômago. Foram ao pronto socorro e a médica verificou que se tratava de remédio vendido errado pela farmácia requerida, conforme declaração anexa (fls. 11). Por se sentirem lesadas com o erro grosseiro da farmácia, principalmente pelo fato do risco à saúde da menor, que tem somente 11 anos, ingressaram com a presente ação.

Por sua vez, a ré apresentou sua defesa, alegando que não há nenhuma prova demonstrativa que, de fato, tenha vendido à autora medicamento diverso do prescrito no receituário médico. Apontou que, apesar de a autora alegar que teria sido vendido, equivocadamente, o medicamento “CEFADROXILA” em 28/10/2016, é certo que a nota fiscal juntada aos autos indica terceira pessoa como adquirente dos produtos. Esclarece que o medicamento “CEFALEXINA” (fls. 104/105), quanto aquele que teria sido equivocadamente comercializado “CEFADROXIL” (fls. 106/107), são antibióticos da mesma família (cefalosporinas). A utilização de um medicamento ou de outro é opção do médico, uma vez que ambos possuem o mesmo efeito antibiótico, não havendo, portanto, nenhum prejuízo decorrente de eventual substituição. Os dois medicamentos, é bom esclarecer, são destinados ao tratamento de amigdalite,

faringite, infecção da pele, dos tecidos moles, infecção urinária, entre outros. Ainda, ambos são antibacterianos da classe das cefalosporina (1ª geração), cujo mecanismo de ação é a inibição da síntese da membrana celular da bactéria. Ou seja, são medicamentos bactericidas.

Argumenta, ainda, que, segundo o próprio relato da autora, a compra dos medicamentos ocorreu no dia 28/10/2016. Em seguida, é afirmado que foram ingeridos nos 2 (dois) dias subsequentes 8 (oito) cápsulas do medicamento. Então, após a ingestão do medicamento e a suposta reação, teria a autora se dirigido ao pronto socorro, oportunidade em que teria sido constatada a suposta troca dos medicamentos, que, de acordo com a cronologia dos fatos, teria ocorrido no dia 30/10/16. Ocorre que o único registro médico ou hospitalar é a declaração de fls. 11, a qual relata a ingestão equivocada do medicamento por dois dias, e, ainda, descreve as reações de sua ingestão em excesso, é datado de 28/10/2016, ou seja, mesmo dia em que os medicamentos foram adquiridos.

De outro lado, em réplica, a autora informou que os medicamentos foram adquiridos por seu genitor e que a data da compra dos medicamentos é a mesma da receita (25/10/16) e que a nota fiscal foi emitida na data de 28/10/2016 corresponde à data em que se dirigiu à ré para solicitar a troca do medicamento.

Analisada toda a prova dos autos é possível verificar que, ao contrário do sustentado na petição inicial, não foi a autora e sua mãe as compradoras dos medicamentos na drogaria. Em verdade, foi o pai da autora quem realizou a compra. Esse fato é relevante porque certas informações podem ter sido passadas ao comprador e este pode ter se esquecido de repassá-las à genitora que administraria a medicação.

Não é incomum que as receitas prescrevam o tempo e modo de ingestão do medicamento, como, por exemplo, comprimidos diários e tempo de duração do tratamento, sobretudo antibióticos. Pode acontecer de a drogaria não possuir tantas caixas quanto baste para todo o tratamento. Assim, o farmacêutico de plantão pode sugerir medicamento que possua as mesmas características para completar a receita. Todavia, é opção do consumidor que, pode optar por se dirigir a outro estabelecimento na busca de tantas unidades quanto bastem para o tratamento completo, pois a receita necessariamente fica retida na farmácia escolhida.

Na declaração de fls. 11 não é dito que o medicamento CEFADROXILA não é apropriado para o tratamento do mal que acometia a autora. Atesta apenas que seria o caso de tomar 1 comprimido a cada 12 horas e que a paciente fez uso de 1 comprimido a cada 6 horas.

Desse modo, erro na venda do medicamento não houve. São sim da mesma família e combatem a mesma doença que vitimava a autora.

Quando existe diferença de dosagem isso é informado no momento da

compra. Não existe nos autos qualquer prova que ateste que o preposto da ré tenha indicado o uso de um comprimido a cada 6 horas, quando o correto seria a cada 12 horas. Essa prova não pode ser produzida pela ré. É comum que seja anotada na própria caixa a posologia. A autora é quem deve provar que a ré cometeu erro na venda do medicamento, o que não realizou.

Note-se que embora tenham sido adquiridas duas caixas do medicamento constante da receita e uma de medicamento similar, iniciou-se o tratamento justamente pelo medicamento análogo. Não há como ter certeza que iniciado o tratamento pelo medicamento constante da receita que a autora não experimentaria reações adversas.

Desse modo, julgo improcedente o pedido inicial e a autora deve arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da ré que arbitro em 12% do valor atribuído à causa, já levando em conta o trabalho adicional em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC/2015, observada a gratuidade da Justiça concedida.

Posto isso, por meu voto, **nego provimento ao apelo da autora e dou provimento ao recurso da ré** para julgar o pedido inicial improcedente e condenar a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da ré que arbitro em 12% do valor atribuído à causa, já levando em conta o trabalho adicional em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC/2015, observada a gratuidade da justiça concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0185470-81.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ACE SEGURADORA S.A. e ASSIST-CARD DO BRASIL LTDA., são apelados MAGALI FRANCO BUENO (INTERDITO(A)) e NEUZA APPARECIDA BUENO (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 30ª 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 28289)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

ANDRADE NETO, Relator

**Ementa: SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS - MALÁRIA AFRICANA CONTRAÍDA APÓS PICADA DE INSETO TRANSMISSOR - DESENCADEAMENTO DE PATOLOGIA CONDUCENTE Á INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE, COM COMPROMETIMENTO DA HIGIDEZ MENTAL - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA PARA INCAPACIDADE POR DOENÇA - DESCABIMENTO - HIPÓTESE QUE SE QUALIFICA COMO ACIDENTE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CABIMENTO NA ESPÉCIE - HIPÓTESE QUE NÃO SE REDUZ A MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - RECUSA DE PAGAMENTO ABSOLUTAMENTE INJUSTIFICADA - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - AÇÃO PROCEDENTE - RECURSOS DESPROVIDOS.**

## VOTO

Inconformadas com a decisão de primeiro grau que as condenou, solidariamente, ao pagamento da indenização securitária no valor máximo previsto na apólice (quarenta mil dólares americanos) e indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00, apelaram a ré Assist-Card e seguradora litisdenunciada Ace Seguradora, pleiteando a reforma do julgado.

A litisdenunciada Ace Seguradora aduz falta de interesse de agir, pois não houve pedido administrativo. No mérito, sustenta que a invalidez que acomete a segurada é decorrente de doença (malária) e a apólice de seguros prevê cobertura somente para invalidez decorrente de acidente. Alternativamente, pede a exclusão da condenação pelos danos morais, entendendo descabido por jamais ter negado o pagamento da indenização.

Recorre também a estipulante Assist Card alegando ser parte passiva ilegítima, pois a apólice separa cobertura de assistência, de sua responsabilidade e cobertura de seguros, esta de responsabilidade da seguradora Ace. No mérito, sustenta que a invalidez que acomete a segurada é decorrente de doença (malária) e a apólice prevê somente cobertura para invalidez decorrente de acidente. Alternativamente, pede que a conversão de dólar para real se dê na data do sinistro e não na data do pagamento e que seja excluída sua condenação por danos morais, pois, por ser mera estipulante, não tinha poderes para pagar ou negar a indenização pelo sinistro.

Os recursos foram processados com contrarrazões e parecer da douta



Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos.

### **É o relatório.**

Magali Franco Bueno, antes de viajar para o continente africano a trabalho, celebrou com a ré Assist Card contrato que lhe garantia assistência médica e seguro de acidentes pessoais por morte e invalidez total e permanente, este último contratado com a Ace Seguradora, mediante intermediação da ré, na qualidade de estipulante.

Estando na África, a segurada contraiu malária cerebral, cujas consequências se revelaram bastante graves, causando-lhe não apenas danos corporais (falência visceral - hemodinâmica, hepática e renal - com necroses e amputações de partes do corpo), como também a afetação de sua capacidade mental, ensejando até mesmo sua interdição. Indisputável, portanto, ter a moléstia resultado em invalidez total e permanente.

É fato que, pretendendo a autora o pagamento da indenização securitária, deveria ter dirigido a ação exclusivamente contra a seguradora e não contra a estipulante Assist Card.

Contudo, relevante destacar que, analisados os termos da contratação, o que exsurge aos olhos do consumidor é apenas a empresa Assist-Card, quem, além de ser a exclusiva destinatária do valor pago para garantia de assistência médico-securitária em razão da viagem internacional, é também a única que se apresenta diretamente ao consumidor, fornecendo-lhe seus dados para contato em caso de necessidade. Embora, no caso da contratação do seguro, tenha a empresa simplesmente intermediado a transação com a seguradora responsável pelo pagamento da cobertura, o fato é que, nas circunstâncias, tinha a segurada fundadas razões para concluir competir à contratada Assist Card a obrigação de pagamento da indenização reclamada. Assim, faltando informações precisas e claras quanto à separação e autonomia das responsabilidades contratuais entre os partícipes do negócio, de se admitir a legitimidade passiva da estipulante para também responder pela apólice.

Conforme já assentou esta Câmara, “*Seguro de vida em grupo - Se o seguro é contratado com empresa organizadora de plano de seguro de vida em grupo, a qual age como se fosse co-responsável pelas obrigações das seguradoras e não indica com destaque no contrato a sua condição de mera estipulante não responsável pelo pagamento do seguro, considera-se tal empresa parte legítima para o processo.*” (LINO MACHADO, Apelação nº 563.754-00/0).

Afasta-se, portanto, a negativa da ré Assist Card de responder pela indenização securitária reclamada.

Proposta a ação contra a estipulante Assist Card, promoveu ela a denúncia à lide da Seguradora, quem ingressou no processo assumindo posição de litisconsorte passiva, passando a litigar, conjuntamente com a ré,



contra a autora.

Em casos assim, a jurisprudência consolidou entendimento de possibilidade de condenação direta e solidária da seguradora ao pagamento da indenização securitária.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

*“PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIÇÃO DA LIDE. CONDENAÇÃO DIRETA DO LITISDENUNCIADO.*

*Contestando ação o litisdenunciado assume a posição de litisconsorte do denunciante e pode ser diretamente condenado, tanto que reconhecida a sua exclusiva responsabilidade.”*

(REsp 23.102/Rel. p/ ac. Min. Dias Trindade, DJ de 04/04/93).

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CAUSADOR DO DANO. DENUNCIÇÃO DA LIDE FEITA À SUA SEGURADORA. CONDENAÇÃO DESTA ÚLTIMA. ADMISSIBILIDADE.*

*- Reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao Julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela. Precedentes do STJ.*

*Recurso especial não conhecido.”*

(RESP nº 290.608/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 03/10/2002).

*“CIVIL E PROCESSUAL. COLISÃO DE VEÍCULOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE FEITA PELO RÉU. ACEITAÇÃO. CONTESTAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL. CONDENAÇÃO DIRETA DA DENUNCIADA (SEGURADORA) E SOLIDÁRIA COM O RÉU. POSSIBILIDADE.*

*1 - Se a seguradora comparece a Juízo aceitando a denúncia da lide feita pelo réu e contestando o pedido principal, assume ela a condição de litisconsorte passiva, formal e materialmente, podendo, em consequência, ser condenada, direta e solidariamente, com o réu. Precedentes do STJ.*

*2 - Recurso especial não conhecido.”*

(RESP 188.158/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 01/07/2004).

*“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE DO PREPOSTO E DA SEGURADORA. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DOS DENUNCIADOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.*

*1. Aceitando o litisdenunciado, em sede de ação de reparação de danos, a denúncia feita pelo réu - vale dizer, não contestando a lide secundária -, desaparece a litisdenúnciação e prossegue o processo entre o autor de um lado*

*e, de outro, como litisconsortes, o denunciado e o denunciante, que poderão vir a ser condenados, direta e solidariamente, ao pagamento da indenização. Precedentes.*

*2. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada no acórdão embargado, mostra-se inequívoco o julgado que rejeita os embargos declaratórios.*

*3. Recurso especial não-provido.”*

(RESP nº 211.119/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20/06/2005).

Em síntese, conforme já exposto, há legitimidade passiva da ré-denunciante Assist Card para responder pela indenização securitária. Induidoso, outrossim, ser a seguradora também responsável pelo pagamento da indenização por força do contrato de seguro. Nestas circunstâncias, ambas podem ser consideradas codevedoras solidárias do crédito reclamado pela autora. É fato que, se assim é, dentro de um rigorismo técnico processual, a convocação da seguradora na lide não deveria ocorrer pela via da denúncia, mas sim pelo chamamento ao processo, nos termos do art. 77, III, do CPC. Contudo, levando-se em conta os vários entendimentos jurisprudenciais admitindo a denúncia em casos como o presente, bem como o fato de que a utilização de uma via em lugar de outra não causa nenhum dano, perfeitamente aplicáveis à espécie não só o princípio geral da fungibilidade, como também o princípio da economia processual.

Feitas essas ponderações, passemos à análise do mérito.

Tanto a ré, quanto a seguradora litisdenunciada alegaram ser a invalidez da autora decorrente de doença, hipótese não contemplada na apólice, a qual apenas prevê indenização para hipótese de acidente.

A tese em nada convence. A seguradora contraiu a malária após ser picada por um inseto transmissor durante sua estadia na África em viagem de trabalho, situação que se insere perfeitamente na hipótese de acidente.

Conforme circular da SUSEP (n. 29) acidente, em termos securitários, é o evento externo, súbito e involuntário, nesse conceito se enquadrando perfeitamente a picada de inseto (acidente) que gerou a doença (malária).

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do C.STJ: *APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA em grupo. Invalidez permanente. Acidente. Picada de inseto. Necrose de membro inferior direito. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Congruência entre a petição inicial e a sentença. 2. Da análise dos elementos probatórios constantes dos autos, conclui-se que a incapacidade permanente do segurado foi acidental, e não por doença, fazendo a parte autora, pois, jus à indenização securitária relativa a esta cobertura. 3. Montante indenizatório. Lesão apresentada que corresponde à indenização securitária de 70% sobre o capital segurado, porquanto parcial, e não total, a*

*incapacidade. 4. Correção monetária que incide desde a data do sinistro. Juros legais a contar da citação.* AREsp 194939, 21/09/2012, Relator MINISTRO SIDNEI BENETI.

Nesse particular, merecem destaque as judiciosas ponderações do ilustre Procurador de Justiça (fls. 456): *na hipótese de doença endêmica ou epidêmica contraída em países com emergência sanitária, a cláusula 5.12.2 (fls. 45) só exclui a indenização se ficar demonstrado que o titular não tenha seguido as sugestões e/ou as indicações sobre restrições de viagem e/ou tratamento profilático e /ou vacinação emanadas das autoridades sanitárias.*

*E essa prova, “data vênia”, as apelantes não fizeram, valendo ressaltar que não há vacina de imunização contra a malária.*

Quanto aos danos morais, é fato que o mero inadimplemento contratual não seria suficiente para caracterizá-los.

Contudo, quando o inadimplemento se mostra absolutamente injustificado, ausente qualquer possibilidade de discussão jurídica fundada em razões minimamente idôneas, a revelar atitude leviana e demonstrativa de manifesto desprezo à situação de grave padecimento e fragilidade emocional da segurada, a caracterização de um dano moral indenizável é inelutável.

É essa a hipótese dos autos. Fundar o inadimplemento na alegação de derivar o sinistro de doença e não de acidente é exibir justificativa sem mínimos rudimentos de convencimento, em confronto até mesmo aos termos expressos no contrato<sup>1</sup>, conforme bem apontou o ilustre Procurador de Justiça na manifestação acima transcrita.

Indisputável que, preferindo as contratadas a porfia ao cumprimento de suas obrigações contratuais, agiram com arrogância e prepotência, revelando sentimento de verdadeiro desprezo e indiferença aos reclamos legítimos da segurada, em grau capaz de atingir-lhe a dignidade pessoal e causar-lhe sofrimento psíquico relevante, mormente se considerarmos o quadro de extrema dor e penúria que a moléstia fez instalar na vítima.

Quanto ao montante indenizatório, adequado o valor fixado pelo magistrado de piso (R\$ 20.000,00), o qual se situa em patamar justo e razoável frente ao abalo moral sofrido.

O argumento da seguradora de não ter sido instada ao pagamento por via administrativa tampouco prospera.

Nesse particular, importa observar que houve necessidade de intervenção judicial para obrigar a ré Assist Card a cumprir sua obrigação de custear

<sup>1</sup> Fica também excluída a assistência nos seguintes casos:

C.5.12.2 Doenças endêmicas ou epidêmicas: As assistências por doenças endêmicas e/ou epidêmicas em países com emergência sanitária **nos casos em que o titular não tenha seguido as sugestões e/ou indicações sobre restrições de viagem e/ou tratamento profilático e/ou vacinação emanadas das autoridades sanitárias.** (fls. 45, grifei)

assistência médica à segurada no exterior e promover sua repatriação sanitária ao território nacional (fl.322/325).

Isso significa que a segurada comunicou o sinistro a quem devia por força do contrato, à ré Assist Card. Se essa última não providenciou a comunicação à Seguradora, culpa alguma tem a consumidora.

Ademais, cuida-se de questão superada, uma vez que, mesmo após ter a seguradora tomado ciência do sinistro, ao invés de reconhecer desde logo sua obrigação de pagamento, preferiu a emulação, negando seu dever mediante fundamentos que não ostentam a menor idoneidade jurídica, conforme já ressaltado.

Correta, ainda, a solução dada na sentença, ao fazer corresponder o valor da indenização, fixada em dólares, ao valor cambial da moeda americana na data do efetivo pagamento.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento aos recursos, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1089565-27.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESCOLA DE GINÁSTICA E DANÇA BIO PLAZA LTDA., são apelados ANA CAROLINA MADEIRA PATRICIO e ANA PAULA MADEIRA PATRICIO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25820)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

**Ementa: RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. Furto de pertences mediante arrombamento de cadeado de armário locado nas dependências da academia de ginástica Ré. DANO MORAL. Inexistência. Meros dissabores inerentes à vida em sociedade. Sucumbência recíproca.**

## RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

### VOTO

Trata-se de “ação de danos morais e materiais” ajuizada por ANA CAROLINA MADEIRA PATRICIO e ANA PAULA MADEIRA PATRICIO contra ESCOLA DE GINÁSTICA E DANÇA BIOPLAZA LTDA. - BIORITMO ACADEMIAS, que foi julgada parcialmente procedente pela r. sentença (e-fls. 202/205), condenando a Ré ao pagamento de danos morais às Autoras no importe de R\$ 7.000,00, corrigido pela tabela deste Tribunal de Justiça desde a data da publicação desta sentença (Súmula 362 do STJ), acrescido de juros de mora 1% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ), no caso, 20.JUL.2015; além do valor de R\$ 594,89 a título de danos materiais, corrigido pela tabela deste Tribunal de Justiça, desde a propositura da demanda, com juros de mora de 01% ao mês desde a citação. Condenando, ainda, a Ré a pagar custas processuais e honorários advocatícios do procurador das Autoras arbitrados em 15% do proveito econômico obtido, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil.

A Ré interpôs recurso de apelação (e-fls. 210/223), que desafiou contrarrazões das Autoras (e-fls. 228/237).

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório sucinto.

Trata-se de recurso de apelação contra sentença de parcial procedência em ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por consumidoras contra empresa academia de ginástica em razão de furto ocorrido dentro do armário da empresa Ré mediante arrombamento de cadeado.

Os fatos resumem-se no seguinte: as Autoras alegaram, em síntese, que, em 20.JUL.2015, por volta das 19h00, após retornarem das aulas na academia Ré, se depararam com o cadeado do armário utilizado por ambas para guardarem seus pertences arrombado e que lhes foram furtados os seguintes objetos: “mochila e tênis da marca ADIDAS, calça legin, blusas e meias, perfumes e cremes da marca AUSSIE e perfume Dulce Gabana Little Blue”, produtos cujo valor aproximado é de R\$ 1.500,00. Aduziram, ainda, que ao reclamarem com os funcionários da empresa, estes lhes humilharam dizendo que “...*não daria em nada, a academia é de renome e tem ótimos advogados, é melhor ficarem quietas...* (sic)”. Alegaram que tiveram que ir embora suadas, fedendo, com a roupa do corpo. Por fim, afirmaram que cancelaram as mensalidades e que foram informadas que o furto não seria de responsabilidade da empresa. Requereram a procedência dos pedidos para que a Ré fosse condenada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais no importe total de R\$ 8.500,00.

Citada, a Ré contestou (e-fls. 96/114). Preliminarmente, suscitou ilegitimidade “ad causam”, uma vez que as Autoras não seriam partes legítimas, pois não comprovaram a propriedade dos bens materiais supostamente subtraídos. No mérito, alegou inexistência de responsabilidade.

Instadas as partes a se manifestarem acerca da produção de prova (e-fl. 156), ambas pugnaram pela oitiva de testemunhas, juntada de eventuais novos documentos e depoimento pessoal das Autoras (e-fls. 157/158).

A audiência de conciliação designada restou infrutífera (e-fl. 165).

Designada audiência de instrução e julgamento, os depoimentos pessoais e oitiva das testemunhas foram gravados em sistema audiovisual (e-fl. 189). Encerrada a instrução, as partes apresentaram alegações finais (e-fls. 193/197).

As questões dos recursos resumem-se: *na existência, ou não, de responsabilidade da Ré pelo furto dos pertences das Autoras dentro do estabelecimento da Ré.*

De início, observa-se que a hipótese trata de relação de consumo nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que as Autoras são pessoas físicas que adquiriram a prestação de serviços oferecida pela fornecedora, Ré, conforme contrato entabulado pelas partes.

Tendo em vista a relação de consumo estabelecida, juntamente com a presença do requisito genérico da vulnerabilidade do consumidor e a configuração dos requisitos específicos na hipótese de verossimilhança das alegações e hipossuficiência, aplicável no caso em comento a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas razões recursais, a Ré alegou que não houve comprovação do furto, bem como que a situação fática não se enquadraria nas hipóteses indenizáveis previstas no contrato, pois o armário fora utilizado de maneira irregular, uma vez que as Apeladas não utilizaram o cadeado recomendado pela Ré, nem observaram o procedimento da unidade de que os bens cujo valor supere a importância de R\$ 500,00 devem ser, obrigatoriamente, guardados nos “lockers” externos disponíveis na recepção, deixando, portanto, de seguir as orientações contidas tanto nas Condições Gerais de Utilização, como em diversos informativos afixados na academia. Aduziu, também a impossibilidade de inversão do ônus probatório e inexistência de dano moral indenizável. Requereu a procedência integral ao presente recurso, julgando-se totalmente improcedente o pedido inicial.

Não assiste razão à Ré quanto à alegação de que não houve a comprovação da ocorrência do furto mediante arrombamento do armário das Autoras, tendo em vista a aplicabilidade da verossimilhança da norma consumerista, bem como com as provas produzidas nos autos, quais sejam, prova testemunhal; boletim de ocorrência juntado aos autos pelas Autoras (e-fls. 25/28) e foto do cadeado arrombado. De acordo com a oitiva da testemunha arrolada pela requerida, Wellington, coordenador da parte técnica da unidade, “(...) a recepcionista Mayra entrou no vestiário feminino e constatou

arrombamento do armário das Autoras”, o que atesta a ocorrência do furto.

Em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade da Ré é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pesem as alegações da Ré, dos depoimentos pessoais e da oitiva da testemunha, constata-se que as Autoras, na verdade, locaram o armário por um ano, o que reafirma a responsabilidade da Ré pelo dever de guarda, depósito e vigilância dos bens guardados em seus armários.

Ademais, além do dever de guarda da Ré pelos objetos guardados no armário objeto de contrato de locação, em se tratando de relação consumerista, a responsabilidade da Ré é objetiva pelos serviços prestados, conforme preconiza o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

*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.*

Além disso, o furto de objetos de alunos guardados em armários localizados no interior da academia de ginástica, insere-se no risco da atividade econômica por ela desenvolvida, não havendo falar em caso fortuito mas, sim, em defeito na prestação de serviço, respondendo objetivamente a apelada pelos eventuais danos sofridos pelo apelante consumidor, nas suas dependências (art. 14, *caput*, do CDC).

Assim, é nula qualquer cláusula contratual que exima a apelada de toda e qualquer responsabilidade por objetos depositados nos armários de seus vestiários, a teor do artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

O entanto, em relação à inexistência de danos morais na hipótese dos autos, assiste razão à Ré. O dano moral, impende salientar, é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser.

A sistemática jurídica conferida ao dano moral após o advento da Constituição Federal de 1988 comporta o reconhecimento do dano moral na forma pleiteada, pois a Carta Magna é clara ao destinar proteção especial à honra subjetiva e objetiva da pessoa humana quando determina, em seu art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”.

Ocorre que nem todos os acontecimentos da vida em sociedade que causam tristeza ou certa angústia podem ser configurados como danos morais indenizáveis. Com efeito, não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de



indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhe são inerentes.

E é justamente essa a hipótese dos autos. Não se pode reconhecer como danos morais indenizáveis o simples fato de furto mediante arrombamento de cadeado em armário de academia, não se negando a possibilidade de que ocorram abalos ou dissabores ao consumidor em virtude da frustração de suas expectativas. Entretanto, para se caracterizar o dano moral não basta, conforme observado, a mera ocorrência subjetiva de “vergonha” ou de “tristeza” e “angústia”, demandando-se efetiva repercussão em direitos de personalidade fundamentais da pessoa humana.

Logo, “in casu”, não se pode ultrapassar a caracterização do que sofreram as Autoras como meros dissabores, inerentes à vida cotidiana em sociedade, com suas complexas redes de relações mercantis. E, conforme dito, tais meros dissabores não são passíveis de indenização, conforme entende, ademais, o C. Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RITO SUMÁRIO. VALOR DA CAUSA ENQUADRADO NA HIPÓTESE LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ATRASO DE VÔO NÃO SIGNIFICATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. LEI N. 8.078/90 E CÓDIGO CIVIL. (...) III. Demora, todavia, inferior a oito horas, portanto não significativa e que ocorreu em aeroporto dotado de boa infra-estrutura, a **afastar a caracterização de dano moral, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum**. IV. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente.” (REsp 431303 / SP, 4ª T., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 06.MAR.2003, DJ 26.MAI.2003, p. 364). (destacado).

Logo, não se está diante da existência de danos morais indenizáveis, devendo-se dar parcial provimento ao recurso da Ré, para o afastamento da condenação ao pagamento de danos morais à Autora.

Com a parcial procedência da demanda, os ônus sucumbenciais devem ser repartidos proporcionalmente entre as partes, conforme disposição do art. 86, *caput*, do CPC, devendo, cada qual, arcar com metade das despesas e custas processuais, além dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, apenas para afastar a condenação ao pagamento de indenização às Autoras por dano moral. Em razão da sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser repartidos proporcionalmente entre as partes, conforme disposição do art. 86, *caput*, do CPC, devendo, cada qual, arcar com metade das despesas e custas processuais, além dos honorários

advocáticos de seus respectivos patronos. No mais, fica mantida a r. sentença hostilizada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045815-41.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JONATHAN HENRIQUE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada CLARO S/A.

**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 28859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente), ARANTES THEODORO E PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE NÃO RESTOU COMPROVADA - TELAS SISTÊMICAS QUE SÃO UNILATERAIS - AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CONTRATO ASSINADO OU GRAVAÇÃO TELEFÔNICA - IRREGULARIDADE DA NEGATIVAÇÃO QUE, NESTE CONTEXTO, DEVE SER RECONHECIDA - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 385 DO STJ. Apelação parcialmente provida.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 128/132, que julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização.

Alega o autor, em síntese, que a requerida não apresentou qualquer documento que comprove a origem do débito referente ao contrato que deu

causa à negativação de seu nome; que o ônus de comprovar a existência da dívida é da ré; que deve ser reconhecida a inexistência do débito, condenando-se a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Recurso tempestivo, não preparado (justiça gratuita) e respondido (fls. 156/171).

É o relatório.

Ajuizou o autor ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais, alegando, em síntese, que foi surpreendido com a negativação de seu nome por débito no valor de R\$ 818,32; que não reconhece o contrato apontado, não tendo dele se beneficiado. Requereu a declaração de inexistência do contrato e condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, por entender a magistrada que restou demonstrada a contratação da prestação de serviços de telefonia, conforme documentos de fls. 40/41, os quais apontam o pagamento de duas faturas e o exato endereço de residência declarado pelo autor em sua inicial.

O recurso merece parcial provimento.

A ré juntou em contestação *prints* das telas de seu sistema que não comprovam a contratação de seus serviços pelo autor, ainda que deles conste o endereço residencial apontado pelo autor na inicial, uma vez que produzidos unilateralmente. Deixou de juntar outras provas que poderiam indicar a alegada contratação, tais como cópia do contrato assinado, cópia dos documentos pessoais do autor ou, caso ocorrida a solicitação por via telefone, a gravação correspondente.

Assim, não tendo a ré se desincumbido de demonstrar a efetiva contratação de seus serviços pelo autor, é de rigor o reconhecimento da irregularidade da negativação, devendo ser excluído o apontamento.

No entanto, ainda que reconhecida a inexigibilidade da dívida, incabível é a indenização por dano moral ao caso, em razão da aplicação da Súmula 385 do STJ, que dispõe que “*Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento*”.

Os documentos de fls. 113/120 não comprovam que todos os débitos referentes às anotações preexistentes em nome do autor são indevidos ou mesmo que estão sendo discutidos judicialmente, de forma que a aplicação da referida Súmula não pode ser afastada.

Em razão da reforma da sentença, as custas e despesas processuais serão repartidas entre as partes, arcando cada qual com os honorários do patrono adverso que aqui fixo em R\$ 500,00, observada a gratuidade do autor.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001206-90.2016.8.26.0060, da Comarca de Auriflamma, em que é apelante SEGURADORA LIDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., é apelada RITA CÁSSIA DE ABREU OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.092/2017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

**Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE TRANSITO - SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEICULOS (DPVAT) - DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES EM VIA TERRESTRE - OBJETIVO - RECEBIMENTO DE CAPITAL SEGURADO - AÇÃO DE COBRANÇA. Ação de cobrança objetivando indenização do seguro DPVAT. 1. O não pagamento do prêmio pelo proprietário do veículo causador do acidente é circunstância irrelevante e não obsta o pagamento devido pela seguradora. 2. Honorários advocatícios. Alteração. Impossibilidade. Fixados dentro das normas incidentes à espécie. Sentença mantida. Recurso de apelação da seguradora requerida não provido.**

## VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de cobrança de seguro DPVAT movida por RITA CÁSSIA DE ABREU OLIVEIRA contra SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT, sustentando a primeira nomeada

que, em 14 de setembro de 2013, seu marido sofreu acidente de trânsito, vindo a óbito. Pleiteia a condenação da seguradora no pagamento da parte que lhe pertence como viúva do segurado. Afirmar ainda que seus filhos já receberam as partes correspondentes a cada um. Assim, postula a condenação da seguradora no pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor máximo de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), devidamente atualizado.

A respeitável decisão de folhas 133 *usque* 135, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido e condenou a requerida no pagamento do valor de R\$ 6.750,00 (seis mil setecentos e cinquenta reais), com correção monetária incidente a partir do sinistro (14/09/2013) e juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Diante da sucumbência, condenou a requerida no pagamento das custas e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada, recorre a seguradora demandada pretendendo a reforma do julgado (folhas 140/154). Alega, em suma, que a condenação não poderia ser imposta, eis que o proprietário do veículo estava inadimplente no momento do evento danoso. Sustenta, por fim, que verba honorária deve ser reduzida.

Recurso bem processado e oportunamente respondido (folhas 159/167), subiram os autos.

#### **Este é o relatório.**

A respeitável sentença recorrida foi proferida em 10 de agosto de 2017 (disponibilizada no DJE em 23 de agosto de 2017 - folha 139) e o recurso de apelação tempestivo protocolizado em 28 de agosto de 2017 (folha 140 - propriedades do documento - processo digital). Preparo recursal à folha 155. Presentes os demais requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de ação de cobrança de seguro DPVAT, onde restou constatado que a autora faz jus ao recebimento de indenização correspondente à R\$ 6.750,00 (seis mil setecentos e cinquenta reais), em decorrência da morte de seu esposo.

A ação foi julgada procedente.

A seguradora se insurge quanto ao ponto de que a indenização não pode ser concedida, eis que o veículo causador do acidente não estava com o pagamento do seguro obrigatório (DPVAT) em dia, portanto, encontrava-se inadimplente com o prêmio devido. No mais, ataca a verba honorária fixada em primeiro grau.

Em que pesem tais alegações, no tocante a ausência de pagamento do prêmio, a obstar o recebimento do capital segurado, tem-se que, qualquer vítima de acidente envolvendo veículo, inclusive motoristas e passageiros, ou seus beneficiários, pode requerer a indenização do DPVAT.

As indenizações são pagas individualmente, não importando quantas vítimas o acidente tenha causado. Além disso, mesmo que o veículo não esteja em dia com o DPVAT ou não possa ser identificado, as vítimas ou seus

beneficiários têm direito à cobertura.

Assim, a recusa da seguradora sob o fundamento da falta de recolhimento prévio do valor do prêmio do seguro obrigatório DPVAT, pois que, no caso, o beneficiário do seguro é o próprio dono do veículo, não pode ser aceita, eis que não há qualquer distinção nesse sentido.

Ora, a Súmula nº 257 do Colendo Superior Tribunal de Justiça pôs pá de cal sobre esse assunto, nos seguintes termos: “A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização”.

Enfim, não importa ainda se o segurado é o próprio dono do veículo, pois tem ele o direito a indenização.

No mais, eventual débito da parte autora deverá ser objeto de ação própria, na qual poderá a seguradora ver reconhecida a procedência da sua pretensão.

De outro lado, relativamente à verba honorária fixada, nada a alterar.

E isto porque, com efeito, citada verba foi arbitrada com base no artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, norma incidente à espécie, remunerando condignamente o trabalho realizado pelo patrono da parte.

Assim, a respeitável sentença recorrida deu solução adequada à lide, devendo prevalecer por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Em último, não há o que se falar em majoração dos honorários advocatícios, conforme previsão do artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil, posto que arbitrados em seu patamar máximo.

**Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação da seguradora requerida, nos moldes desta decisão.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002837-74.2014.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que é apelante MAICON LEANDRO MARCUZ (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados DIGIBRAS INDÚSTRIA DO BRASIL S/A e BW2 COMPANHIA GLOBAL DE VAREJO - LOJAS AMERICANAS.

**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 parcial provimento ao recurso, com determinação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17394)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE

FERREIRA (Presidente) e AZUMA NISHI.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

**Ementa: COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL - VÍCIO DO PRODUTO - VENDA CASADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Caracterizada a legitimidade processual da Requerida B2W - Reconhecido (pela Requerida Digibrás) o direito ao reembolso do preço do produto - Não comprovada a venda casada - Não caracterizados os danos morais - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para condenar ao pagamento do valor de R\$ 459,00, arcando cada parte com as custas e despesas processuais que desembolsou e honorários advocatícios dos respectivos patronos, observada a gratuidade processual do Autor - Caracterizados os danos morais - Caracterizada a sucumbência mínima do Autor - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONDENAR AS REQUERIDAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 3.000,00, ALÉM DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (FIXADOS EM 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO)**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Autor contra a sentença de fls.104/107, prolatada pela I. Magistrada Graziela Gomes dos Santos Biazzim (em 29 de outubro de 2015), que julgou parcialmente procedente a “ação de reparação de danos materiais e danos morais”, para condenar as Requeridas ao pagamento do valor de R\$ 459,00 (com correção monetária desde o desembolso e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação - 19 de junho de 2015 - fls.54), arcando cada parte com as custas e despesas processuais que desembolsou e honorários advocatícios dos respectivos patronos, observada a gratuidade processual do Autor.

Alega que caracterizados a venda casada e os danos morais. Pede o provimento do recurso, para a procedência da ação (fls.114/119).

Intimadas para as respostas, as Requeridas permaneceram inertes (certidão de fls.146).



O processo foi redistribuído (por processamento eletrônico) a este Magistrado e recebidos os autos em 01 de agosto de 2017 (em razão da Resolução número 737/2016 - relativa à criação das Câmaras Extraordinárias da Seção de Direito Privado).

É a síntese.

Em que pese a relação de consumo, descabida a inversão do ônus probatório quanto à existência de venda casada da garantia estendida, pois não podem as Requeridas ser obrigadas a comprovar fato negativo (inexistência de venda casada), e não comprovado, pelo Autor, que a garantia estendida foi imposta como condição para a aquisição do “tablet”.

Caracterizados os danos morais, pois a Requerida Digibrás reconheceu o vício do produto e concordou com a restituição do preço - “e-mails” de fls.18/20 e 22/32 (não impugnados) -, porém, transcorridos mais de três anos, mesmo tendo o Autor fornecido os dados e documentos necessários, as Requeridas não lhe restituíram o preço, obrigando-o a realizar esforços para sanar o erro a que não deu causa, com lesão à personalidade, daí o dever de indenizar.

Razoável a fixação da indenização no valor de R\$ 3.000,00, com correção monetária desde hoje e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação (19 de junho de 2015), porque pune adequadamente as Requeridas (para que evitem a repetição do atentado), sem resultar no enriquecimento sem causa do Autor.

Considerando que o Autor decaiu em parte mínima do pedido, as Requeridas arcam integralmente com as verbas da sucumbência.

Dessa forma, de rigor o parcial provimento do recurso.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para condenar as Requeridas ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com correção monetária desde hoje e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde 19 de junho de 2015, além das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003395-46.2017.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante WELLINGTON SILVA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT 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 24887)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e FABIO TABOSA.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

SILVIA ROCHA, Relatora

**Ementa: Ação de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) - Indenização por invalidez permanente - A lei não exige prévio esgotamento da via administrativa para o ajuizamento de ação de cobrança de indenização securitária, porque a exigência contraria o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não se desconhece julgamento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a carência pela falta do requerimento. Contudo, no caso em tela, foi demonstrado que o autor formulou pedido administrativo e recebeu indenização securitária, em sede administrativa, não estando obrigado a formular novo pedido para receber o valor que considera lhe ser devido, já que não se conforma com o que já recebeu - Interesse de agir existente - Necessidade de realização da citação da seguradora, bem como de realização de prova sobre a alegada invalidez e sua extensão - Sentença anulada - Recurso provido.**

## VOTO

Insurge-se o autor, em ação de cobrança de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), contra r. sentença que julgou extinto o processo, com base no artigo 485, IV, do Código de Processo Civil, depois de reconhecer carência de ação, por ausência de condições de desenvolvimento válido e regular do processo, porque não foi demonstrada resistência à pretensão.

Em síntese, o autor pede a reforma da sentença, com consequente prosseguimento do feito, porque formulou, administrativamente, pedido de pagamento da indenização securitária, oportunidade em que lhe foi pago valor com o qual não concorda, de modo que seu pedido de complementação deve ser analisado na Justiça, “por perito gabaritado e da confiança do Juízo”.

Recurso tempestivo e sem preparo, por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita.

Não houve resposta, por não ter havido citação.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), em razão de acidente de trânsito ocorrido no dia 06.3.2015 (fls. 13/15), que, nos termos da petição inicial, acarretou ao autor “fratura de fíbula esquerda” (fl.19). Consta dos autos, que o autor foi submetido a cirurgias e tratamento médico (fls.20/46) e que ele recebeu, administrativamente, em 20.10.2015, o valor de R\$3.375,00 (fl.47), com o qual não concorda, pois alega estar acometido de invalidez permanente, de “repercussão intensa”, de modo que pede a condenação da seguradora ao pagamento complementar de R\$3.712,50 (fl.3).

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240 de Minas Gerais, Rel. o Ministro Roberto Barroso, pelo seu plenário, em 03.09.2014, reconheceu a carência pela falta de requerimento de benefício ao INSS, o que foi estendido aos casos de seguro obrigatório DPVAT, conforme julgamento do Ag Reg no Recurso Extraordinário nº 824.712 do Maranhão, de relatoria da Ministra Carmen Lucia, Segunda Turma, de 19.05.2015.

Referida tese seria aplicável ao caso em tela, porque a ação foi ajuizada em 20.5.2017 (fl.01), não fosse a prova de que houve pedido administrativo de pagamento e houve pagamento parcial pela seguradora (fl.47).

Então, não se conformando o autor com o valor, não está o obrigado a formular novo pedido administrativo, para receber o que considera devido, o que evidencia a necessidade da ação e, portanto, o seu interesse de agir.

Dessa forma, estão presentes as condições da ação e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, não havendo, assim, motivo para extinção do processo.

Por isso, fica anulada a sentença, devendo o processo seguir com a devida citação da seguradora e regular instrução, para realização de prova pericial médica, a fim de apurar a existência, extensão e grau da incapacidade do autor, em virtude das lesões que sofreu no acidente noticiado nos autos.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005382-92.2014.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante COOPERATIVA HABITACIONAL NOSSO TETO, é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL

RIO AMAZONAS.

**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 13.312)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente), SILVIA ROCHA e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 10 de novembro de 2017.

FORTES BARBOSA, Relator

**Ementa: Ação de cobrança - Despesa de condomínio - Gratuidade processual ou diferimento do recolhimento de custas - Indeferimento - Confirmação - Pessoa jurídica - Ausência dos requisitos para o deferimento do benefício - Denúnciação da lide ao comprador - Inadmissibilidade - Ausência dos requisitos previstos no art. 70 do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 125 do CPC de 2015) - Condomínio pode escolher contra quem prefere ajuizar a demanda - Faculdade atribuída ao credor - Quotas condominiais - Dívida “propter rem” - Configuração - Responsabilidade da apelante - Procedência confirmada - Jurisprudência - Honorários advocatícios arbitrados com adequação - Sentença mantida - Apelo desprovido.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Mauá, que julgou procedente ação de cobrança de quotas de despesas condominiais, para condenar a ré ao pagamento de R\$ 1.571,93 (um mil, quinhentos e setenta e um reais e noventa e três centavos), mais as quotas vencidas no curso do processo e as vincendas, acrescidas de multa moratória, correção monetária e juros de mora legais desde cada vencimento. A ré foi, ainda, condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 215/220).

A apelante, de início, insiste no deferimento da gratuidade judiciária, argumentando que suporta dificuldade financeira, sendo ré em diversos processos e enfatizando que teve sua situação financeira comprometida por decisão

proferida em ação civil pública (Processo nº 0007967-91.2001.8.26.0348, em trâmite perante o R. Juízo da 3ª Vara Cível de Mauá), uma vez que deixou de receber as parcelas referentes ao imóvel, passando os montantes correspondentes a ser depositados nos autos da referida ação, conforme determinação confirmada na sentença. Assevera ser uma cooperativa sem fins lucrativos e aduz que o indeferimento da gratuidade judiciária fere seu direito de defesa. De forma alternativa, pede o diferimento do recolhimento de despesas processuais e honorários advocatícios para o final do processo. Ainda de forma preliminar, argumenta que o imóvel está na posse de terceiro, fato conhecido pelo autor, razão pela qual deve ser denunciada à lide a Administradora e Construtora Soma, convertendo-se o rito sumário para o ordinário. Finaliza sustentando que os honorários advocatícios foram fixados em valor excessivo, cabendo redução. Pretende reforma (fls. 222/254).

Em contrarrazões, o apelado requer a manutenção da sentença (fls. 265/242).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 280).

É o relatório.

De início, saliente-se que os benefícios da Justiça gratuita também se aplicam às pessoas jurídicas, em razão do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República não fazer distinção entre estas e as pessoas físicas.

Não se aplica, entretanto, o artigo 99, §3º do CPC de 2015 (correspondente ao artigo 4º da Lei nº 1060/50), que se refere à presunção relativa de pobreza, pois esta regra diz respeito exclusivamente às pessoas naturais, conforme o disposto em seu artigo 2º (Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 39ª ed, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 1.293, nota 1-d ao art. 4º da Lei nº 1.060/50).

Assim, para a pessoa jurídica obter o benefício da assistência judiciária gratuita, ainda que existam diversas demandas, inclusive com constrição de parte de seu lucro, não basta apenas afirmação de insuficiência de recursos, devendo ser comprovada, de forma efetiva, a situação econômica capaz de impossibilitar a empresa de assumir o ônus processual.

O pedido de concessão dos benefícios de assistência judiciária formulado pela apelante teve como fundamento a alegação de figurar como ré em diversas ações e apenas esse fato não implica imediatamente na situação de hipossuficiência econômica.

Ressalta-se que a recorrente não logrou em apresentar prova idônea e satisfatória, capaz de demonstrar a impossibilidade de arcar com as despesas processuais.

Nesse sentido, não é cabível o puro e simples deferimento da gratuidade postulada.

Por fim, não há justificativa, nem mesmo, para o diferimento do pagamento da taxa judiciária, não havendo enquadramento no artigo 5º da Lei Estadual 11.608/03, ausente a confirmação efetiva de “momentânea impossibilidade”, pretendendo-se, aqui, pura e simplesmente, uma relativização de critérios.

Fica, então, mantido o indeferimento dos pleitos de gratuidade judiciária e de diferimento de pagamento de custas judiciais e despesas processuais.

No mais, a denúncia à lide do compromissário comprador não é cabível, eis que ausentes os requisitos do artigo 70 do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 125 do CPC de 2015). Por se tratar de obrigação “propter rem”, é de escolha do credor das quotas de despesas condominiais contra quem irá demandar, não podendo ser compelido a se voltar contra aquele indicado por outrem, ficando a sua disposição optar pelo proprietário do imóvel, o compromissário comprador ou o possuidor, conforme o que por mais conveniente (STJ, REsp 846.187-SP, 4ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.13.07.2007).

É incabível, portanto, a denúncia da lide do compromissário comprador, por não ser obrigatória, nos termos do artigo 70 do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 125 do CPC de 2015).

No mais, saliente-se que o condomínio-autor ajuizou a presente ação de cobrança de quotas condominiais contra a cooperativa-ré, a qual, segundo consta da petição inicial, é a proprietária da Unidade nº 001, do Bloco 05 da edificação correspondente. Finaliza, requerendo a condenação da ré ao pagamento das quotas vencidas, bem como das que se vencerem no curso do processo (fls. 01/04).

Na contestação, a ré sustenta, em síntese, que não é a responsável pelo débito em questão (fls. 61/75).

A sentença apelada julgou procedente a ação e não merece reparo.

A legitimidade passiva da apelante, decorre da titularidade do domínio, atestada por meio da exibição de certidão imobiliária (fls. 29/40), persistindo a faculdade do autor, conforme sua conveniência, de promover a cobrança em relevo contra o proprietário ou contra o compromissário-comprador, como já enfatizado.

Na sentença atacada (fls. 217/218), persiste, inclusive, a específica menção de que o recorrido não foi cientificado formalmente acerca da anunciada transferência de direito, o que indica, sem dúvida, a pertinência subjetiva (STJ, 2ª Seção, REsp 1345331/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 08.04.15).

Assim, eventual direito que a recorrente tenha em face dos adquirentes das unidades enfocadas, deverá ser pleiteado em ação própria.

No mais, os documentos apresentados, incluindo cópia de ata de assembleia de condôminos e demonstrativo de débito (fls. 06/25 e 41), preenchem os requisitos atinentes à clareza de informação e possibilitam a cobrança efetuada.

Ora, ajustadas as despesas condominiais, o condômino tem o dever de adimpli-las sem maiores delongas, isto porque o cumprimento da obrigação é exigível automaticamente no vencimento, constituindo mora “ex re” quando não efetuado o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados.

Cada condômino tem a obrigação de participar do rateio das despesas condominiais, recolhendo no prazo previsto sua quota parte (artigo 12 da Lei 4.591/64).

A recorrente figura como proprietária da unidade indicada na pela peça inaugural e, portanto, permanece sendo condômina, do que decorre sua responsabilidade patrimonial pela dívida cobrada, sendo a procedência a única alternativa viável, incidente o artigo 1.336, inciso I do Código Civil de 2002.

Por fim, os honorários advocatícios arbitrados não são excessivos, tendo sido fixados no montante mínimo previsto no artigo 20, §3 do CPC de 1973, vigente no momento da sentença.

Tudo somado, a sentença não merece reparo.

Ressalta-se, neste âmbito, a inaplicabilidade do artigo 85 do CPC de 2015 (em especial, de seus §§6º e 11) ao caso concreto, sob pena de vedada retroatividade, pois o arbitramento dos honorários de advogado, colocado como objeto de reexame em segunda instância, foi feito na vigência do CPC de 1973 e, como resultado, deveria e, também, deve respeitar as regras daquele diploma processual então vigente.

Nega-se, por isso, provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028588-18.2015.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SAAE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SOROCABA, é apelada ROGÉRIA PEREIRA VAZ (JUSTIÇA GRATUITA).

**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 22.513)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 10 de novembro de 2017.

WALTER CESAR EXNER, Relator



**Ementa: Prestação de serviços. Água e esgoto. Vínculo obrigacional limitado entre a empresa prestadora de serviço e o consumidor. Imóvel invadido por terceiros quando da constituição do débito em questão. Inexistência de obrigação *propter rem*. Dano moral. Inexistência. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Rogéria Pereira Vaz em face de SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba, que a r. sentença de fls. 208/215, de relatório adotado, julgou procedente.

Apela a ré, alegando, em suma, que a ligação foi feita mediante a apresentação de documentos registrados em cartório, agindo conforme a lei, não agindo de forma a causar abalo psíquico a autora. Afirma, ainda, que a obrigação é *propter rem*, de forma que a ora proprietária é a responsável pelo pagamento dos débitos existentes, a qual deve cobrar dos invasores as quantias que pretende ver declaradas inexigíveis. Reitera que o corte no fornecimento foi regular, e que não houve dano moral.

### É o relatório.

Trata-se de ação na qual pretende a autoras a declaração de inexigibilidade das tarifas de consumo de água e esgoto relativas ao imóvel sito à Rua Dácio Panise, 165, no município de Sorocaba, vencidas no período entre **novembro de 2014 e abril 2015**, conforme especificado na petição inicial (fls. 4).

A ré, em contestação, alegou, dentre outros pontos, que a autora, por ser proprietária do imóvel em questão, é responsável pelo pagamento da tarifa dos serviços de fornecimento de água, afastamento e tratamento de esgoto, uma vez que tal obrigação possui natureza *propter rem*, não sendo possível desvinculá-la do imóvel por determinação legal, ante sua obrigatoriedade, já que se trata de saneamento básico.

Ocorre que, conforme entendimento pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o débito decorrente de fornecimento de água possui caráter pessoal, competindo tal obrigação ao efetivo usuário do serviço, no caso, os ocupantes do imóvel Sidnei Donizete de Jesus e Thais Daniela Pereira de Oliveira, que ocupavam o imóvel na época do inadimplemento (fls. 15/16, 21 e 24, como também extrato da ação de nº 0007381-48.2013.8.26.0602, que correu perante a 5ª Vara Cível de Sorocaba e transitou em julgado), e não à proprietária Rogéria Pereira Vaz, vez que o débito não tem natureza *propter rem*, não se vinculando ao imóvel (AgRg no AREsp 246691/SP, Rel. Min. Castro Meira;

AgRg no AREsp 29879/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1311418/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

Como se vê, dado o caráter pessoal da obrigação, somente o consumidor destinatário dos serviços pode ser responsabilizado, o que não se faz presente no caso em tela, conforme se infere da prova amealhada aos autos.

Diante desse quadro, afigura-se absolutamente inviável atribuir-se à autora a responsabilidade pelos débitos em questão, de forma que, neste tópico, a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Quanto ao dano moral, no entanto, tem razão a requerida.

Muito embora houvesse cobrança de valor inexigível, o certo é que a mera conduta culposa não basta à configuração da responsabilidade civil, fazendo-se imprescindível a comprovação de que dela resultou dano moral indenizável, ônus do qual não se desincumbiu a autora.

A reparação por danos morais somente se mostra pertinente quando restar demonstrada a ocorrência de lesão a bem extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade física, liberdade, honra, nome etc), ressalvadas as hipóteses de presunção, o que não ocorre no caso em comento.

Fazia-se necessária a prova inequívoca de fato suficiente a ocasionar constrangimento ou aborrecimento relevante, capaz de ferir direito personalíssimo da autora, sendo insuficientes as alegações de que foi tratada com descaso pela autarquia, ou ainda, que os vizinhos saberiam de sua suposta inadimplência em razão dos lacres.

Na espécie dos autos, portanto, não se vislumbra a ocorrência de grave transtorno, vergonha ou desgosto suportado pelo autor, que fuja da normalidade a ponto de ocasionar inquietação ou desequilíbrio em sua vida íntima, mas, ao contrário, as circunstâncias do caso configuram apenas dissabores que não têm o condão de ofender a moral de uma pessoa comum, porquanto são próprios das relações em sociedade.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho, *“só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”* (in *“Programa de responsabilidade civil”*, Atlas, 8ª ed., 2008, p. 83/84).

Também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que o mero desconforto decorrente de relações contratuais, salvo casos excepcionais, não basta para configurar o dano moral, sendo preciso que haja ofensa anormal à personalidade.

Nesse sentido:

*“O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais”* (REsp 202.564 - RJ - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - 4ª Turma - J. 02.08.2001, in DJ 01.10.2001, p. 220).

Destarte, reforma-se a sentença para excluir da condenação o dano moral, aumentados os honorários advocatícios de ambas as partes para R\$ 700,00 nos termos do art. 85, §11, CPC, mantida a sucumbência recíproca.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005094-43.2014.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que é apelante/apelado NOÉ DE MELO FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante APJ COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao agravo retido e às apelações, rejeitadas as preliminares. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

**Ementa: BEM MÓVEL - VEÍCULO ZERO  
QUILÔMETRO QUE APRESENTOU VÍCIO**

**APÓS A COMPRA (INFILTRAÇÃO DE ÁGUA) - CONCESSIONÁRIA QUE NÃO LOGROU SANAR O PROBLEMA - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS DANOS MORAIS CONFIGURADOS - QUANTUM BEM FIXADO - AGRAVO RETIDO E APELAÇÕES IMPROVIDOS, REJEITADAS AS PRELIMINARES.**

**A fixação de indenização por danos morais deve ser feita de acordo com o prudente discernimento do julgador a fim de que seja feita a devida justiça, sem perder de vista a capacidade econômico-financeira do ofensor, evitando o excesso e o impossível material. Os lucros cessantes, espécie de dano material, não se presumem constituindo sua comprovação pressuposto indispensável da obrigação de indenizar.**

## VOTO

Ação de indenização por perdas e danos, fundada em compra e venda de bem móvel, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 108/111, cujo relatório adoto, complementada em sede de embargos de declaração (*fl. 132*).

Inconformadas, apelam as partes.

O autor, de um lado, sustenta, em apertada síntese, que faz jus ao recebimento de danos materiais na modalidade lucros cessantes porquanto os vícios detectados no veículo impediram sua regular utilização, isso sem falar que teve diversas despesas para levar o bem à concessionária visando sanar os problemas de infiltração de água. Alega, no mais, que a ré não comprovou ter reparado os defeitos, insurgindo-se, ainda, contra os valores arbitrados a título de dano moral. Busca, por isso, a procedência integral da ação ou, alternativamente, a majoração do *quantum* indenizatório.

A ré, de outro, reitera, preliminarmente, o exame de agravo retido, acenando, também, com as hipóteses de decadência e ilegitimidade *ad causam* ativa. No mérito, alega, em resumo, que não restou comprovada qualquer falha na prestação dos serviços, bem como que os danos materiais e morais não ficaram evidenciados, insistindo, também, na ocorrência de cerceamento de defesa em razão de ter sido indeferida a produção de outras provas. Aduz, outrossim, que o autor encaminhou o veículo à empresa para realização dos reparos, o que afasta sua obrigação de indenizar. Pleiteia, por isso, a inversão do resultado do julgamento ou a redução dos danos morais.

Recurso da ré preparado. Apelo do autor respondido e isento de preparo

em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que a r. sentença foi disponibilizada no DJe em 04/05/2016 (cf. fl. 123) e as apelações interpostas em 20/10/2016 e 31/10/2016 (cf. fls. 135 e 141 respectivamente), de tal sorte que se faz necessária observância ao princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, ao caso, as disposições do Código de Processo Civil de 2015.

Destaco, a propósito, o enunciado administrativo nº 3 do E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

***“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.***

2) Conheço do agravo retido interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973, porque reiterado nas razões recursais (art. 523, § 1º, do CPC/73), para negar-lhe provimento.

Trata-se de típica relação consumerista em que se têm, de um lado, consumidor que adquiriu veículo zero quilômetro e, de outro, empresa que comercializa automóveis (fl. 16 e fls. 39/59), não se admitindo, por isso, nos termos do art. 13, parágrafo único e art. 88, ambos do Código de Defesa do Consumidor, intervenção de terceiros.

Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor impede a utilização do instituto de intervenção de terceiros, notadamente da denunciação da lide, considerando que o direito de indenização, em tal hipótese, funda-se na responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços e produtos.

3) Rejeito, por outro lado, a preliminar de ilegitimidade *ad causam* ativa porquanto, apesar de estar alienado fiduciariamente o veículo em favor do Banco Bradesco, a relação de compra e venda foi ajustada entre Noé de Mello Ferreira e a concessionária-ré, conforme nota fiscal exibida (fl. 16), de tal sorte que o autor ostenta legitimidade para estar em juízo buscando o ressarcimento de danos decorrentes do contrato de compra e venda.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste E. Tribunal, *verbis*:

***“BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNICA. AGRAVO RETIDO DA CO-REQUERIDA IMPROVIDO. No que tange à alegação de que o veículo encontra-se alienado fiduciariamente em favor do Banco do Brasil S/A., por força do contrato de financiamento (fls. 24/27), sendo o Autor parte ilegítima para figura no polo ativo da ação, por não ser o proprietário, não merece acolhimento. Certo é que, a relação de compra e venda do veículo foi ajustada entre as partes litigantes, razão pela qual presente sua legitimidade para agir. (...)”*** (Apelação nº 0005929- 93.2010.8.26.0024,

31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Armando Toledo).

*“(...) embora o titular do direito de propriedade sobre o veículo alienado seja o banco-Corréu, as partes que efetivamente participaram do contrato e que, portanto, possuem legitimidade para pleitearem em Juízo os direitos decorrentes do negócio, são unicamente o Autor (adquirente) e a empresa-Corré (alienante). (...) Nesta esteira, acertada a decisão que extinguiu a ação frente ao banco- Corréu, nos termos do art. 267, VI ilegitimidade de parte por inexistir qualquer relação jurídica entre este e o Autor, sendo os exclusivos legitimados para figurarem nos polos da ação indenizatória o Autor e a empresa- Corré (...).” (Apelação nº 0004982- 83.2007.8.26.0302, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar).*

4) Afasto, também, a arguição de decadência.

Os prazos de 30 e 90 dias previstos nos incisos I e II, do art. 26 do CDC se referem ao período que dispõe o consumidor para reclamar pelos vícios de produtos não duráveis e duráveis, respectivamente. Tais prazos são decadenciais porque afetam o direito potestativo de reclamar pelo vício do produto ou serviço.

Pleiteando o consumidor, porém, a reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou serviço (*quando os danos extrapolam a órbita do próprio produto ou serviço, atingindo a saúde física ou psicológica do consumidor*), tal pretensão tem natureza indenizatória, razão pela qual a ela se aplica o prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC.

No caso, não se vislumbra a hipótese de aplicação dos prazos decadenciais de que trata o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o autor não reclama no pedido inicial quaisquer das providências previstas no artigo 20 do mesmo diploma legal.

Vale dizer, o autor não postula a reexecução dos serviços e tampouco a restituição ou o abatimento do preço que pagou. Objetiva, isto sim, reparação por danos materiais (*lucros cessantes*) e morais decorrentes dos prejuízos provocados pela suposta infiltração de água no veículo, o que poderia comprometer sua saúde e segurança.

Trata-se, portanto, de pretensão indenizatória que está submetida ao prazo de 05 (cinco) anos do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, **verbis**:

***“No caso em exame observa-se que o demandante busca o ressarcimento dos danos materiais, não pretende a desconstituição do contrato. Ocorrido esse fato, caracterizada restou a lesão na esfera patrimonial, o que lhe assegura o direito de obter a reparação respectiva, a justificar o exercício de uma ação de indenização. E ela, evidentemente, por ter natureza condenatória, está vinculada ao prazo de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor” (Apelação nº 0012365-***

35.2013.8.26.0292, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antonio Rigolin).

**“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MECÂNICOS - DEFEITO - RELAÇÃO DE CONSUMO - AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA - HIPÓTESE EM QUE A PRETENSÃO DEDUZIDA É DE CUNHO INDENIZATÓRIO E NÃO DE NOVA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PELA RÉ, ABATIMENTO OU DEVOLUÇÃO DO PREÇO - INCIDÊNCIA DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE QUE TRATA O ART. 27 DO CDC - DECADÊNCIA AFASTADA”** (Apelação nº 1033135-82.2015.8.26.0576, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgard Rosa).

5) No mérito, tenho para mim que os inconformismos não merecem prosperar.

Com efeito, a ré não nega a existência do vício consistente em infiltração de água no veículo Uno adquirido pelo autor, limitando-se a argumentar que se trata de defeito de fabricação ou decorrente do mau uso (fl. 33).

Para o deslinde da controvérsia era imprescindível a produção de prova pericial visando aferir a origem do vício. Sucede que tal providência, agora, se mostra inviável, pois o automóvel continuou a ser usado pelo autor, tendo inclusive sido encaminhado para reparos em duas concessionárias diversas (fls. 20 e 63).

Demais disso, de cerceamento de defesa não cabe aqui cogitar porque a quem está afeto o julgamento é que compete decidir sobre a necessidade desta ou daquela prova para a formação do convencimento e, na espécie, as demais provas requeridas pela ré (*prova oral e depoimento pessoal do autor*) não teriam o condão de alterar o desfecho do litígio.

A isso acresça-se que o contingente probatório revela que a ré recebeu o veículo em sua oficina, em 28/01/2014, submetendo-o a diagnóstico e adotando as providências necessárias para eliminar a infiltração de água (fl. 63). Mesmo assim, não logrou sanar o vício apontado, obrigando o autor dirigir-se à outra concessionária com o intuito de resolver definitivamente o problema, o que não se verificou (fls. 63 e 20).

Ora, possuindo a tecnologia necessária para aferição da existência ou não de vícios no veículo e sendo notória a hipossuficiência técnica do autor (*circunstância suficiente a autorizar a concessão do benefício da inversão do ônus da prova - art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor*), incumbia à ré infirmar as alegações postas na inicial, o que inócorreu.

Bem por isso, há de permanecer inalterada a conclusão sentencial que proclamou a responsabilidade da concessionária, sendo cabível a reparação do



dano moral, não traduzido simplesmente pela ocorrência dos defeitos verificados no veículo, mas em razão das diversas vezes que o autor tentou solucionar o problema, sem obter o sucesso desejado.

Não se trata aqui de simples aborrecimento decorrente de fatos normais da vida diária; pelo contrário, é inegável o sofrimento experimentado pelo autor diante da frustração do negócio já que adquiriu veículo novo que não apresentou as condições ideais de uso, como era de rigor.

Na esteira da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça “*não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à mingua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano*” (STJ, REsp. n.º 700.899-RN, Rel. Min. Humberto Martins).

Na mesma diretriz, *verbis*:

**“1. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em valor razoável, de modo a preservar a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o ato ilícito cometido e a de reparar o sofrimento experimentado pela vítima, consideradas as peculiaridades subjetivas do feito”** (AgRg. no AgRg. no AREsp. n.º 416.491/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma).

Sopesadas as circunstâncias preponderantes que envolvem o caso concreto, quais sejam, a capacidade econômica das partes, o constrangimento ocasionado ao autor e o grau de culpabilidade da ré, tenho para mim que a quantificação reparatória, estipulada em R\$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), mostrou-se adequada para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização, assim como o enriquecimento sem causa do ofendido.

No concernente aos danos materiais e lucros cessantes a r. sentença não quadra reparos na medida em que o autor não fez prova de suas alegações, não comprovando a realização de despesas para conduzir o veículo à concessionária e tampouco ter deixado de auferir rendimentos no período em que esteve impossibilitado de utilizar o automóvel.

Na verdade, os lucros cessantes, espécie de dano material, não se presumem, constituindo sua comprovação pressuposto indispensável da obrigação de indenizar, *verbis*:

**“O lucro cessante, como espécie dos lucros e perdas, de natureza material, não se presume, pois sua comprovação constitui pressuposto da obrigação de indenizar”** (Apelação n.º 0005458-33.2009.8.26.0438, 26ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Felipe Ferreira).

Em outras palavras, os prejuízos materiais devem ser efetivos e comprovados, não cabendo indenização por danos presumidos. A apuração em

sede de liquidação de sentença somente se afigura viável quando há prova de sua configuração, o que não se vislumbra no caso *sub judice*.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e às apelações, rejeitadas as preliminares.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016037-91.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.E.R., é apelado INSTITUTO EDUCACIONAL CIDADE DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Colhidos os votos da Relatora sorteada e do 3º Juiz, que davam provimento ao recurso, e do 2º Juiz, que negava provimento ao recurso, foi estabelecida a divergência. Houve, nos termos do art. 942 do NCPC, a convocação de dois outros componentes da Câmara, Des. Marcos Ramos e Des. Andrade Neto, tendo o julgamento prosseguido, nos termos do § 1º do referido dispositivo legal, com o seguinte resultado final: por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencidos o 5º Juiz e o 2º Juiz, que declarará voto.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19782)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RECUSA NA MATRÍCULA DE CRIANÇA COM NECESSIDADES ESPECIAS - NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS POR SALA - DANOS MORAIS VERIFICADOS**

**- O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) estabelece que a matrícula de pessoas com deficiência é obrigatória pelas escolas particulares e não limita o número de alunos nessas condições por sala de aula;**

**- As provas dos autos denotam que havia vaga na turma de interesse da autora, mas não para uma criança especial, pois já teriam atingido o número**

máximo de 2 alunos por turma;

- Em que pese a discricionariedade administrativa que a escola tem para pautar os seus trabalhos, a recusa em matricular a criança especial na sua turma não pode se pautar por um critério que não está previsto legalmente. A Constituição Federal e as leis de proteção à pessoa com deficiência são claras no sentido de inclusão para garantir o direito básico de todos, a educação;

- Não há na lei em vigor qualquer limitação do número de crianças com deficiência por sala de aula, a Escola ré sequer comprovou nos autos que na turma de interesse da autora havia outras duas crianças com deficiência - e também o grau e tipo de deficiência - já matriculadas,

- Dano moral configurado - R\$20.000,00.

**RECURSO PROVIDO**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 710/715, cujo relatório se adota, que julgou **IMPROCEDENTE** a demanda. Diante da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Entendeu a MM<sup>a</sup>. Magistrada **a quo**, que o parâmetro adotado pela Escola em limitar a dois o número de crianças portadoras de necessidades especiais por sala de aula permite atender as crianças portadoras de necessidades especiais e cumpre a legislação vigente.

Irresignada, a autora apelou.

Aduziu, em suma, que a recusa seria abusiva e discriminatória, na medida em que não há norma vigente que fixe o número limitador de 2 alunos com necessidades especiais por sala de aula.

Processado o apelo com o recolhimento do preparo respectivo, vieram contrarrazões, tendo os autos vindo a este Tribunal.

A Procuradoria de Justiça se manifestou a fls. 789/793 pelo improvimento do recurso.

Foi realizada audiência de conciliação no gabinete desta Relatora, que restou infrutífera.

### É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória movida por G.E.R. (menor impúbere) em face de Instituto Educacional Cidade de São Paulo, em razão de suposta discriminação por parte da ré em não aceitar a sua matrícula no Colégio Mater Dei.

Infere-se dos autos que a autora de 11 anos de idade é portadora de “Transtorno Invasivo de Desenvolvimento F84”, conhecida como Síndrome de Turner (defeito no segundo cromossomo X que provoca alterações no metabolismo dos lipídios e açúcares) - Distúrbio de Espectro Autista - e que, após sua mãe ter obtido informação por telefone quanto à existência de vagas para crianças da sua faixa etária (na data de 15 de setembro de 2013), teve sua matrícula negada pela Escola ré, supostamente em razão da sua condição de criança com necessidades especiais.

A Escola justificou a sua recusa, com fundamento no limite de crianças portadoras de necessidades especiais por sala, com o objetivo de manter a qualidade do seu ensino.

Foi instaurado Inquérito Civil apurando a notícia de recusa à matrícula de crianças com diagnóstico de Transtorno do Espectro Autista no Colégio Mater Dei, bem como de cobrança de valores adicionais para matrícula e mensalidades de estudantes com deficiência pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 380/500).

Pois bem.

O recurso **comporta provimento**.

A Constituição Federal, no seu artigo 208, III, estabelece que é “**O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: ....III atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino**”. Ainda o art. 209, I, da Carta Maior, dispõe que: “**O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I- cumprimento das normais gerais da educação nacional**”.

Já a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (lei 9.394/94), art. 4º, III, incluído pela Lei 12.796/13, consolidou: “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: III. atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13146/2015) **torna obrigatória - além de criminalizar a recusa - a matrícula de crianças com deficiência por instituições particulares de ensino**, vedando, inclusive, a cobrança de taxas adicionais na matrícula (art. 28, §1º do Estatuto).

Neste sentido, conclui-se que a educação é direito de todos e que as pessoas com necessidades especiais devem ter atendimento educacional “preferencialmente na rede regular de ensino”, garantindo atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

No caso dos autos, é inconteste o fato de que a Escola ré se recusou a matricular a autora, em razão de sua condição pessoal.

**A justificativa de que já haveria atingido o limite de crianças com necessidades especiais por sala de aula não é aceitável.**

Como se observa da manifestação do Colégio Mater Dei perante o Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público, o critério de 2 alunos deficientes por sala teria por fundamento: “(...) **algumas crianças com deficiência fazem muito barulho, atrapalhando o regular desenvolvimento das atividades letivas, algumas crianças com deficiência demandam acompanhamento individual constante, a qualidade do atendimento educacional seria reduzido se mais estudantes com necessidades especiais fossem inseridos em cada sala**” (fls. 70). A Escola afirma ainda que tem um Projeto Pedagógico que “**abraça a inclusão educacional e social de crianças portadoras de necessidades especiais**”, mas que também prezava pela qualidade do ensino regular.

Em que pese a discricionariedade administrativa que a escola tem para pautar os seus trabalhos, a recusa em matricular a criança especial na sua turma não pode se pautar por um critério que não está previsto legalmente. A Constituição Federal e as leis de proteção à pessoa com deficiência são claras no sentido de inclusão para garantir o direito básico de todos, a educação.

Pelas provas dos autos, ficou demonstrado que a turma de interesse da filha da autora não estava completa, isto é, ainda tinham vagas disponíveis - **apenas não tinha vaga para uma criança especial.**

Durante a instrução do Inquérito Civil, foram ouvidos pais de outros alunos com necessidades especiais matriculados na Escola (fls. 460/490). Apesar de a Escola ter outros alunos especiais matriculados, **o fato de a matrícula para autora ter sido negada unicamente em razão da sua condição pessoal não se coaduna com a legislação protetiva vigente.**

Repise-se que não há na lei em vigor qualquer limitação do número de crianças com deficiência por sala de aula. Destaca-se, também, que a Escola ré sequer comprovou nos autos que na turma de interesse da autora havia outras duas crianças com deficiência - e também o grau e tipo de deficiência - já matriculadas. Soma-se à irresignação da autora o fato de ela já ter procurado a Escola em outras ocasiões, e também teve sua matrícula negada.

Logo, diante das provas colhidas nos autos, percebe-se que houve ato ilícito por parte da Escola, apto a ensejar a indenização por dano moral, pois patente a recusa de matrícula em razão da condição de pessoa com deficiência - a escola possuía vagas abertas para aquela turma, apenas se a criança não

portasse alguma deficiência.

Dessa forma, se vislumbra dano à honra ou personalidade da autora, pois houve recusa ilegítima ou injustificada. Entendo que houve no caso, portanto, discriminação, sendo devida a indenização por dano moral.

De plano, deve ser destacado que foi ultrapassado o tempo em que dano moral equivalia à dor, sofrimento e angústia da vítima em razão da ofensa. Os mais renomados estudiosos da responsabilidade civil modernamente conceituam o dano moral de maneira bastante clara e objetiva: trata-se de ofensa aos direitos da personalidade e, em sentido mais amplo, à própria dignidade da pessoa humana. A consequência, os efeitos de mencionada ofensa podem, estes sim, ser constituídos pela dor, sofrimento ou vexame causado.

Fenômeno interno, portanto, o dano moral, em si mesmo, não se pode exigir que seja provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem a mencionada ofensa aos direitos da personalidade e, por consequência, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

Extrai-se, desde já, o conceito de dano moral e a desnecessidade de sua comprovação, via de regra. Por questões de ordem lógica, portanto, deve ser analisada a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais.

Muito se questionou sobre a reparabilidade dos danos morais. Não se ignora que, inicialmente, havia certa resistência quanto à possibilidade de reparação, mas a discussão restou superada em face da Constituição Federal de 1.988, que em seu artigo 5º, incisos V e X, deixou evidente a possibilidade de reparação do dano moral, bem como a sua cumulatividade com o dano material. Neste sentido inclusive foi editada a Súmula nº 37 do STJ, cujo enunciado destaco: “**São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.**”. Prevaleceu, portanto, a correta orientação de que os danos morais devem ser reparados.

Fixados, assim, o conceito do dano moral, a desnecessidade de comprovação de sua ocorrência e a possibilidade de sua reparação, pertinente se mostra a análise dos critérios de fixação do valor da indenização correspondente, sendo tal matéria uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência.

O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária.

Desse modo, diante das peculiaridades do caso, entendo que o valor a título de danos morais deve ser fixado em R\$20.000,00 (vinte mil reais), com objetivo pedagógico e para buscar reparar o dano sofrido pela autora.

Destarte, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para condenar a ré ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, a ser corrigida pela Tabela do TJSP a contar da data de seu arbitramento, nos termos do enunciado da Súmula 362 do STJ, bem como acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.

Diante da sucumbência, condeno a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 37.379)**

Vistos.

Relatório nos autos.

Após vista dos autos mantenho, *data venia*, a divergência em relação ao voto da douta Relatora sorteada, para manter a r. sentença de improcedência, cujas razões de decidir acolho como minhas, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte.

Como bem fundamentou a Juíza do processo na r. sentença proferida:

(...) “É de se ressaltar que o Colégio Mater Dei é reconhecido por ter um Projeto Pedagógico que abraça a inclusão educacional e social de crianças portadoras de necessidades educacionais especiais, tanto que por essa razão a mãe da autora almejou matriculá-la naquela instituição.

Verifica-se, pois, que o parâmetro que a escola encontrou, limitando a dois o número de crianças portadoras de necessidades especiais, mostra-se razoável, tanto que constitui a escola que mais recebe crianças nessas condições, tudo a evidenciar que esse sistema permite atender com excelência as crianças portadoras de necessidades especiais, em cumprimento à legislação vigente, sem comprometer a qualidade do ensino das demais crianças lá matriculadas que têm, igualmente, direito a um ensino de qualidade.

Ao contrário do alegado pela autora, não é dever das instituições particulares de ensino a responsabilidade direta pela adequação de seu quadro de funcionários e instalações para a aceitação de matrícula de criança com necessidades especiais, não estando obrigada a aceitá-las. Nesse sentido é a jurisprudência colacionada pela ré a fls. 88, inclusive.

É do Estado o dever de garantir o direito à educação.

Ademais, no caso dos autos, restou demonstrado pela prova documental e oral coligida aos autos que a recusa foi justificada e dentro dos parâmetros



legais.

Como se não bastasse, **a autora sequer esteve no Colégio Mater Dei com a mãe no dia da recusa da matrícula**, sequer há notícia nos autos que teria tomado conhecimento dessa recusa, nada presenciando, pois, não tendo sido exposta, em nenhum momento, a situação vexatória, valendo-se a ré de argumentos técnicos para a recusa.

Ademais, a autora já havia tido sua matrícula recusada por outras escolas, anteriormente, sem que intentasse demanda judicial contra elas.

Afinal, não se pode conceber que todos os demais alunos regularmente matriculados, neles incluídos os portadores de necessidade, sejam prejudicados para atender aos interesses da autora.

A ré tem responsabilidade sobre os serviços educacionais oferecidos aos seus alunos, que pagam contraprestação pecuniária e esperam um ensino de qualidade. Não se mostra razoável que a ré seja obrigada a alterar suas diretrizes pedagógicas a fim de atender à autora, comprometendo a excelência de seus serviços e a formação dos demais alunos.

O fato de a autora ser portadora de necessidades especiais não a torna melhor que os demais alunos, inexistindo prova nos autos de que houve discriminação da autora no ato da matrícula, tendo a recusa se pautado, como se viu, em critérios puramente pedagógicos.

A ré não se furta, ao contrário do afirmado pela Promotoria de Justiça, dos ônus que decorrem da exploração econômica de sua atividade educacional, na medida fornece ensino inclusivo a crianças e adolescentes com necessidades especiais, de alta qualidade, como asseverou a testemunha Nereide de Miranda Marques Pereira, Supervisora de Ensino desde 2001, inclusive.”

No mesmo sentido do quanto exposto foi o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, cuja manifestação suprime a ausência em primeiro grau.

Assim se manifestou o douto Procurador de Justiça oficiante José Eduardo Ismael Lutti:

“Com devido respeito ao posicionamento da representante do Ministério Público, Dra. Patrícia Moraes Aude, às fls. 679/689, ousou discordar em parte.

Se por um lado os estabelecimentos de ensino, mesmo àquela época, deveriam obrigatoriamente receber alunos inclusivos, sujeitando-se às mesmas imposições constitucionais estabelecidas ao Poder Público, de outro, e aí reside a discordância, não poderiam ou não estariam obrigados a receber alunos especiais tantas quantas forem as vagas disponíveis, sob pena de não cumprirem outra determinação constitucional - o ensino com qualidade.

A recusa, por si só, em face das condições especiais da aluna certamente caracterizaria o ato ilícito, mas não é o caso dos autos, pois a recusa somente ocorreu em razão da impossibilidade técnica e material de ter mais um aluno com necessidades especiais em uma sala de aula onde já estavam matriculados outros dois. É absolutamente plausível a justificativa.

Quem conhece minimamente a rotina, os cuidados e as responsabilidades



de um estabelecimento de ensino que adota a prática inclusiva sabe da impossibilidade ter mais de dois alunos especiais em uma mesma sala de aula, notadamente na faixa etária da autora à época dos fatos 10 anos.

Normalmente, essas escolas mantêm um professor e um professor auxiliar por sala de aula de modo que as demandas pessoais de todos os alunos sejam adequadamente atendidas, sempre com vistas ao coletivo. As crianças com necessidades especiais, exatamente por isso e dependendo do grau da dificuldade, muitas vezes não conseguem se inserir nas propostas pedagógicas coletivas e ainda exigem propostas individuais adaptadas às suas possibilidades, o que demanda um grande esforço por parte dos professores na sala de aula.

Nesse contexto, um terceiro aluno inviabilizaria o mesmo atendimento aos demais alunos que, igualmente, devem ter suas próprias necessidades supridas.

Demais disso, a alegada ação discriminatória perde totalmente o sentido na medida em que a apelada é reconhecidamente uma entidade inclusiva, o que faz com qualidade.

Não bastasse a ausência de ato ilícito, a autora, por sua genitora, não demonstrou à sociedade ter experimentado humilhação, dor, sofrimento decorrentes da recusa da apelada em aceitar sua matrícula.”

Saliente-se, ademais, o fato de não estar a autora a pleitear uma vaga na instituição de ensino ré, mas, sim, tão somente ser indenizada por suposto dano moral sofrido, o qual, contudo, não vejo configurado. Aliás, há notícia nos autos de terem outras instituições de ensino se negado a aceitar a matrícula da autora, sem notícia de ter sido contra elas ajuizada alguma ação de indenização.

Acresça-se ao quanto exposto, não ter sido injustificada a recusa da matrícula da autora na instituição de ensino ré, mas, sim, amparada em projeto pedagógico, como se extrai do relatório elaborado pela Supervisão de Ensino responsável pelo Colégio Mater Dei, em atendimento à solicitação do ilustre Promotor de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC), no inquérito instaurado contra a ré por força de representação apresentada pela autora, o qual segue copiado abaixo:

Atendendo a solicitação encaminhada pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) - Núcleo da Capital, esta Supervisora de Ensino compareceu, no dia 11 de novembro pp, ao Colégio Mater Dei, localizado na Rua Marechal Bittencourt, nº. 96, Jardim Paulista, a fim de verificar possíveis irregularidades apontadas pela Senhora G.E., em mensagens datadas de 16 e 17 de setembro do ano em curso.

Na ocasião, verifiquei documentos escolares, pedidos de intenção de vagas para o ano de 2014 e visitei as salas de aulas e demais espaços pedagógicos destinados aos alunos, constatando o que segue:

- as salas de aulas destinadas à educação infantil e aos anos iniciais do

ensino fundamental possuem área de 27m<sup>2</sup>. Considerando a metragem recomendada - 1,20m<sup>2</sup> por aluno - possuem capacidade para 23 alunos; - o prédio escolar garante salas de aula com acessibilidade a portadores de deficiência física, bem como o Laboratório, a Biblioteca e a Sala de Informática funcionam no piso térreo, possibilitando fácil acesso a essas crianças;

- com exceção do 2º ano – em que há uma classe no período da manhã e outra, no período da tarde - as demais classes dos anos iniciais do ensino fundamental funcionam somente no período da manhã;

- em quase todas as classes há, pelo menos, uma criança que apresenta problemas de aprendizagem em virtude de comprometimento da fala e da capacidade intelectual por subnutrição, de deficiência cerebral severa, de autismo, além das portadoras de alguma síndrome como Down, Asperger, sem computar as que são diagnosticadas com TDAH – Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade, que também requerem atendimento educacional especializado;

- a partir do último ano da educação infantil, a maioria dessas crianças são acompanhadas individualmente por professoras auxiliares, denominadas Tutoras, as quais permanecem nas salas de aulas, junto com as professoras da classe, auxiliando essas crianças nas atividades propostas a todos os alunos, indiscriminadamente;

- para o 4º ano de 2014, o Colégio conta, além das vagas destinadas aos alunos em continuidade no curso e de pedidos de vagas por transferência, com rematrícula, já confirmada, das duas crianças portadoras de Síndrome de Down, atualmente, no 3º ano, que são acompanhadas por uma Tutora.

Nesta visita, não foram observadas irregularidades que necessitem intervenção por parte desta Diretoria de Ensino.

O Colégio Mater Dei, há vários anos, tem um Projeto Pedagógico que abraça a inclusão educacional e social de crianças portadoras de necessidades educacionais especiais, desenvolvendo um muito bom trabalho neste sentido. Desta forma, s.m.j., não há como afirmar a existência, por parte do Colégio, de atitudes discriminatórias por ocasião das matrículas. Observa-se, isso sim, a preocupação em manter a qualidade do atendimento educacional especializado dirigido a essas crianças, assim como em preservar, de um modo geral, o trabalho pedagógico até então desenvolvido com todos os alunos do Colégio.

À consideração superior.

(...) RG (...)

Também se vê das cópias do inquérito de fls. 444/449, que a instituição ré, em cumprimento ao determinado pelo Promotor de Justiça à fl. 441, forneceu a qualificação de todos os alunos com deficiência, então nela matriculados em cada série do ensino fundamental, nas quais se vê a existência de dois a três

alunos nessas condições por série.

Considere-se, ainda, que à época em que se deram os fatos, como bem anotado pela douta Promotora de Justiça oficiante em primeiro grau de jurisdição, inexistia norma infraconstitucional expressa impondo obrigação de inclusão educacional às instituições privadas, fundamentando seu parecer pela procedência da ação no Decreto 6.949/2009 que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF.

No entanto, pelo que se extrai dos autos, incluídos os depoimentos do representante legal da ré e das testemunhas arroladas pelas partes, não houve discriminação em relação à autora na negativa de sua matrícula, e a instituição de ensino Mater Dei, no dizeres de seu representante legal, é “a escola que mais atende crianças com necessidades especiais” (fls. 629), afirmação não infirmada em nenhum momento.

Ainda a corroborar o posicionamento da instituição ré na limitação de alunos especiais por sala de aula veja-se a Lei 15.830, de 15 de junho de 2015, promulgada pouco antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que autoriza o “Poder Executivo a limitar o número de alunos nas salas de aula de ensino fundamental e médio que têm matriculados alunos com necessidades especiais”, dispondo em seu artigo 2º que: “O número de alunos das salas de aula do ensino privado fundamental e médio que têm matriculado 1 (um) ou 2 (dois) alunos com necessidades especiais fica limitado a 20 (vinte) matrículas”, o que permite afirmar que extrapolado esse número o ensino não seria de qualidade para nenhuma criança, e aceitação de matrículas de crianças especiais sem nenhum limite obstaría a aceitação de um número maior de outras crianças, em detrimento ao próprio objeto do projeto de inclusão educacional pelas escolas privadas.

De tudo quanto foi exposto, não se está a afastar o incontestável direito da autora à educação, conforme previsão expressa no art. 205 da CF, tampouco o que prescreve o art. 208, III, da Carta Magna, quando esclarece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede pública de ensino, sendo certo que seu parágrafo segundo é expresso quando declara que “o não atendimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Sendo assim, como já explicitado acima, não vejo, no caso, configurado dano moral, mesmo porque não houve exposição da autora em nenhum momento à situação vexatória ou humilhante, não se constatando nenhum ato ofensivo gerador de danos morais. Aliás, a matrícula da autora foi aceita por outra instituição de ensino.

Não vejo, pois, o que ser alterado na r. sentença de primeiro grau, que ao meu ver bem apreciou as razões expostas por ambas as partes, tendo a Juíza do feito se convencido da improcedência da pretensão da autora que se limitou ao pleito de indenização por dano moral.

Por conseguinte, nego provimento à apelação.

LINO MACHADO, Desembargador, Segundo Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 1004033-27.2015.8.26.0281, da Comarca Itatiba, em que é apelante NILSON ALVES BATISTA, é apelado BANCO PANAMERICANO S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 34ª 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 18.992)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 14 de novembro de 2017.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

**Ementa: Consignação em pagamento. Dívida de financiamento de veículo. Prestação atrasada. Ação julgada improcedente, em razão do depósito efetuado ser inferior ao devido. Ausência de resistência do credor em receber o valor do débito. Ação consignatória que possui natureza meramente declaratória. Eventual irrisignação acerca das cláusulas contratuais, imputadas como abusivas, deve ser dirimida por meio de ação própria. Incidência da Súmula 381 do STJ. Sentença de improcedência mantida. Honorários sucumbenciais majorados para R\$ 1.000,00 (art. 85, § 11, do CPC). Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de ação de consignação em pagamento, julgada improcedente, pela r. sentença de págs. 99/102, cujo relatório adoto, com condenação do Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em

R\$ 800,00.

Apela o Autor (págs. 104/116) com alegação, em síntese, que quando da propositura da ação pediu autorização para depositar a parcela referente a agosto de 2015, como se pode extrair da peça inicial e de seu pedido à pág. 6, e não as subsequentes. Obviamente, como se extrai da sentença, a ilustre Magistrada sentenciou de forma “*extra petita*”. Quem deveria demonstrar que não houve “abusividade” é o Réu, como já explícito em réplica. Tentou de todas as formas saldar seu débito, somente não o fazendo em face da prepotência do Réu, que deveria especificar mediante memória de cálculo o valor que entendesse devido. Busca a procedência da ação.

Preparo anotado à pág. 117. Ofertadas contrarrazões (págs. 120/135).

Por força da Portaria 02/2017 e da Resolução nº 737/2016, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, estes autos foram encaminhados para redistribuição e então para este Relator.

Intimadas as partes acerca do julgamento virtual estabelecido pela Resolução nº 549/2011, do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, não houve insurgência (pág. 140).

O Autor foi instado a comprovar a quitação das demais parcelas do financiamento, vencidas a partir de setembro/2015, oportunidade em que veio aos autos para indicar não as ter realizado, por ter o Réu considerado rescindido o contrato (pág. 144).

### **É o relatório.**

A r. sentença de págs. 99/102 não comporta reparos.

É ação de consignação em pagamento, na qual argumenta o Autor que firmou um contrato de financiamento junto ao Réu, de nº 000071914509, para aquisição de veículo. O contrato estabeleceu o pagamento em 35 parcelas mensais, com início em 26/6/2013 e término em 16/6/2018, no valor de R\$ 4.809,64. Sempre honrou os pagamentos pontualmente até a parcela com vencimento em agosto/2015, quando, em virtude de alguns problemas financeiros, ocasionados pela manutenção do veículo, atrasou a quitação da parcela. Passados alguns dias da data do vencimento, procurou a financeira para efetivar o pagamento da parcela vencida, mas qual não foi a sua surpresa quando foi informado que a parcela de R\$ 4.809,64, tinha sido corrigida para o valor absurdo de R\$ 6.252,53, um aumento de 30% para poucos dias de atraso, evidente que não concordou com tamanha disparidade. Ainda argumentou com a financeira para que se abajassem os juros da parcela para um patamar razoável, mas a financeira continuou inflexível, informando que os juros seriam diários (sem discriminá-los). O Réu se recusou em receber as demais parcelas, ameaçando passar para o jurídico ajuizar demanda de busca e apreensão. Pretendeu consignar as parcelas vencidas acrescidas de correção monetária, juros de mora de 1% ao mês e multa

de 2%. Solicitou o deferimento do depósito da prestação vencida no importe de R\$ 4.954,88.

Assim apresentada a lixe, importante assinalar que a ação de consignação em pagamento tem por finalidade a exoneração do devedor de seu liame obrigacional. Sobre o tema, confira-se: “*A ação consignatória tem natureza meramente declaratória, pois mediante seu exercício pretende o autor um provimento jurisdicional declaratório da idoneidade e suficiência do depósito por ele realizado. Por outras palavras, busca o consignante liberar-se da obrigação, mediante o depósito da coisa ou quantia devida, depósito este que tem, ele sim, o efeito de desconstituir o vínculo obrigacional*” (Código de Processo Civil Interpretado. ANTONIO CARLOS MARCATO, coordenador. 3ª ed., Atlas, 2008, págs. 2605-2606).

Seu exercício, contudo, é restrito às hipóteses legais, dentre as quais a mais comum é a recusa injustificada ao recebimento do crédito pelo credor. A consignatória é meio próprio para extinguir uma obrigação, quando a isso é obstado o devedor por ato do credor.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS também ensina que: “*consignar em pagamento é pagar forçadamente, através da autoridade jurisdicional*” (in Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 5ª ed., v. 03, p. 04)”, mas para tanto deve se mostrar presente alguma das hipóteses do artigo 335 do Código Civil, o que não ocorreu no caso dos autos.

Não obstante esse aspecto, existe outro relevante a ser ressaltado. É que o valor consignado não se presta à almejada quitação da parcela. Como bem enunciou a n. Magistrada sentenciante, à pág. 100: “*Com efeito, o requerente relatou que se obrigou ao pagamento de 35 parcelas de R\$ 4.809,64 cada, sendo o termo final em 16/06/2018 (fl. 02). Também afirmou que não adimpliu a parcela vencida em agosto de 2015 (fl. 02). Na sequência, observo que a demanda foi proposta em 08/10/2015, bem como que o depósito ocorreu em 23/10/2015, no valor de R\$ 4.954,88 (fl. 21). Portanto, cumpria ao requerente, já no primeiro depósito, consignar, além da parcela vencida em agosto de 2015, aquelas vencidas em setembro e outubro de 2015. A ausência do depósito das mencionadas parcelas vencidas implica no reconhecimento inequívoco da insuficiência da consignação realizada*”.

Assim, não se pode falar em sentença “*extra petita*”, considerado que, conforme acima enunciado, a ação de consignação em pagamento tem por escopo a liberação do consignante do vínculo obrigacional e, em se tratando de prestações periódicas, necessária era a consignação das parcelas subsequentes àquela vencida em agosto de 2015, para se alcançar o efeito liberatório almejado com esta consignatória. Não aproveita ao Autor a indicação de que pretendia unicamente o depósito da parcela de agosto de 2015 e de que não



realizou os demais depósitos, pois o Réu já tinha rescindido o contrato. Essa rescisão, contudo, só seria possível em razão da inadimplência do Autor, que estava em atraso com a parcela de agosto/15 e não pretendeu a consignação das demais parcelas. Mesmo que lhe assistisse razão quanto à parcela depositada, a inadimplência subsistiu, pela ausência do depósito das vincendas, ausente também o pagamento voluntário, diretamente ao Réu, a impedir o acolhimento desta ação.

Nesse sentido este Relator já se manifestou em caso análogo:

*“Apelação digital. Ação de consignação em pagamento. Dívida de financiamento de automóvel. Atraso no pagamento de parcela. Ação julgada improcedente em razão de o contrato não apresentar ilegalidades. Ausência de resistência pelo credor em receber o valor do débito. Ação consignatória que possui natureza meramente declaratória. Competia ao Autor a prova da recusa do Réu em receber o valor da dívida, por referir-se a fato positivo e constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC). Impossibilidade de o Juiz conhecer de ofício de cláusulas contratuais abusivas (Súmula 381 do STJ). Sentença de improcedência mantida, todavia por outro fundamento. Recurso não provido” (Apelação nº 1085095-50.2015.8.26.0100, julgada em 26/01/2016).*

Vale ressaltar ainda que esta ação é de consignação em pagamento e não de revisão contratual, portanto a análise de eventuais abusividades das cláusulas contratuais extrapola seu objeto, além de incidir aqui a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que enuncia: *“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”*.

Nestes termos, a consignatória não deveria mesmo ser acolhida, com o que a r. sentença deve ser mantida, enquanto os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Diante da manutenção do julgado, majoro os honorários de sucumbência então arbitrados para R\$ 1.000,00 (art. 85, § 11, do CPC), com correção monetária do acórdão e, com juros de mora de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001697-09.2014.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante

PATRICIA CRISTINA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada CLARO 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.220)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 17 de novembro de 2017.

FABIO TABOSA, Relator

**Ementa: Processual. Prestação de serviços de telefonia móvel. Demanda indenizatória por danos morais, em razão de má qualidade dos serviços. Julgamento liminar de mérito, por manifesta improcedência. Descabimento. Ausência de autorização pelo sistema do CPC/73, para além dos casos de prescrição e decadência e da hipótese do art. 285-A, para a rejeição imediata do pedido inicial. Sentença que não invocou o referido art. 285-A, cujos pressupostos de todo modo nem sequer estavam configurados. Litígio que não envolve discussão apenas sobre matéria de direito, mas que pressupõe adequada exposição e valoração dos fatos, seja quanto à conduta imputada à prestadora de serviços, seja quanto aos danos que se dizem experimentados pela parte. Petição inicial, aliás, com deficiente exposição da matéria fática, sem que se tenha dado a oportunidade de emenda, na forma do art. 284 do CPC/73. *Error in procedendo* duplamente caracterizado. Sentença anulada. Apelação provida para tal fim.**

## VOTO

### VISTOS.

A r. sentença de fls. 17/23 julgou de plano improcedente demanda indenizatória por danos morais ajuizada por usuária de serviços telefônicos contra empresa concessionária de telefonia móvel, fundada em reiterada má prestação dos serviços na região em que domiciliada a autora e na causação de prejuízos diversos aos consumidores no âmbito de suas relações pessoais; entendeu o MM. Juiz, em tal sentido, não ter a autora discriminado suficientemente os

pretensos danos sofridos, referindo-os de forma meramente genérica. Por outro lado, sustentou que mesmo eventual deficiência dos serviços prestados não teria o condão de acarretar, por si só, prejuízos de ordem extrapatrimonial em termos individuais, resumindo-se eventuais dificuldades na realização das ligações em meros aborrecimentos do cotidiano e tendo os usuários à sua disposição os serviços de inúmeras outras empresas, sendo-lhes dado trocar de fornecedor segundo sua conveniência. Entendeu, dessa forma, ser indevida sob qualquer ângulo a indenização, configurando-se hipótese de improcedência manifesta e fazendo-se possível o julgamento liminar do mérito, sem necessidade de citação da parte contrária.

Apela a autora (fls. 27/32), arguindo inicialmente a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, ante o julgamento liminar de improcedência, que teria frustrado a produção de provas em torno dos prejuízos de ordem extrapatrimonial aventados na peça preambular. No mais, insiste na caracterização de danos morais indenizáveis na espécie, decorrentes da má prestação de serviços de telefonia móvel por parte da ré, serviços que deveriam ser contínuos, adequados e eficazes. Acena outrossim com a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, batendo-se, em conclusão, pela anulação do julgado, com o retorno dos autos à Vara de origem e o regular prosseguimento do feito ou, quando não, com a reforma da r. sentença e o julgamento desde logo de procedência da demanda.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido com duplo efeito (fl. 33) e processado, sem reconsideração da decisão e com citação da parte contrária, a qual se manifestou em contrarrazões no prazo legal, com preliminar de inépcia da petição inicial e ausência de interesse de agir (fls. 38/52). Deixou a apelante outrossim de comprovar o recolhimento das custas de preparo e portes de remessa e retorno dos autos, por ser beneficiária da gratuidade processual.

Registre-se ter a apelada suscitado, concomitantemente à apresentação das contrarrazões, incidente de impugnação à gratuidade contra a benesse deferida à parte contrária, tendo o MM. Juízo *a quo* mantido o benefício e determinado a remessa do incidente processual a este E. Tribunal de Justiça, por entender competir a esta Corte a apreciação de tal impugnação, na medida em que apresentada posteriormente ao julgamento do mérito.

### **É o relatório.**

As preliminares suscitadas em contrarrazões na verdade não se propõem a discutir a admissibilidade do recurso em si, senão, em termos amplos, aspectos relacionados às condições da ação e aos pressupostos processuais, não comportando pois conhecimento na presente esfera.

Feito esse registro, tem-se prosperar o recurso, embora não propriamente

pelo fundamento invocado, cerceamento de defesa. Obviamente, não há que se cogitar de restrição probatória quando nem mesmo se abriu espaço ao contraditório e, portanto, não se apresentava a perspectiva de aprofundamento instrutório; o cerne da decisão foi a configuração de hipótese de improcedência à primeira vista e inarredavelmente caracterizada, em termos tais a dispensar o processamento da causa, de modo que o que cabe verificar era se estava ou não autorizado o julgamento de plano sob tal justificativa.

E a resposta é negativa.

De se notar que a sentença, proferida em 2014, não fez alusão ao art. 285-A do CPC/73, instituidor, na vigência do Código revogado, do chamado julgamento antecipadíssimo de mérito. Não se preocupou, assim, em demonstrar os pressupostos de admissibilidade de tal modalidade decisória, a saber, controvérsia (sic) em torno de matéria exclusivamente de direito e, por outro lado, a existência dos chamados *precedentes internos*, caracterizados por decisões de improcedência por parte do Juízo em situações idênticas, com reprodução dos fundamentos correspondentes.

Como quer que seja, nem mesmo em tese se poderia cogitar da possibilidade de precedentes em casos idênticos, isso como decorrência da ausência do primeiro elemento: a matéria relevante ao julgamento, no caso, não é apenas de direito, mas também fática, por envolver a necessidade de indicação e valoração, por um lado, dos fatos caracterizadores da prestação defeituosa do serviço imputada à ré, e de outra parte a própria repercussão em termos individualizados sobre a esfera pessoal da autora, de modo a permitir o reconhecimento dos danos que servem de fundamento singular à pretensão indenizatória.

É certo ter a sentença apontado a falta de descrição adequada dos fatos, no tocante à caracterização do dano moral, mas esse aspecto na verdade não é questão de mérito (e, portanto, motivo para a improcedência liminarmente decretada), mas formal, que exigiria providências em termos de regularização da petição inicial, não tendo entretanto sido concedida à autora a oportunidade para a devida emenda, conforme prescrito pelo então vigente art. 284 do CPC/73.

Pondere-se por outro lado inexistir base para o julgamento antecipadíssimo por manifesta improcedência, tal qual optado pela sentença apelada. É certo que ao fim e ao cabo a hipótese do art. 285-A do CPC/73 envolvia, também, situação de improcedência flagrante; mas a autorização para julgamento imediato ali era estrita, e se limitava à excepcional situação descrita pelo texto legal, de decisões repetitivas em torno de matéria jurídica idêntica (no CPC/2015, por sinal, o dispositivo não foi sequer reproduzido, cogitando o art. 332 do julgamento liminar de mérito tão somente no que diz respeito à inobservância de precedentes de tribunais hierarquicamente superiores ao órgão julgador). Fora

daí, a única situação adicional de pronunciamento imediato de mérito diz com o reconhecimento da prescrição ou decadência.

Não há, dessa forma, no sistema atual, e não havia no anterior, permissão para o julgamento liminar do mérito na generalidade dos casos, ainda que a impertinência da pretensão inicial seja à primeira vista pressentida pelo magistrado.

Assim, caracterizado no caso o *error in procedendo*, seja pela prolação de julgamento de mérito na forma como promovido, seja por de qualquer forma ter sido tomada como questão substancial deficiência formal da petição inicial para cuja correção não se conferiu a necessária oportunidade. De rigor, em tais condições, a cassação do julgado, com a retomada do processamento.

Por derradeiro, tendo em vista a solução ora adotada, nada justifica a apreciação originária, em Segunda Instância, do incidente de impugnação à gratuidade processual deferida à autora, que deverá desse modo ser analisado pelo MM. Juízo *a quo* quando do retorno dos autos à origem.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005156-84.2012.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são apelantes/apelados CARLOS AMARAL MELLO e ELISABETH DA SILVA MELO, são apelados/apelantes JETRO MANSANO INIGO, RENATO MANSANO INIGO, CAMILA GIROTO MANSANO INIGO e FABIANA APARECIDA VELGA INIGO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ANTONIO NASCIMENTO e BONILHA FILHO.

São Paulo, 20 de novembro de 2017.

FELIPE FERREIRA, Relator

**Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Se a sentença está suficientemente motivada, de rigor a adoção integral dos fundamentos**

**nela deduzidos. Inteligência do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. 2. Comprovado que os semoventes de propriedade dos réus invadiram área pertencente aos autores causando danos na lavoura existente, de rigor que os responsáveis pelos animais suportem os prejuízos causados que na impossibilidade de aferição por laudo podem ser estimados conforme o prudente arbítrio do magistrado. 3. Não havendo demonstração de que a conduta dos réus tenha acarretado aos autores transtornos psíquicos ou degradação moral, incabível a indenização por dano moral, que deve servir de alento à dor efetivamente sofrida, e não como meio de enriquecimento sem causa. 4. São inconfundíveis os honorários sucumbenciais e os contratados entre os autores e o seu patrono, sendo incabível que a parte vencida arque com despesas relacionadas ao interesse da parte contrária. 5. Caracterizada a litigância de má-fé correta a imposição da multa de 2% sobre o valor da causa. Sentença mantida. Recursos desprovidos.**

## VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra respeitável sentença de fls. 715/719 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar os requeridos ao pagamento da importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de reparação por danos materiais, com incidência de juros simples de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pela Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ambos do evento danoso (12/07/2012). De igual modo, condenou os requeridos na obrigação de fazer consistente em impedir que os animais avancem para a propriedade dos autores, sob pena de multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada ocorrência apurada. Por ter decaído da maior parcela dos pedidos declinados na exordial, caberá aos autores arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do total da condenação. A imposição de multa por descumprimento do pedido de tutela provisória será analisada quando iniciada a fase de cumprimento de sentença.

Interpostos embargos de declaração pelos autores (fls. 722/733), foram estes rejeitados pela decisão de fls. 743, com imposição de multa pela natureza protelatória no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa.

Pleiteiam os apelantes/réus a reforma do julgado alegando a falta de

comprovação dos danos materiais, pois não foram juntados documentos que demonstrem as despesas efetuadas. Insistem que não há provas dos valores desembolsados e meras suposições não podem servir de embasamento para a condenação. No mais, afirmam que a corré Elizabeth da Silva Mello não pode figurar no polo passivo da ação, por serem casados no regime de separação de bens, sendo apenas mera detentora dos bens.

Doutra parte, recorrem os autores com vista a obter a modificação do resultado do julgamento. Afirmam, preliminarmente, que são litigantes de boa fé e pedem o afastamento da penalidade imposta nos embargos de declaração. Com relação ao mérito, buscam a majoração da condenação imposta. Alegam que os prejuízos sofridos no total de R\$ 51.441,67 (cinquenta e um mil, quatrocentos e quarenta e um reais e sessenta e sete centavos), conforme farta documentação trazida aos autos. Aduzem que os apelados devem suportar o pagamento dos honorários do advogado contratado para defender seus interesses em juízo, além das custas processuais despendidas. Insistem que os danos morais restaram comprovados, pois os contratemplos sofridos não constituem meros aborrecimentos. Discorrem sobre as multas pelo descumprimento da liminar, a continuidade da prática de infrações pelos réus e a reiterada conduta de má-fé dos apelados.

Apresentadas as respectivas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

### **É o relatório.**

Os recursos não merecem prosperar.

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de ilegitimidade passiva da corré Elizabeth da Silva Mello.

Neste passo, o fato de ser casada com o requerido Carlos Amaral Mello sob o regime de separação de bens não lhe retira a possibilidade de figurar no polo passivo da demanda.

Ora, estamos diante de ação na qual a discussão envolve como bem observou o juízo sentenciante “... atividade desenvolvida ... para manutenção do núcleo familiar; sendo também de sua (da ré) incumbência zelar pela manutenção do bem imóvel e dos móveis e semoventes que o acompanham”. (fls. 716)

Portanto, evidenciado o interesse e a responsabilidade da ré, esta deve ser mantida na ação.

Quanto ao mérito, andou bem o ilustre magistrado sentenciante ao resolver a controvérsia nos seguintes termos:

*“Comprovada responsabilidade civil dos requeridos, há que se ter em conta a prescrição de fatos lesivos anteriores a 03 de setembro de 2009. Logo, prejudicados os pedidos de reparação de danos dos anos de 2006*



e 2007 (item 2, fls. 16).

*Por outro lado, há que se acolher o pedido reparatório do período de 12 de julho de 2012, eis que há prova documental suficiente a demonstrar o efetivo prejuízo sofrido na época (exame teórico de fls. 45/47).*

*Sobre o valor de R\$ 40.943,37 (quarenta mil, novecentos e quarenta e três reais e trinta e sete centavos), considerada a contraprova produzida pelas testemunhas, e a impossibilidade de elaboração de laudo pericial por expert do juízo por ter se perdido o objeto da prova, imperiosa sua redução equitativa para o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).*

(...)

*Já o dano extrapatrimonial pleiteado restou inconsistente. Não vislumbro, no caso em discussão, a lesão a direito existencial dos autores apto a permitir a reparação por esta via.*

*Tal interesse existencial se consubstancia no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um valor ético, parte da própria essência do ser humano. Com tal característica, qualquer violação aos direitos mais essenciais do ser humano é apta a ensejar a reparação por danos morais, seja pela violação de outros direitos fundamentais plasmados nos valores liberdade, igualdade e solidariedade, situação que não vislumbro no caso em comento.*

*Em relação aos honorários contratuais, tenho que estes não podem ser repassados à parte processual adversa. Isso porque a contratação do profissional liberal é relação puramente obrigacional, não sendo possível vincular terceiros, sem expressa manifestação de vontade nesse sentido, ao seu adimplemento”. (fls. 717/717 verso)*

Em nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, **“Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento”**.

Desta forma, pelas alegações tecidas nos recursos de apelação, que apenas reiteram as questões claramente analisadas pelo magistrado de 1ª instância, é de se adotar integralmente os fundamentos contidos na sentença.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“A viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum.” (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007). (No mesmo sentido: REsp. nº 641.963-ES; REsp. nº 592.092-**

*AL; REsp. nº 265.534-DF).*

Vejam-se também os julgados desta Corte de Justiça:

*“A r. sentença combatida deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, aqui expressamente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, verbis: ‘Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la’. Nesta Seção de Direito Privado, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo.” (Ap. nº 990.10.310915-5, Rel. Des. Renato Sartorelli, 26ª Câm., j. 14/10/2010).*

*“Apelação - Reiteração dos termos da sentença pelo relator - Admissibilidade - Adequada fundamentação - Precedente jurisprudencial - Incidência do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Improvimento.” (Ap. nº 992.07.020734-7, Rel. Des. Vianna Cotrim, 26ª Câm., j. 29/09/2010).*

De fato, do conjunto probatório contido nos autos, resta evidenciada a presença de danos materiais sofridos pelos autores, como evidenciado nos laudos de fls. 45/57 e 189/227, restando claro que os demandados não negam os acontecimentos, refutando apenas a existência de prejuízos por parte dos autores.

Estes documentos, como bem enfatizou o juiz sentenciante corroboram as alegações de perdas sofridas pelos autores, mas não servem para quantificar o dano, uma vez que a prova produzida pelos réus também deve ser levada em consideração.

Neste passo, comprovado que os semoventes de propriedade dos réus invadiram área pertencente aos autores causando danos na lavoura existente, de rigor que os responsáveis pelos animais suportem os prejuízos causados que na impossibilidade de aferição por laudo podem ser estimados conforme o prudente arbítrio do magistrado.

E, uma vez impossibilitada a realização de nova perícia, o montante arbitrado em sentença, ou seja, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se suficiente para reparar os prejuízos apontados na vestibular.

Já com relação aos danos morais, o fato dos autores terem passado por contratemplos não enseja a indenização por danos morais pretendida na vestibular, pois é sabido que: **“no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral”** (YUSSEF SAID CAHALI, Dano Moral, pág. 703, 2ª ed.).

Nesse esteio, ANTONIO JEOVÁ SANTOS (*in* Dano Moral Indenizável,

4ª ed., RT, 2003, 113), bem observa que *“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”*.

Esta também a lição da Profª. MARIA CELINA BODIN DE MORAES (in Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188-189), veja-se:

*“Não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais seja, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito”*.

Portanto, uma vez que da apuração dos fatos não se configura a presença de dano moral indenizável, de rigor a improcedência do pedido formulado neste sentido.

Neste mesmo sentido vem se posicionando esta Corte de Justiça, conforme demonstram os seguintes arestos:

*“Salvo aqueles fatos que acarretem sofrimento intenso e presumido à generalidade dos seres humanos como a perda de um dos pais, de filho, ou as deformidades, os prejuízos com o dano moral por sofrimento devem ser provados. Só caracteriza o dano moral, passível de ressarcimento, a prática de ato que acarrete sofrimento intenso e profundo; simples aborrecimento decorrente de fatos, normais da vida diária, como a recusa de pagamento de seguro, não comportam reparação.”* (Ap. c/ Rev. 650.204-00/1 - 2ª Câ. extinto 2º TAC - Rel. Juiz NORIVAL OLIVA - J. 14.4.2003).

*“Inadimplemento contratual implica obrigação de indenizar os danos patrimoniais e não danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado.”* (Ap. c/ Rev. 665.445-00/3 - 2ª Câ. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz GILBERTO DOS SANTOS - J. 12.4.2004).

Em síntese, por não restar demonstrado que a atitude dos réus tenha acarretado aos autores transtornos psíquicos ou degradação moral, descabe falar-se em indenização por dano moral, que deve servir de alento à dor efetivamente sofrida, e não como meio de enriquecimento sem causa.

Já os valores gastos pelos demandantes com a contratação de advogado possuem a característica de honorários contratuais e não podem ser confundidos com os honorários sucumbenciais em que a parte vencida arca com a remuneração do advogado da parte vencedora.

Estes honorários contratuais têm natureza de remuneração devida em razão de um contrato de prestação de serviços de advocacia que não possui vínculo com qualquer atitude praticada pela ré.

Ora, a convenção estabelecida entre os autores e o seu representante para o fim de defender o seu próprio interesse em juízo ou fora dele é relação cuja remuneração não está sob a responsabilidade da parte eventualmente vencida na lide.

Assim, tornar-se-ia demasiadamente temerário deixar ao alvedrio da parte envolvida em litígio o custeio dos honorários (a ser pago por seu eventual adversário) daqueles que venham a defender seu interesse em juízo.

Nesse sentido, veja-se o trecho da declaração de voto da Min. Nancy Andrighi, em Embargos de Divergência em Resp nº 1.155.527-MG, julgado em 13/06/2012:

*“Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797-MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão ‘honorários de advogado’, utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.*

*Vale dizer, o termo ‘honorários de advogado’ contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.*

*Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais - pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito - mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais.” (g.n.)*

No mesmo sentido, os seguintes julgados, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DA PARTE VITORIOSA À CONDENAÇÃO DA SUCUMBENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS DESPENDIDOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou**

*no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp. 1.481.534/SP, Rel. Min. Isabel Galotti, j. 18/08/15)*

**“CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANO INEXISTENTE. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento desta Corte é que a mera contratação de advogado para defesa judicial dos interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à Justiça. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg. no REsp. 1.507.864/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 15/09/2015)**

Assim, não prospera a pretensão dos autores em relação ao pagamento dos citados danos materiais.

No mais, a postura dos autores articulada em sede de embargos declaratórios apresentados em primeira instância mostrou-se violadora do dever de lealdade processual que deve nortear as partes em processo judicial, motivo pelo qual a multa por litigância de má-fé comporta manutenção.

O ilustre professor NELSON NERY JÚNIOR, (*in* “Código de Processo Civil e legislação extravagante”, 9ª ed., RT, p. 184), com propriedade conceitua o litigante de má-fé como sendo:

**“A parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o ‘improbis litigator’, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.”**

Portanto, ante a evidência da litigância de má-fé, de rigor a manutenção da penalidade aplicada.

Por fim, como bem observou o juízo de primeiro grau não se trata do momento para discussão do pagamento de multa pelo descumprimento da tutela provisória. Esta penalidade deverá ser apreciada no momento oportuno, qual seja, em eventual fase de cumprimento de sentença.

Vale ser ressaltado para que os demandantes não aleguem omissão neste julgado que a distribuição dos encargos sucumbenciais atendeu os preceitos definidos na legislação processual vigente, razão pela qual descabe a pretensão

da condenação dos réus ao pagamento de valores relacionados com custas e despesas decorrentes da lide.

Ante o exposto, nego provimento a ambos os recursos, com majoração da verba honorária a cargo dos autores para 17% (dezesete por cento) do valor da condenação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026564-74.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante META MASSIMA TREINAMENTO EM INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA., é apelada ELIETE APARECIDA BENTO (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 03800)**

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

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

MARCOS GOZZO, Relator

**Ementa:** **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Sentença que declarou a inexistência do débito, determinando a exclusão definitiva da negativação do nome da autora, entrega do diploma à aluna e condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral. SERVIÇOS EDUCACIONAIS. Contrato que apresenta cláusula dúbia quanto ao número de parcelas. Interpretação que deve ser aquela mais favorável ao consumidor. DANO MORAL. Negativação de débito referente a parcela indevida. Danos morais advindos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito que dispensam prova do efetivo prejuízo (dano *in re ipsa*). Minoração necessária, à luz dos critérios**

**da razoabilidade e da proporcionalidade e das circunstâncias do caso concreto. Valor da indenização reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).**

**Recurso provido em parte.**

## VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral com pedido de tutela antecipada ajuizada por **Eliete Aparecida Bento** em face de **Meta Massima Treinamento em Informática e Comércio (Bit Company São Paulo Tucuruvi)**. O pedido foi julgado parcialmente procedente (fls. 144/148) para declarar a inexigibilidade do débito questionado na inicial, determinar a exclusão definitiva do nome da parte autora dos cadastros de inadimplentes, determinar a entrega do certificado de conclusão de curso à filha da autora e condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Apela a ré **Meta Massima Treinamento em Informática e Comércio Ltda-ME** (fls. 150/162). Requer a reforma parcial da sentença para tornar exigível o crédito cobrado referente à última prestação do curso, bem como para afastar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral e, eventualmente, reduzir o valor arbitrado.

Contrarrazões a fls. 166/176.

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

2. Recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, deixando de intimar a apelada para ofertar contrarrazões, eis que já trazidas aos autos.

### **Passo ao voto.**

Afirma a autora ter celebrado com a ré Contrato de prestação de serviços educacionais (fls. 24/24) para que sua filha cursasse seis (6) módulos do curso de inglês oferecido pela instituição ré, mediante o pagamento de quarenta (40) parcelas no valor de R\$160,00 (cento e sessenta reais). Aduz que ao final do curso, a ré negou-se a emitir o certificado em nome da aluna e ainda negativou a autora, por falta de pagamento da 41ª parcela.

Citada, a instituição ré contestou o pedido, alegando que as cláusulas contratuais são claras no sentido de existirem 41 parcelas e, portanto, ser lícita a cobrança e a negativação do nome da autora, ante a inadimplência.

A sentença julgou o pedido parcialmente procedente, conforme descrito alhures.

Pois bem.

Antes de mais nada, cumpre destacar tratar-se de nítida relação consumerista, sendo aplicáveis, portanto, as normas do Código de Defesa do



Consumidor.

A controvérsia cinge-se na previsão contratual do número de parcelas e, portanto, na legalidade da cobrança da 41ª e existência de ilícito civil apto a ensejar indenização por dano moral.

O contrato celebrado foi acostado a fls. 24/25, bem como os recibos de pagamento das 40 parcelas (fls. 26/29). Nas cláusulas constantes no tópico “condições de pagamento”, verifica-se o valor das parcelas, bem como a sua quantidade: 40 (quarenta).

Ainda que haja margem de dúvida acerca da quantidade de prestações previstas no contrato, uma vez que há divergência entre as parcelas constantes nos recibos e no instrumento negocial, trata-se de demanda consumerista. Desta forma, cláusulas dúbias devem ser interpretadas da forma mais favorável à aderente.

Conforme bem aduzido pela juíza sentenciante: “*A requerente foi induzida em erro por um equívoco no contrato de adesão elaborado pela própria ré, logo, considera-se inexigível a última parcela e, por consequência, indevida a inclusão em cadastros de inadimplentes*” (fls. 146).

É sabido que a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito provoca danos de caráter subjetivo que dispensam a prova do prejuízo (dano *in re ipsa*).

Quanto a este ponto, assim já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

*Consumidor e processual. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com obrigação de fazer e indenização por danos morais julgada procedente. Pretensão de uma das rés à reforma integral ou parcial. **Gera dano moral in re ipsa a indevida inclusão ou manutenção do nome do consumidor em bancos de dados de órgãos de proteção ao crédito, não havendo qualquer dúvida, no caso em exame, da ocorrência desse fato. Quantum indenizatório que deve ser mantido no valor arbitrado pelo Juízo a quo - R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - tendo em vista que é o parâmetro que tem sido adotado por este E. Tribunal de Justiça (inclusive por esta C. Câmara). RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação 1005657-07.2017.8.26.0002; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2017; Data de Registro: 24/10/2017) (grifos nossos)***

Não se pode olvidar que a *mens legis*, no caso da indenização por danos morais, abarca, a um só tempo, a necessidade de se impor uma sanção ao ofensor para evitar a reincidência, diminuindo-se o seu patrimônio, bem como da estipulação de um ressarcimento ao ofendido, de modo a lhe atenuar o mal

sofrido, vedado o enriquecimento ilícito.

É neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

**ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - VALOR DA INDENIZAÇÃO.**

**1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punir o ofensor para que não reincida.**

**2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.**

**3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.**

**4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido - REsp nº 550317/RJ, registro nº 2003/0113870-9, 2ª Turma - Relatora Min. ELIANA CALMON, j. em 07/12/2004, - DJe de 13/06/2005.**

*In casu*, o valor fixado a título de reparação pecuniária por danos morais - R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) - comporta redução, pois demasiadamente elevado. É dos autos que a apelada apelante teve seu nome negativado injustamente. Indiscutível, pois, o abalo moral por ela experimentado.

Contudo, atento aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade e às já esmiuçadas circunstâncias do caso concreto, reduzo o valor da indenização por danos extrapatrimoniais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual será acrescido de correção monetária a partir da publicação do acórdão, permanecendo na condenação o teor educativo que se busca, a fim de forçar os prestadores de serviços a exercerem seu mister com acuidade, sem, contudo, admitir o locupletamento indevido da parte lesada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO** para reduzir o *quantum* indenizatório.

Diante da sucumbência parcial da apelada, em sede recursal, fixo honorários ao patrono da ré em 10% do valor atualizado da condenação, conforme art. 85, § 2º, 11 e 14 do CPC/15, ressalvada a gratuidade concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004345-29.2015.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante ASSOCIAÇÃO PROTETORA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES PROAUTO, é apelado WAGNER SCAGLIA FERREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

**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 38.496)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

VIANNA COTRIM, Relator

**Ementa: Seguro de automóvel - Termo de adesão assinado e vistoria realizada - Proteção veicular ativada - Intepretação das cláusulas contratuais nos moldes da legislação consumerista - Necessidade - Indenização securitária devida - Apelo improvido.**

## VOTO

Ação de cobrança, concernente a seguro de automóvel, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 130/132, relatório adotado, embargos de declaração.

Apelou a ré, buscando a reforma da decisão. Ponderou que o teor das cláusulas constantes no termo de adesão livremente pactuado entre as partes deve ser observado. Afirmou que o autor tinha conhecimento do prazo de carência para a ativação da proteção veicular. Disse que a negativa de pagamento da indenização securitária mostrou-se justificada, pugnando pelo decreto de improcedência da lide.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões, subiram os autos.

### **É o relatório.**

Infere-se dos elementos dos autos que os litigantes firmaram termo de adesão com cobertura para colisão, roubo e furto de veículo, além de incêndio e danos naturais, tendo o autor realizado o pagamento da taxa de adesão e procedido à vistoria do bem em 27 de agosto de 2014.

Restou incontroverso que o automóvel segurado foi roubado em 28 de agosto de 2014 e encontrado avariado poucas horas depois, daí porque o autor postula indenização securitária.

Aplica-se ao caso “sub judice” o teor da cláusula quarta constante no campo observações, segundo a qual a proteção veicular dar-se-á mediante a assinatura do termo, o pagamento referente à adesão e a aprovação da vistoria prévia.

Malgrado o inconformismo da apelante, a cláusula primeira, concernente ao período de carência de 48 horas, diz respeito apenas à assistência 24 horas, o

que não se confunde com as coberturas propriamente ditas.

Não bastasse isso, é forçoso convir que, em se tratando de contrato de adesão, celebrado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, em que as cláusulas são elaboradas unilateralmente, não há como dar interpretação totalmente restritiva ao seu conteúdo, sob pena de se eximir a seguradora, em qualquer hipótese, do dever de indenizar.

A esse respeito, como bem sintetizou o magistrado “a quo”:

*“No tocante à alegação de que ainda não havia decorrido as 48 horas para que o autor pudesse usufruir dos serviços da demandada, verifica-se que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor. Destarte, tendo em vista que o autor pagou a taxa de adesão no valor de R\$ 600,00 e realizou a vistoria do bem, convém considerar abusiva a cláusula que determina que, somente após 48 horas, sem que seja necessária a realização de quaisquer outros procedimentos, o associado possa usufruir da assistência.”*

Portanto, é devida a indenização pleiteada pelo autor, nos exatos moldes estipulados na sentença.

Ante o exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000976-84.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A., são apelados ALBERTINO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR e CELIA SANDRESCHI DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso e, de ofício, desconstituíram parcialmente a sentença. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PACOTE TURÍSTICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MATERIAIS E MORAIS.**

**ILEGITIMIDADE PASSIVA. Não reconhecimento. Agência de turismo integra a cadeia de fornecimento do serviço, tendo responsabilidade pelos danos decorrentes de inadimplemento de contrato de prestação de serviços. Precedentes. Recurso não provido.**

**DANO MATERIAL. Reconhecimento. Desembolso comprovado mediante apresentação de recibos. Cálculos e critérios de conversão de moeda não impugnados na fase de conhecimento. Procedência do pedido de reembolso de despesas mantida. Condenação à indenização de danos materiais que, entretanto, incluiu a restituição de parte do preço do pacote de viagem. Provimento não requerido na inicial. Sentença *ultra petita*. Nulidade parcial reconhecida de ofício, com decote deste tópico.**

**DANO MORAL. Indenização devida. Transtornos e aflições decorrentes do fato, justificadoras da reparação pretendida. *Quantum* arbitrado mantido.**

**RECURSO NÃO PROVIDO, COM DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA, DE OFÍCIO.**

## RELATÓRIO

Apelação interposta contra r. sentença (fls. 152/156), que julgou procedente a ação, condenando a apelante ao pagamento de indenização de danos materiais de R\$. 3.014,75 e de indenização de danos morais de R\$. 10.000,00 (R\$. 5.000,00 para cada um dos apelados), bem como de custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

Sustenta a apelante que os apelados não comprovaram as alegações iniciais. Diz que os hotéis e demais serviços foram escolhidos livremente pelos apelados e que não pode ser responsabilizada pelo reembolso de valores dispendidos com passeios contratados diretamente pelos apelados e não previstos no pacote turístico. Alega culpa exclusiva de terceiros pelos problemas constatados nos hotéis e traslados. Acrescenta que inexistente dano moral a ser indenizado. Pretende a redução da indenização por danos morais. Postula o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 170/180).

### **VOTO**

Em primeiro lugar, afasto a preliminar de não conhecimento do recurso arguida nas contrarrazões de fls. 170/180.

O presente recurso não se limita a repetir as teses defensivas formuladas na contestação de fls. 74/88, impugnando especificamente os fundamentos da r. sentença apelada e contendo expresso pedido para sua reforma.

Atende, portanto, os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, reunindo condições para seu conhecimento.

Entretanto, no que respeita ao mérito, o recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pelos apelados em razão de falhas no pacote de viagens contratado junto à apelante, a saber: na cidade de Bariloche, não foi disponibilizado transporte e o hotel apresentou condições de segurança e limpeza inferiores às prometidas no momento da contratação.

Em contestação, a apelante não negou as falhas relatadas na inicial, limitando-se a alegar que não poderia ser responsabilizada por suas consequências porque atuou como mera intermediária na contratação dos serviços de transporte e os danos morais e materiais não foram suficientemente comprovados pelos apelados.

A r. sentença apelada, corretamente, julgou procedentes os pedidos iniciais.

Foi bem endereçada a demanda, pois é pacífico o entendimento doutrinário de que, ao lado das operadoras de turismo, as agências, como a apelante, têm responsabilidade solidária pelos serviços prestados aos seus clientes, em razão da unidade de cadeia de fornecedores.

Segundo boa doutrina, “*o segundo reflexo desta visualização da cadeia de fornecimento de serviços e produtos é a conexão daí resultante dos vínculos contratuais, tantos os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas por uma finalidade de ‘fornecimento’ (o que se denomina geralmente de ‘redes de contratos’), quanto do grupo eventual dos consumidores, unidos por uma finalidade ‘solidária’ de consumo, por exemplo, em matéria de consórcios, seguros, planos de saúde e previdência privada (o que se denomina geralmente ‘contratos conexos’), assim como a conexão dos próprios contratos que unem os fornecedores e os consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente de ‘grupos de contratos’), contratos normalmente também múltiplos ou pelo menos triangulares (por exemplo, contrato de banco múltiplo, contrato de compra e venda com financiamento, de time-sharing, de pacote turístico etc.)*.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Ed.

Revista dos Tribunais, 2002, p. 340).

Sobre o tema, note-se que o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade subsidiária dos comerciantes por fatos de produtos por eles não fabricados, construídos, importados ou produzidos, sendo inaplicável à apelante, cujo objeto social é a intermediação e prestação de serviços (fls. 108).

Assim, não haveria a ré como forrar-se da responsabilidade a teor do que dispõem os artigos 7º, parágrafo único c.c. 25, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

*“APELAÇÃO – CORRE CVC TURISMO – ADESIVO – AUTORES – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E OBJETIVA – Relação de consumo – Inteligência dos artigos 7º, § único, 20, 25, § 1º, e 34, todos do CDC – Apelante-ré (CVC Turismo) que atuava em parceria comercial com a Corre Rosane Turismo, vendedora credenciada da primeira – Condição que as inserem na mesma cadeia de fornecedores – Responsabilidade solidária e objetiva pelos danos materiais e morais – Recurso da Apelante-ré improvido nestes pontos.”* (Apelação n. 7.372.695-1, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, 37ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 16.9.2009).

Os danos materiais restaram suficientemente comprovados pelos recibos de fls. 46/48, cujo conteúdo não foi impugnado oportunamente pela apelante.

Aliás, no que toca aos danos materiais, a contestação apresentada pela apelante é genérica, não impugnando a necessidade de contratação dos serviços a que se referem os recibos ou o valor pago por eles, o que impede a apreciação de tais questões nessa sede recursal (cf. art. 336 do Código de Processo Civil).

E, assim, o pedido para reembolso do respectivo valor é mesmo procedente, devendo ser mantida a condenação da apelante ao pagamento de R\$. 696,18.

Entretanto, neste ponto, necessário observar que o pedido de indenização por danos materiais formulado na inicial é restrito ao reembolso de tal quantia (fls. 13), de forma que a condenação à devolução de 20% do valor do pacote (R\$. 2.318,57), configurando decisão *ultra petita*, em desatendimento ao princípio da adstrição, previsto no artigo 141 do Novo Código de Processo Civil. Deve, assim, ser decotado o tópico em questão, pois contém vício que agora se reconhece.

Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. NULIDADE. DECRETAÇÃO *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO.**

1. A sentença *ultra petita* é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na



parte que extrapola o pedido formulado.

Precedente.

2. Recurso especial conhecido em parte.”

(STJ, REsp 263.829/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2001, DJ 18/02/2002, p. 526)

Portanto, *ex officio*, fica aqui reconhecida a nulidade da r. sentença quanto à condenação da apelante ao pagamento de R\$. 2.318,57 pelos danos materiais decorrentes da inadequação da hospedagem disponibilizada aos apelados em Bariloche.

Por fim, no que se refere aos danos morais, não comporta reparo a decisão impugnada.

Como constou da r. sentença apelada, os problemas com transporte e hospedagem relatados na inicial e retratados nas fotos de fls. 40/42 e nas mensagens de fls. 43/45 frustraram a justa expectativa dos apelados de gozarem de conforto e tranquilidade em viagem planejada com antecedência e contratada junto à apelante.

Verifica-se, em casos tais, o dano moral indenizável.

Nesse sentido, entendimento desta Corte:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OPERADORA DE TURISMO. CONTRATAÇÃO DE PACOTE TURÍSTICO. PRESTAÇÃO DEFICIENTE DOS SERVIÇOS, DECORRENTE DA BAIXA QUALIDADE DO HOTEL, QUE NÃO CORRESPONDEU À CONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA OPERADORA, INTEGRANTE QUE É DA CADEIA DE FORNECEDORES. PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO.” 1. A operadora de turismo é responsável solidária pela reparação dos danos decorrentes da má prestação dos serviços inerentes ao pacote turístico, apesar de não contratar diretamente com os consumidores, e isto porque integra a cadeia de fornecedores. 2. A prestação de serviços hoteleiros em qualidade inferior à prevista no contrato, contrariando todas as expectativas dos consumidores, enseja a responsabilidade da agência e da operadora de turismo para reparação dos danos daí decorrentes. (TJSP, Apelação n. 9091525-66.2007.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Rigolin, 31ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 12.4.2011).

Logo, inegável o abalo psíquico dos apelados, diante da frustração da expectativa de terem prestados os serviços contratados, além da apreensão e tensão geradas em razão das dificuldades e desconfortos com que se depararam, pois o descanso previamente programado pelo pacote turístico foi substituído por insegurança, intranquilidade e desapontamento.

De rigor, também, a manutenção da sentença no tocante ao valor da condenação por danos morais, fixado pelo douto julgador em R\$ 10.000,00,

quantia que não se mostra excessiva, particularmente, diante do fato de que será dividida em partes iguais pelos apelados, resultando a cada um deles R\$. 5.000,00.

Ante o exposto, anulada parcialmente a sentença, quanto ao mais, nega-se provimento ao recurso.

## Embargos de Declaração

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2109302-71.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de Jacareí, em que é embargante TEREZINHA FERREIRA, é embargada ADRIANA DA SILVA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram os embargos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 27 de outubro de 2017.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Inexistência de omissão, obscuridade, contradição e erro material - Análise clara a precisa de todas as questões alegadas pelas partes - Prequestionamento ficto - Embargos rejeitados.**

### VOTO

1) Alega a embargante a existência de vício no v. acórdão de fls. 560/565 no tocante à fundamentação, requerendo o seu questionamento.

Houve regular processamento.

É o breve relatório.

2) Não merecem acolhimento os embargos.

Nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão judicial para:

*I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;*

*II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;*

*III corrigir erro material.*

A hipótese de omissão foi melhor disciplinada pela nova lei adjetiva, que além de estabelecer a situação em que o órgão julgador deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso “sub judice”, também apontou as situações de deficiência na fundamentação; aquelas previstas no art. 489, §1º (art. 1.022, p.u. do CPC/2015).

“In casu”, a embargante busca conferir aos embargos o efeito modificativo de forma isolada e exclusiva, o que é inadmissível, conforme preleciona **DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES:**

*“As hipóteses de cabimento quanto a essa espécie atípica de embargos de declaração são aquelas previstas expressamente em lei: omissão, contradição, obscuridade e erro material (...)*

*Ocorre, entretanto, que algumas hipóteses de saneamento de contradição e omissão - muito mais frequente na segunda hipótese - o provimento dos embargos de declaração, com o consequente saneamento do vício, poderá ensejar a modificação do conteúdo da decisão recorrida. O efeito do provimento dos embargos de declaração será atípico, porque somente ele se afasta da estrutura básica desse recurso, mas tal atipicidade é uma decorrência lógica e natural da possibilidade de enfrentamento de novas questões no recurso - no caso de omissão - ou da escolha entre duas posições inconciliáveis - no caso de contradição.”*

**(NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO. ARTIGO POR ARTIGO - p. 1718 Ed. JUSPODIVUM - 2016 - SALVADOR)**

Também, não é o caso de conferir aos presentes embargos o efeito infringente, pois não há qualquer teratologia na decisão impugnada, subsistindo, apenas, mero descontentamento quanto ao desfecho da controvérsia.

Não há vício no aresto, pois todos os argumentos relevantes deduzidos nos autos foram apreciados, o que levou à conclusão deste órgão julgador.

Incabível, também, o reexame dos honorários advocatícios sucumbenciais em sede de embargos.

Ressalta-se que desnecessária a menção dos dispositivos legais citados pela parte, uma vez que todos foram observados e tiveram a sua vigência

respeitada conforme a fundamentação lógico-jurídica adotada no acórdão.

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que a embargante suscitou para fins de prequestionamento, nos termos do art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1014632-89.2014.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é embargante SUELI APARECIDA SILVA PERES, Interessados ANDREA SILVA PIRES, FREDERICO SILVA PIRES e FERNANDA SILVA PIRES, é embargado EDUARDO ROBERT (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram os embargos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), ALEXANDRE LAZZARINI E FORTES BARBOSA.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

**Ementa: Embargos de declaração. Embargante que, a pretexto inexistentes omissão, obscuridade e erro material, pretende a modificação do decidido pelo acórdão embargado. Inadmissibilidade. Não havendo vícios a sanar, não cabem declaratórios que embutem pedido meramente infringente. Julgado do STJ nesse sentido, já na vigência do CPC/2015: “O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida” (EDcl no AgRg no REsp 1.490.961, HERMAN BENJAMIN). Embargos rejeitados.**

## VOTO

Trata-se de embargos de declaração que se opõem ao acórdão de fls. 638/650, assim ementado:

“Ação declaratória de nulidade de ato societário. Autor que aduz ter sido indevidamente incluído em sociedade empresária. Sentença de procedência. Apelação de uma das corrés. Preliminar de prescrição que não prospera. Autor que somente teve ciência da fraude após ter seu patrimônio constricto em razão de decisão do Juízo laboral, pouco antes de ajuizar a presente demanda. Princípio da ‘actio nata’. Prejudicialidade externa tampouco configurada. Falsificação da assinatura do autor suficientemente demonstrada por laudo grafotécnico produzido. Inquérito policial em curso que possui objetivos distintos daqueles da presente demanda. Manutenção da sentença recorrida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Apelação desprovida.” (fl. 639).

A embargante argumenta, em síntese, que existe omissão, obscuridade e erro de fato no aresto embargado, uma vez que **(a)** a contagem do prazo decadencial inicia-se com a averbação da alteração do contrato social na Junta Comercial; **(b)** a discussão é de decadência, e não de prescrição.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em seu propósito infringente, os embargos devem ser rejeitados, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça já na vigência da atual lei processual civil:

“1. Em se tratando de recurso de fundamentação vinculada, o conhecimento dos declaratórios pressupõe que a parte alegue a existência de pelo menos um dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015.

2. *In casu*, embora os embargantes mencionem a existência de omissão, afigura-se nítido o propósito de rediscutir o mérito do julgado.

3. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

4. Ademais, conforme entendimento consolidado pela Corte Especial do STJ, não é possível atribuir efeitos infringentes aos Embargos Declaratórios em virtude de mudança jurisprudencial, exceto quando houver omissão proveniente de julgamento anterior de Recurso Especial repetitivo sobre o tema decidido (AgInt nos EAg 1014027/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 26.10.2016).

5. Embargos de declaração rejeitados.” **(EDcl no AgRg no REsp 1490961, HERMAN BENJAMIN)**.

Inexistem, de qualquer modo, os vícios apontados pela embargante no aresto em discussão.

Em relação ao termo inicial de contagem do prazo de prescrição, resultando a inclusão da embargada na sociedade de ato ilícito - lembre-se, a falsificação de sua assinatura -, o início da fluência “*decorre não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação (...) ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular*” (fl. 645) o que, *in casu*, ocorreu com o mandado de penhora da Justiça laboral.

Quanto à nulidade (e conseqüente inexistência) do ato societário, o tema também foi enfrentado no acórdão embargado, com esteio, aliás, em precedente do ilustre Desembargador ÊNIO ZULIANI e na doutrina de PONTES DE MIRANDA (fls. 647/648).

Portanto, **rejeito** os declaratórios.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2082495-77.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Campinas, em que é embargante ITAÚ UNIBANCO S/A, é embargada CINTIA PINIANO ANTUNES GONÇALVES.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª 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 32293**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), IRINEU FAVA, AFONSO BRÁZ e ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

SOUZA LOPES, Relator

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Ausência das hipóteses previstas no art. 1.022 do Novo CPC - Pretensão de rediscutir o que já foi decidido - Caráter infringente - Inadmissibilidade - Embargos rejeitados.**

## VOTO

São Embargos de Declaração contra o v. Acórdão de fls. 70/78, que, por

maioria de votos, deu provimento ao recurso interposto pela embargada.

Sustenta que o dinheiro obedece a ordem legal de preferência para penhora, e nos autos não restou comprovado que os valores bloqueados são exclusivamente oriundos de verba salarial. Busca a reforma do *decisum*.

Esse é o relatório.

O recurso apresentado não convence.

Não se verifica a ocorrência das hipóteses previstas no art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil, não padecendo o v. Acórdão de vícios sanáveis por meio de Embargos de Declaração.

O julgado foi claro quanto aos motivos que ensejaram o acolhimento do agravo, especialmente diante da prova documental apresentada, valendo a transcrição:

*“Os documentos trazidos aos autos demonstram que a conta onde ocorreu o bloqueio do valor de R\$ 1.184,23 é utilizada para recebimento de salário que a agravante recebe como analista (fls. 146/148).*

*E no caso, observa-se que o pagamento entrou nos dias 15 e 24 de fevereiro, e o bloqueio ocorreu dez dias depois, em 08/03/2017. Ou seja, sem dúvida que o montante bloqueado refere-se à verba de natureza alimentar salarial, portanto, impenhorável.”*

Na realidade, o que se constata é o inconformismo do recorrente diante do resultado do julgamento, todavia, uma vez proferido, é defeso que se venha rediscutir. A pretensão deste recurso é que se confira caráter infringente aos Embargos de Declaração, o que é inadmissível.

A propósito:

***“Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade de acórdão (RTJ 89/548, 94.1167, 103/1210, 114/351), não se justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório (RTJ 154/223, 155/964, 158/689, 158/993, 159/638).”***

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração





nº 3000509-84.2013.8.26.0498/50000, da Comarca de Ribeirão Bonito, em que é embargante JOSÉ GECONIAS CONTI ME (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado SILVIO APARECIDO FACCO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 18ª 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 35340)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Alegação de existência de omissão no v. aresto - Inadmissibilidade - Omissão não verificada - Existência de expressa manifestação da Turma Julgadora - Requisitos do artigo 1.022 do CPC/2015, não configurados - Atribuição de efeito infringente que só é admitido em circunstâncias excepcionais, que não se encontram na espécie - Embargos rejeitados.**

## VOTO

1) Cuidam-se de embargos de declaração em face do v. acórdão de folhas 214/218 que negou provimento a apelação interposta pelo ora embargante.

Sustenta o embargante, nas razões dos embargos declaratórios (folhas 223/226), a existência de omissão no v. acórdão, visto que não houve manifestação acerca dos documentos acostados aos autos às folhas 30/58.

O embargado foi intimado a se manifestar sobre o recurso, e nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, os interessados foram intimados acerca do julgamento virtual (folhas 228/229).

O embargado não apresentou resposta ao recurso, conforme certidão de folhas 230.

As partes não se manifestaram acerca do julgamento virtual, conforme certidão de folhas 231.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

2) Inicialmente, é oportuno observar que o v. acórdão de folhas 214/218 se manifestou a respeito de **toda** a matéria abordada no recurso, examinando

objetivamente os fatos e provas acostados aos autos.

Assim, ao contrário do que afirmou o embargante, restou expressamente consignado pela Turma Julgadora em folhas 216/217, que:

**“*Ressalta-se que não tem respaldo a alegação de que a transferência do bem se deu antes foi da propositura da ação de execução, visto que ela somente foi concretizada em 09/08/2013* (folhas 102).**

Como **bem ressaltou o douto magistrado “a quo”** (folhas 163/164):

*“Conforme declaração do próprio embargante (fl. 148) é ele pai dos próprios executados na ação principal, o que torna indiscutível o fato de que sempre teve ciência do processo de execução que corria contra os executados. Nessa medida, ainda que a aquisição tenha se dado antes da constituição da penhora dos bens - ocorrida em 05.09.2013 - foi feita depois do início do processo de execução, datado de 07.02.2011, o que, pelo elevado grau de parentesco que une embargantes e executados na ação principal, configura inegável fraude a execução.*

***Não constitui prova de posse anterior à ação de execução o documento constante na fl. 29, na medida em que foi produzido pelo próprio embargante, não tendo reconhecimento de cartório ou assinatura de testemunhas. Ademais, por todo o exposto, tal documento não possui valor probatório, não servindo para demonstrar a boa-fé do embargante, pois contrários aos elementos dos autos. No mesmo sentido, os documentos anexados nas fls. 30/58, todos produzidos quando já iniciado o processo de execução.”***(grifei).

Assim sendo, não se verifica qualquer omissão no v. acórdão que pudesse justificar a oposição dos presentes embargos nos termos do artigo 1.022 do CPC/2015.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua conhecida obra “Código de Processo Civil Comentado”, 16ª edição, 2016, Editora RT, página 2277:

***“Finalidade.* Os EmbDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. Como regra, não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado”.**

Excepcionalmente, tal recurso pode ter caráter infringente, “quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimimento de omissão; c) extirpação de contradição” (autores e obra citada, p. 2279).

Na verdade, o embargante não se conforma com a decisão da Turma Julgadora, que contrariou os seus interesses, e argumenta no sentido de alterar a conclusão do julgado, imputando caráter infringente ao recurso, o que é incabível, como acima já ficou consignado.

Ressalta-se que a decisão contrária ao interesse da parte, não se confunde com omissão.

A omissão que enseja a oposição de embargos de declaração é a que incorre o órgão jurisdicional sobre ponto que deveria pronunciar-se, o que não se constata no presente feito.

Vale dizer, os embargos de declaração não são meio processual adequado para reexame da matéria de mérito ou para manifestação de irrisignação da parte em relação ao “decisum” recorrido.

Dessa forma, a matéria colocada para discussão deve ser dirimida pelos meios processuais adequados, respeitado o entendimento dos ilustres advogados que subscrevem as razões recursais.

Finalmente, por reconhecer a necessidade de prequestionamento para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores e mais o disposto na Súmula 98 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”), não se aplica à embargante a multa prevista no § 2º do artigo 1.026, do CPC/2015.

3) Ante o exposto, rejeita-se o recurso.

## ***Habeas Corpus***

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2118829-13.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D.E. e Paciente F.P.F., é impetrado M.J. DE D. DA 1 V. DA F.ES. DO F.R. DE S.A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**CONCEDERAM A ORDEM, COM OBSERVAÇÃO, V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 32.230**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

ELCIO TRUJILLO, Relator

**Ementa: HABEAS CORPUS - Decreto de prisão civil - Devedor de alimentos - Alegação de impossibilidade de quitação do montante devido - Permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução fundada no art. 528, do Código de Processo Civil/2015, legítimo se afigura o aprisionamento em virtude do não pagamento das prestações anteriores à execução e exigidas de imediato - Aplicação da Súmula nº 309, do Superior Tribunal de Justiça - Afastado o decreto de prisão quanto ao período excedente aos três meses anteriores da distribuição da execução (30 de março de 2017), garantida, todavia, a possibilidade da exigência de anteriores parcelas via execução regular - Há que se considerar, ainda, para fins de aferição do correto valor da pensão alimentícia, que o executado atualmente exerce trabalho com vínculo empregatício, recebendo remuneração mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), conforme comprova a carteira de trabalho apresentada - Depósitos parciais efetuados pelo executado - Impossibilidade, por ora, da manutenção do decreto prisional - Nada impede, contudo, que havendo débito remanescente e, após regular retificação dos cálculos pela Contadoria Judicial e nova intimação do executado para respectivo pagamento, no prazo de 3 (três) dias, o decreto de prisão civil possa ser revalidado - ORDEM CONCEDIDA, COM OBSERVAÇÃO.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Bel. Douglas Eufrázio (OAB/SP nº 353.168) em favor de **F.P.F.** contra ato do Juízo de Direito da 10ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro (r. decisão de fls. 117/118), objetivando fazer cessar decreto de prisão civil nos autos de execução de alimentos que lhe move **M.I.M.F.** (menor representado pela mãe).

Sustenta o impetrante, em síntese, que o executado apresentou justificativa válida para o não cumprimento da obrigação, que passa por dificuldades financeiras.

O pedido de concessão de liminar foi indeferido - fls. 121/122.

Informações prestadas pelo MM. Juízo impetrado - fls. 131/135.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem - fls. 194/197.

É o relatório.

O *habeas corpus* é o remédio constitucional adequado sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da CF).

Consiste, basicamente, em avaliar da **legalidade da coação**.

Bem por isso, o pressuposto dogmático de ser reduzido o espaço cognitivo do *habeas corpus* não pode e não deve servir de pretexto ao ladeamento do exame, ainda que superficial, de particularidades fáticas, sem o qual impossível estabelecer um referencial objetivo por onde aferir a conformidade constitucional do ato impugnado.

Em ação de alimentos, **F.P.F.** foi condenado no pagamento de pensão alimentícia em favor do filho menor no valor mensal correspondente de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos, incidindo sobre horas extras, férias, terço de férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias, excluídos FGTS e participação nos lucros e resultados, desde que não inferior a 1 e ½ (um e meio) salários-mínimos; em caso de desemprego ou trabalho sem vínculo empregatício, 1 e ½ (um e meio) salários-mínimos - r. sentença de fls. 77/79 (autos do **processo nº 1035596-66.2016.8.26.0002** - 10ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro).

Em Segunda Instância, a decisão acima mencionada foi parcialmente alterada somente para afastar o valor mínimo do encargo alimentar em caso de emprego, mantido o percentual de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos líquidos (**apelação nº 1035596-66.2016.8.26.0002**, julgada em 15 de agosto de 2017, deram parcial provimento ao recurso, votação unânime).

A decisão transitou em julgado em **21 de setembro de 2017** - certidão de fls. 154 (autos da apelação nº 1035596-66.2016.8.26.0002).

Aduzindo que o alimentante não vem cumprindo com o pagamento regular das pensões, **M.I.M.F.** (menor representado pela mãe) ajuizou ação de execução de alimentos, em **30 de março de 2017**, nos termos do art. 528, do Código de Processo Civil/2015, referente ao período compreendido entre os meses de outubro de 2016 e março de 2017 (R\$ 3.307,47) - fls. 14/27 (processo nº 0009105-05.2017.8.26.0002 - 10ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro).

Justificativa às fls. 39/43.

Decretou-se a prisão civil do executado pelo prazo de 30 (trinta) dias - r. decisão de fls. 117/118.

Cálculos atualizados às fls. 116.

Daí a impetração da ordem.

Pois bem.

Matéria de mérito a envolver circunstâncias que fogem ao limite do próprio recurso.

Inviável, portanto, em sede de *habeas corpus*, a análise sobre a impossibilidade do recolhimento da quantia avençada.

Acrescente-se que o risco da prisão civil decorre da presença de dívida alimentar não afastada.

Diante da natureza do *habeas corpus*, conforme já assinalado, não se apresenta como instrumento próprio para discussão de valores, especialmente se a matéria foi decidida pelo juiz singular, o de família, que afastou as teses apresentadas pelo devedor quanto a eventual impossibilidade de quitação da dívida.

Caracteriza-se como dívida atual, aquela correspondente ao período imediatamente anterior de três meses contados da distribuição da execução, que inclusive, justifica o processamento da execução na forma disciplinada pelo art. 528, do Código de Processo Civil/2015, diante da natureza do próprio crédito.

Contudo, doutrina e jurisprudência admitem a incidência do referido procedimento quando se tratar de execução vinculada as últimas prestações em face, inclusive, do padrão de subsistência dos alimentandos cumprindo, entretanto, a análise das circunstâncias de cada hipótese.

Leciona Yussef Said Cahali que *“não podendo o devedor beneficiar-se de sua própria relapsia, desde que não tenha promovido oportuno tempore ação exoneratória do encargo alimentar, é legítima a sua prisão administrativa se não justificada a impossibilidade de efetuar o pagamento do débito (CPC, art. 733, in fine); aliás, a se entender de outro modo, estar-se-ia criando um instrumento de estímulo a benefício do inadimplente que, logrando prolongar-se no descumprimento de sua obrigação, lograria transformá-la em prestações pretéritas e vultosas, pondo-se a salvo da execução fundada no art. 733. Daí por que, aceitável o entendimento pretoriano dominante, recomenda-se certo comedimento na sua aplicação após a análise das circunstâncias apuradas em cada caso concreto, de modo a não converter o maturado e abusivo devedor relapso em simples ‘vítima’, não transformando portanto o enunciado jurisprudencial em regra absoluta”* (Dos alimentos, 3ª ed., RT, pág. 1072).

Tenho, de forma reiterada, seguindo posição da jurisprudência dominante e Súmula nº 309, do Superior Tribunal de Justiça, sustentado que, de fato, **a execução prevista no art. 528, do Código de Processo Civil/2015, deve comportar as três últimas e antecedentes parcelas e a contar da data de distribuição da execução mais as que se acrescerem no período.**

Afasta-se, por conseguinte, o decreto de prisão quanto ao período excedente aos três meses anteriores da distribuição da execução (30 de março de 2017), mantido, conseqüentemente, o decreto no tocante ao período posterior e sucessivo, garantida, todavia, a possibilidade da exigência de anteriores parcelas via execução regular.

De outra parte, há que se considerar, para fins de aferição do correto valor da pensão alimentícia, que o executado atualmente exerce trabalho com vínculo empregatício, recebendo remuneração mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), conforme comprova a carteira de trabalho apresentada às fls. 44/47.

Ainda: no caso dos autos, foram efetuados alguns depósitos, conforme a seguir indicados:

DATA	VALOR (R\$)	FOLHAS
14/06/2017	230,00	95
12/06/2017	500,00	96
11/07/2017	730,00	143

Nada impede, de outra parte, que havendo débito remanescente e, após regular retificação dos cálculos a ser realizada pela Contadoria Judicial - **repita-se: observada a Súmula nº 309, do Superior Tribunal de Justiça; o valor recebido pelo executado em razão do trabalho com vínculo empregatício; com abatimento dos depósitos realizados** - e nova intimação do executado para respectivo pagamento, no prazo de 3 (três) dias, o decreto de prisão civil possa ser revalidado.

Diante de tais pressupostos, **CONCEDO A ORDEM** para afastar o decreto de prisão do executado, **COM OBSERVAÇÃO**.



## SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

### Ações Rescisórias

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2226844-13.2016.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é autor DANIEL RIBEIRO CAFE, é réu MUNICÍPIO DE LIMEIRA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, TORRES DE CARVALHO, TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 9 de outubro de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

**Ementa: Ação Rescisória. V. Aresto que, negando provimento a Agravo Interno, manteve Decisão Monocrática que dera provimento a recurso interposto pela Municipalidade, para julgar improcedente ação movida por servidor municipal de Limeira, objetivando o recálculo de seus vencimentos, nos termos da Lei n. 8.880/94. Ajuizamento da ação com fundamento no artigo 966, inciso V, do NCPC. Decisão que entendeu não haver o autor feito prova de prejuízo amoldável à regra do art. 22 da Lei 8.880/94. Texto legal, ademais, de interpretação controvertida. Súmula nº 343 do STF. Ação rescisória julgada improcedente.**

#### VOTO

I. Ação Rescisória movida por DANIEL RIBEIRO CAFÉ, servidor municipal ativo, contra o MUNICÍPIO DE LIMEIRA, objetivando rescindir V. Acórdão da Col. 10ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça

(Apelação Cível nº 0055369-38.2007.8.26.0000/50000, j. 6.2.2012, Rel. a Des. TEREZA RAMOS MARQUES). O V. Aresto negou provimento ao Agravo Interno interposto pelo ora recorrente contra Decisão Monocrática, datada de 14.10.2011, que, nos termos do artigo 557, § 1ºA, do CPC/1973, deu provimento ao recurso interposto pelo Município de Limeira, para julgar improcedente a ação. Na demanda, buscava a *“revisão dos reajustamentos de proventos devidos, aplicando-se as regras da Lei nº 8.880/94, em decorrência da aplicação da conversão dos proventos para 1º de março/94, apurando-se as diferenças devidas (parcelas vencidas), além de majorar as parcelas vincendas, nos termos do art. 290 do CPC, tudo acrescido dos reajustes concedidos pela Requerida de 03/94 em diante”* (fls. 15 destes autos digitais), bem como o pagamento de diferenças devidas, a serem apuradas em liquidação de sentença.

Nas razões, fundamenta o pedido no inciso V do artigo 966 do CPC de 2015 (*“violar manifestamente norma jurídica”*). Assinala que o v. Acórdão violou o disposto no artigo 22, VI, da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre sistema monetário. Pede o acolhimento da ação para ser rescindido o Aresto e para ser a ação julgada procedente, *“para reconhecer o direito do Autor à correta conversão de seus vencimentos em URV com base na Lei 8.880/94, em razão de sua natureza monetária, e, conseqüentemente, sua obrigatoriedade de observância dos entes federados diante do texto constitucional, apurando-se as diferenças das parcelas vincendas e as parcelas vencidas, apenas com o reconhecimento da prescrição parcial, nos exatos termos da sentença de 1º grau.”* (fls. 10).

Citada, a Municipalidade ofertou contestação a fls. 245/269. Este, em síntese, o relatório.

II. A ação rescisória é insusceptível de acolhimento.

Vem ela lastreada no previsivo do artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973 (violação de norma jurídica): ***“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica.”***

O julgado atacado foi proferido em Ação de rito Ordinário movida por servidor municipal de Limeira, objetivando o recálculo de seus vencimentos, desde a legislação instituidora do chamado Plano Real (Lei federal nº 8.880, de 1994), em conformidade com os critérios ali estabelecidos, afirmando que não teriam sido convertidos de modo correto pela Municipalidade. Pediu o autor a revisão de seus vencimentos, com o pagamento de diferenças devidas, acrescidas dos consectários legais.

A r. sentença proferida (traslado a fls. 99/102), julgou procedente a ação. Sobreveio apelação do município, provido pela r. Decisão Monocrática da Exma. Des. TEREZA RAMOS MARQUES, da Colenda Décima Câmara

de Direito Público, datada de 14.10.2011 (fls. 132/138) (Apelação Cível nº 0055369-38.2007.8.26.0000), posteriormente mantida pelo V. Acórdão, datado de 6.2.2012, que negou provimento ao Agravo Interno interposto pelo autor (fls. 174/182).

Negado seguimento ao Agravo interposto Contra a Decisão Denegatória de Recurso Especial, pela Egr. Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 195/196), foi interposto Agravo Regimental (fls. 201/204), que, distribuído à C. Primeira Turma do STJ, foi improvido na sessão realizada em 18.8.2015 (fls. 211/217), seguindo-se a certificação do trânsito em julgado, em 14.9.2015 (fls. 220).

O requerente, inconformado com o não acolhimento de seu pedido, afirma ter ocorrido violação a literal disposição de lei. Não é possível, todavia, a utilização desta via excepcional para, à maneira de inoficioso recurso, ingressar em nova análise do pedido.

O cabimento da ação rescisória com esteio no inciso V do artigo 966, do Código de Processo Civil/2015, supõe que o dispositivo legal tenha sido violado em sua literalidade. No presente caso, o autor da ação rescisória busca o recálculo de seus vencimentos, nos termos da Lei nº 8.880/94. Contudo, é manifesto que a disposição legal que na inicial desta rescisória se aponta como vulnerada comporta diversa interpretação, e a maior evidência disto consiste precisamente na existência de entendimentos jurisprudenciais diversos a propósito da mesma questão.

Em nem foi este, a rigor, o fundamento da V. decisão rescindenda, que na verdade desacolheu o pedido quanto ao mérito por ausência de comprovação do fato constitutivo do pedido. Basta ver o teor do julgado (V. Acórdão proferido em sessão de 6.2.2012, da C. 10ª Câmara de Direito Público, relatado pela Des. TEREZA RAMOS MARQUES, Agravo Regimental nº 0055369-38.2007.8.26.0000/50000):

***“Realizou-se a conversão apenas porque houve adoção de nova moeda numa data determinada, enquanto os reajustes, depois percebidos pelos servidores, serviram para atualizar suas remunerações, diante da inflação posterior à conversão.***

***Não compensam realidades diversas.***

***Se o valor menor dos vencimentos na data do reajuste refletiu no seu percentual ou índice, a compensação poderá se fazer apenas ente os reajustes que se seguirem, sanando-se eventual excesso nos reajustamentos futuros.***

***Mas o valor obtido com a conversão não se compensa, pois é o novo valor nominal dos vencimentos, devendo receber os reajustes até que seja substituído por novo valor em reais, fixado para o cargo.***

***Certamente, para todos os autores já ocorreu a fixação de novo***

*padrão de vencimentos em reais para o cargo, após março de 1994, seja por reenquadramento, reestruturação da carreira ou promoção.*

*Não provado que a legislação relativa ao cargo que ocupam e já ocupavam em 1994 manteve o mesmo padrão de vencimentos em reais, limitando-se a reajustá-lo por índices de correção monetária, observado ainda o período da prescrição para o julgamento de procedência” (fls. 181).*

Em que pese às alegações do autor, e muito embora, ainda, eventualmente não se mostrem esses outros fundamentos integralmente susceptíveis de encampação, o que se tem, quando muito, é decisão que não se amolda à jurisprudência atual dos Tribunais Superiores, e essa circunstância não era – e continua não sendo na vigência do CPC de 2015 – motivo bastante para acolhimento de ação rescisória.

O que o julgado rescindendo afirmou foi que o autor não comprovou o prejuízo alegado em decorrência da conversão efetuada com apoio no art. 22 da Lei federal 8.880/94. Jamais negou vigência ou aplicação a esse dispositivo, que a presente rescisória reputa violado literalmente.

Não vinga, portanto, a presente ação rescisória.

A esse respeito a longeva orientação da Súmula nº 343 do Colendo Supremo Tribunal Federal: *“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”*

No dizer da jurisprudência:

*“Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.” (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93. ‘Ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei. Justifica-se o judicium rescindens, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoia da literalidade do texto de lei.’ (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.” (“apud” THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, “Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor”, Saraiva, 45ª ed., pág. 607, nota 20 ao art. 485 do CPC).*

***“1. O pedido rescindendo deduzido em ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC depende necessariamente da existência de***

*violação direta, aberrante, observada “primo oculi”, a literal disposição de lei. Precedentes. 2. “Demanda rescisória não é instrumento hábil a rediscutir a lide, pois é de restrito cabimento, nos termos dos arts. 485 e seguintes do CPC” (AgRg no AREsp 450.787/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 26/05/2014). 3. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula nº 343/STF). 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp nº 526.669-SP, j. 18.09.2014, Rel. o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).*

Vale recordar que eventual alteração de entendimento ou orientação jurisprudencial não é bastante a justificar o acolhimento de ação rescisória. Como é ressabido, *“A mudança de orientação jurisprudencial por si só não é suficiente para a desconstituição da coisa julgada. Aplica-se, in casu, a Súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais” (STJ, AgRg no Agravo no Resp 454.883- PR, Segunda Turma, j. 12.08.2014, Rel. o Min. HERMAN BENJAMIN).*

Não há como acolher a presente ação rescisória.

III. Por todo o exposto, julga-se improcedente a ação (NCPC, 487, I). Diante da sucumbência, o autor arcará com o pagamento de eventuais custas e despesas de reembolso, e de honorários advocatícios fixados na quantia equivalente a dez por cento (10%) do valor atualizado atribuído à causa, observada sua condição de beneficiário da gratuidade de Justiça (fls. 235).

**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.**

## Agravos de Instrumento

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112798-74.2017.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante MOBI BRASIL TRANSPORTE DIADEMA LTDA., é agravado SINDICATO DOS HOSPITAIS, CLÍNICA CASAS DE SAÚDE, LABORATÓRIOS DE

## PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança Coletivo.**

**Ingresso do agravante como terceiro prejudicado – Qualidade da parte que guarda interesse jurídico na questão, não bastando o mero interesse econômico – Agravante admitido como litisconsorte passivo necessário – A impertinência do pleito como terceiro superada está pela admissão como litisconsorte necessário, na origem.**

**Ato do Prefeito Municipal de Diadema, que publicou o Decreto n. 7.354/2017, criou distinção entre tarifa do transporte público e o vale-transporte (pagantes em dinheiro e pagantes com vale-transporte) – Malferimento do disposto no art. 5º da Lei n. 7.418/85, com redação dada pela Lei n. 7.619/87, que veda, peremptoriamente, tal dicotomia – Decisão mantida. Nega-se provimento ao recurso interposto.**

## VOTO

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Diadema, nos autos da ação de mandado de segurança coletivo impetrado por Sindshop – Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo contra ato do Prefeito Municipal, que deferiu liminar, a fim de suspender o ato coator em favor dos representados pela impetrante, a fim de que a autoridade tome as providências necessárias para igualar a tarifa aplicável aos transportes coletivos. Postula a reforma do *decisum*, ou subsidiariamente, o indeferimento da inicial.

Desprovido o pleito de efeito suspensivo (fl. 242/243), sobreveio pedido de reconsideração (fl. 245/250), pela agravante.

Consta contraminuta pela Sindhosp (fl. 253/268).

É o relatório.

**2. O recurso não merece provimento.**

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo contra ato do Prefeito Municipal de Diadema, que publicou o Decreto n. 7.354/2017, que criou distinção de tarifas, entre os usuários pagantes do transporte público coletivo, ou seja, entre os que pagam em espécie (R\$4,20) e os que se utilizam do vale transporte (R\$4,30), isto é, são pagantes por meio de seus empregadores, de maneira que para fornecer aos seus empregados o vale transporte a empresa pagará R\$0,10 a mais que a tarifa geral, daí o pleito de liminar, a fim de assegurar a igualdade de valores, para todos os usuários. A liminar foi deferida, suspenso o ato coator, sendo determinado prazo para tomada das necessárias providências, igualando a tarifa dos usuários que pagam em espécie e àqueles que fazem uso do vale transporte em R\$4,20, azo do recurso de agravo de instrumento.

Do terceiro prejudicado e do litisconsórcio em mandamental.

A qualidade de terceiro prejudicado é de rara inteligência na espécie, pelo simples fato de que o efeito a irradiar é indireto, o que não se coaduna, em princípio, com a figura jurídica do terceiro.

O terceiro prejudicado de que trata o artigo 499, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, somente poderá invocar esta qualidade se tiver interesse jurídico na questão, não bastando, para tanto, o mero interesse econômico, sendo certo que imprescindível é a demonstração do nexo de interdependência entre o interesse da agravante e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

Ainda, acerca do terceiro prejudicado, vale a transcrição das palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que seguem:

**“Terceiro prejudicado é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, isto é, aquele que poderia ter ingressado no processo como simples ou litisconsorcial (CPC 50 ou 54). Está legitimado para interpor qualquer recurso, inclusive embargos de declaração, (RTJ 98/152). Configurada sua legitimidade para recorrer, o terceiro deve demonstrar em que consiste seu interesse em recorrer, isto é, o nexo de interdependência entre seu interesse em impugnar a decisão e a relação jurídica por ela decidida. A norma regula, portanto, a legitimidade e o interesse recursal do terceiro prejudicado. O terceiro prejudicado não é assistente.”** (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, p. 717, 9ª edição, RT).



*In casu*, apesar da agravante se esforçar em tentar comprovar a existência de interesse jurídico, acaba por não convencer, vez que nítido é que o foco do seu reclamo acaba por ter fundo econômico-financeiro, que, em verdade, revela defesa de direito próprio, repita-se, meramente econômico, de percepção indireta quanto ao foco da disputa mandamental, sendo totalmente inapropriado o meio eleito para tal fim.

Neste tópico, em arremate, cumpre pontuar que o terceiro interessado é aquele que ostenta interesse jurídico e não meramente de fato, tanto que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência negando a qualidade de terceiro interessado ao singelo interesse econômico (Cf. STJ, AR 3.185, Ministro Luiz Fux, DJU 26.2.07). Assim, não se desvenda, na hipótese, interesse jurídico na questão posta *sub examine*, mas tão-só, de fato, sem repercussão direta ao impetrante, repita-se, o que, sem sombra de dúvida, não o qualifica como terceiro.

A seu turno, o litisconsorte passivo, por definição, é a parte (ou as partes), autônoma, que sofre diretamente os efeitos da coisa julgada. A previsão do litisconsórcio do artigo 24 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, se limita ao litisconsórcio necessário, comumente denominado de beneficiário do ato ou contrato discutido no *writ*, sendo exemplo típico o reclamo mandamental de resultado de licitação, em que o vencedor, que não integra a mandamental é, evidentemente, litisconsorte necessário, pois se provido o writ o ato é anulado e o vencedor do certame sofrerá os efeitos da coisa julgada, valendo a transcrição da ementa oficial do julgado contido na RF 327/175, mormente sua primeira parte, pois é o que importa: **“Impõe-se o litisconsórcio passivo quando a concessão da segurança importar em modificação da posição de quem juridicamente beneficiado pelo ato impugnado. O litisconsorte passivo deve ser regularmente citado, tal como dispõe o CPC. Não é suficiente, em ação de segurança contra ato judicial, a mera notificação ou cientificação do advogado da parte adversa, constituído nos autos do processo em que efetivado o ato judicial impugnado pela via do *mandamus*”** (g.n.). No mesmo sentido, confira-se: STF, RTJ 64/277, RTJ 82/618, RT 567/230, RTJ 78/877, RTJ 94/481 (Pleno, v.u.); RSTJ 45/504, RSTJ 31/228, RT 766/392).

Desse modo, *in thesis*, não se vislumbra possibilidade de ingresso, sob o fundamento do litisconsórcio passivo necessário, mormente pelo fato de que não é beneficiário do ato, nem tampouco se coloca em discussão o contrato de concessão ou quaisquer de suas cláusulas, sendo a repercussão absolutamente indireta.

No entanto, o agravante foi admitido como litisconsorte pelo doutro Juízo *a quo*, sendo certo que a matéria não foi devolvida, obstando, assim, o ingresso, propriamente dito, com relação a tal questão.

O cerne mandamental atine à assinação pelo Senhor Alcaide (Decreto n. 7.354/2017) de valores diferenciados para a tarifa e o vale-transporte, a primeira em R\$4,20 e a segunda de R\$4,30, ofendendo a disciplina disposta no artigo 5º da Lei n. 7.418/85, com redação dada pela Lei n. 7.619/87, que veda, peremptoriamente, tal dicotomia.

Sem sombra de dúvida, o ato administrativo da autoridade executiva local malferiu a lei federal que regula a matéria e, assim o fez, as escancaradas, móvel pelo qual, emerge, extreme de dúvida, a relevância de fundamentação do *writ*, sendo evidente o risco de ineficácia se concedida somente ao final, azo porque preenchido estão os requisitos para o ato liminar, que não merece nenhum reparo.

Do mérito recursal propriamente dito.

Em tempos de outrora a municipalidade firmou contrato de concessão de transporte público coletivo com a agravante, contrato este que não disciplina diferenciação entre o vale-transporte e tarifa, como sói poderia ser e, nem tampouco, há qualquer indicativo de que o vale-transporte deveria ou poderia ser cobrado em valor superior a tarifa, até porque consoante consignado a legislação federal disciplinadora torna defeso o *discriminen*.

Em verdade, busca a agravante verdadeira declaração positiva de forma incidental na mandamental, a fim de resguardar o ato administrativo, sobre o pretexto de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o que per si não guarda sentido, em especial pelo fato de que a matéria vertente ao equilíbrio econômico-financeiro é própria de ação de viés declaratório, com ou sem plus condenatório, sem se olvidar que depende na maioria das vezes de farta instrução.

Demais, a discussão do contrato, revolvendo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do valor original, que não se encontra *sub judice*, sublinhe-se, tem em consideração, ou melhor, deveria ter arrimo próprio, por força do necessário embate acerca da cláusula *rebus sic stantibus*.

Ao longo dos séculos, a cláusula *rebus sic stantibus* acabou por receber novos contornos, surgindo, efetivamente, a teoria da imprevisão, assim como o fato do príncipe, que coisas distintas são.

Por força do princípio *pacta sunt servanda* – todo o contrato, público ou privado, é rígido por dois princípios basilares, o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*) o primeiro impede alteração do que as partes convencionaram, o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente (Cf. Hely Lopes Meirelles, *in* Curso de Direito Administrativo, p. 182); o contrato administrativo, embora satisfazendo exigências especiais e ostentando cláusulas que só o direito público permite, obedece os princípios gerais comuns a todos os atos bilaterais (Cf. Themístocles Cavalcanti, *in* Tratado de Direito Administrativo, vol. I, p.

309), daí porquê assevera León Duguit, que **não há diferença, quanto ao fundo, entre o contrato civil e o contrato administrativo** (Cf. *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, vol III, p. 41) – as partes no momento em que avençam determinado negócio, tem o fito na irretratabilidade do liame jurídico ali formado, de tal arte que *prima facie* todo e qualquer contrato é informado pelo princípio da segurança negocial (*pacta sunt servanda*) sendo, pois, exceção à regra, a revisão dos contratos pela superveniência imprevista, de modo que não é qualquer fato que acarreta a possibilidade de revisão, mas apenas e tão-somente aqueles que possuem características especiais, quais sejam: modificação integral das condições norteadoras do contrato, decorrentes de circunstância **imprevisível** (não apenas imprevista, mas de impossível previsão); onerosidade fora do comum para o devedor, não compensada por quaisquer outras vantagens em outrora percebidas; enriquecimento injusto e inesperado para o credor, por consectário direto da superveniência e em detrimento do devedor, sendo certo que nada disso se coaduna com a prática de ato em tese ilegal, sem foco na relação econômico-financeiro, mas com efeito direto e imediato de elevação do ganho de um contratante, o que não tem sentido em tal, sem se olvidar como afirma o eminente Pontes de Miranda que **no momento em que se conclui o negócio jurídico bilateral, em que há prestação e contraprestação, os figurantes as tiveram por equivalentes, de toda sorte que as perturbações mínimas e as perturbações que não importam ao enriquecimento demasiado de um dos figurantes não tem conseqüências. Quem contrata negocia no mundo que não é estável** (Cf. *in* Tratado de Direito Privado, Vol. 25).

Nesse contexto, revelador de ausência de elo direto entre o ato debatido no *writ of mandamus* e o ato de concessão, pondo-se as claras a busca de manutenção de um “fato do príncipe invertido” – em benefício do contratante, não se vislumbra pertinência na resistência recursal originária, azo porque afastada é.

Por derradeiro, pacífico é o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da ilegalidade do ato coator:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Vale-transporte. Tarifa diferenciada. Decreto 37.778/1999 do Município de São Paulo. Ilegalidade. 1. O ato normativo do Executivo Municipal, criando disparidade entre as tarifas de transporte coletivo e, portanto, gerando desigualdade entre os usuários, fere o princípio da isonomia. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido”<sup>1</sup>.

Por epítome, se conclui da impertinência do pleito de ingresso recursal como terceiro interessado, que superado está pela admissão na origem sob o perfil de “litisconsórcio necessário” – mesmo diante de interesse indireto e tão-

1

RMS 13.265/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Dj 01.07.2002.

só econômico, e, concomitantemente, garante-se a relevância de fundamentação e o risco de ineficácia da medida concedida tão-só ao final, guardando o *decisum* guareado o perfil de higidez jurídica, em consonância, inclusive, com tranquila jurisprudência, daí o conseqüentário do desprovimento recursal.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2238400-12.2016.8.26.0000, da Comarca de Curitiba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, são agravados MESSIAS FERREIRA MENDES e JEFERSON APARECIDO ROCHA.

**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 38.016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), JARBAS GOMES e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

AROLDI VIOTTI, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, em fase de execução, indeferiu requerimento do “parquet” no sentido de ser apreendido o passaporte e cancelados os cartões de crédito do corréu Messias, até a satisfação do débito exequendo, deferindo apenas o pedido de suspensão de sua Carteira Nacional de Habilitação. Artigo 139, inciso IV, do CPC. Medidas que se traduzem em meios coercitivos e desnecessários à satisfação do débito, não guardando nenhuma relação com a sua origem. Providência, ademais, que não garante a satisfação da dívida. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso improvido.**

## VOTO

I. Agravo de Instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra r. decisão do D. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Buritama, que, em Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, movida contra MESSIAS FERREIRA MENDES e JEFERSON APARECIDO ROCHA (processo nº 0004276-07.2005.8.26.0097), indeferiu requerimento do “parquet” no sentido de ser apreendido o passaporte e cancelados os cartões de crédito do corréu Messias, até a satisfação do débito exequendo, deferindo apenas o pedido de suspensão de sua Carteira Nacional de Habilitação.

Nas razões, sustenta em resumo que o executado Messias, ex-Prefeito Municipal de Buritama, responde a inúmeras ações civis por ato de improbidade administrativa em trâmite na Comarca, já foi condenado em diversos processos, mas até a presente data, ainda não ressarciu os cofres públicos nem pagou as multas civis que lhe foram impostas, daí a necessidade da “*adoção de medidas coercitivas aptas a garantir a efetiva satisfação do crédito, que será revertido em prol do erário público*” (fls. 8), com fundamento no artigo 139, IV, do CPC. Assinala ser “*Imperiosa a adoção de medidas coercitivas drásticas, que não se limitem à proibição de dirigir, mas alcancem outras atividades de MESSIAS FERREIRA MENDES, a fim de que o executado finalmente compelido, à força, a cumprir a decisão proferida pelo Poder Judiciário, pela qual já demonstrou não nutrir nenhum apreço ou deferência.*” (fls. 8/9). Pede a reforma da decisão para que sejam formulados todos os pedidos formulados a fls. 1028/1032 dos autos principais (fls. 214/218 destes autos).

A r. decisão de fls. 239/241 destes autos, prolatada pelo Eminentíssimo Desembargador LUIS GANZERLA no impedimento ocasional (férias) deste subscritor, determinou o processamento do recurso, sobrevindo contraminuta do agravado (fls. 262/268). A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso, ou por seu improvimento (fls. 270/280). Este, em síntese o relatório.

II. O recurso não comporta acolhida.

Trata-se de execução de sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa (processo 0004276-07.2005.8.26.0097, da Comarca de Buritama), a qual condenou os réus Messias Ferreira Mendes e Jeferson Aparecido Rocha: a) “*ao pagamento de multa civil no valor de três vezes o montante atualizado da remuneração bruta de Prefeito Municipal de Buritama à época dos fatos (setembro de 2000), acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação; b) proibir os requeridos de contratarem com o Poder Público, receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual*

*sejam sócios majoritários, pelo prazo de 03 (três) anos; c) suspender os direitos políticos de MESSIAS FERREIRA MENDES e JEFERSON APARECIDO ROCHA por 05 (cinco) anos”* (fls. 152), bem como das custas processuais. V. Acórdão desta Câmara (Apelação Cível nº 9157986-54.2006.8.26.0000, antigo 590.468.5/2), deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir para três (03) anos o prazo da suspensão de direitos políticos imposta aos dois réus, e cancelar a condenação do réu Jeferson Aparecido Rocha ao pagamento de multa civil (fls. 165).

Passada em julgado a decisão proferida no processo de conhecimento, e iniciada a execução por quantia certa, o executado Messias foi intimado para pagamento do débito apurado, e, não havendo espontâneo pagamento, foi efetuada a penhora do automóvel marca VW, modelo Gol 1.0, placa DJO-2671, o qual, levado a leilão, não obteve licitantes (fls. 186 e 187). Ante a depreciação do veículo penhorado, sobreveio manifestação do órgão do Ministério Público, na qual postulou: “1) *novo bloqueio de contas e ativos financeiros em nome do executado através do sistema BACENJUD; 2) nova pesquisa de imóveis de propriedade do executado pelo sistema ARISP e expedição do necessário para formalização da penhora de tais bens; 3) seja expedido o necessário para penhora e depósito de tantos bens quanto bastem à satisfação do crédito exequendo, a ser cumprido no domicílio dos executados, inclusive em outras Comarcas; 4) efetue a z. Serventia pesquisa sobre eventuais ações, inclusive previdenciárias, em que os ora executados figurem como autores/credores/exequentes para fins de penhora no rosto dos autos; 5) seja expedido ofício à Justiça do Trabalho local para que informe sobre eventuais ações que os ora executados figurem como autores/credores/exequentes para fins de penhora no rosto dos autos; 6) pesquisa junto à JUCESP e à CVM para busca de empresas e valores mobiliários em nome dos executados, expedindo-se o necessário par sua constrição”* (textual fls. 202/203).

Sobreveio então a decisão de fls. 213 (destes autos digitais), do seguinte teor:

**“Vistos.**

**Fls. 996/998.**

**1. Cuida-se de proposta formulada por Wendy de Oliveira Mendes (fls. 999), sem que qualquer leilão esteja sendo realizado nestes autos.**

**2. Assim, não havendo o exercício do direito preferência da melhor proposta, não se pode aceitar a proposta sem que seja o bem levado a leilão por leiloeiro oficial.**

**Dessa forma, indefiro o pedido formulado.**

**3. Intime-se o executado Messias Ferreira Mendes, por meio de seu advogado (DJE) para que apresente em juízo o veículo penhora.**

**4. No mais, intime-se a Fazenda Pública Municipal também por seu**

**advogado (DJE) para que diga se tem ou não interesse em adjudicar o bem veículo em questão.**

**5. Por fim, indefiro os pedidos constantes nos itens 2 a 6 de fls. 993, vez que tais informações poderão ser obtidas pelo autor, além disso, não demonstrou a impossibilidade de obter tais informações.**

**Int.”**

Em seguida, o “parquet” pleiteou, com fundamento no artigo 139, IV, do CPC, a suspensão da CNH, a apreensão do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito de Messias (fls. 214/218).

Comunicada a interposição de agravo de instrumento (AI nº 2211521-65.2016.8.26.0000, j. 8.11.2016, desta Relatoria), a MM<sup>a</sup> Juíza proferiu a decisão ora impugnada:

**“Vistos.**

**Fls. 1028/1032. Ciente.**

**Em juízo de retratação, defiro os pedidos constantes dos itens “1” e “3”, consistente em bloqueio de ativos financeiros pelo sistema “Bacenjud” e penhora de bens penhoráveis do executado. Expeça-se o necessário, permanecendo no mais, a decisão tal como lançada.**

**Fls. 1045. Prestei informações em separado.**

**Fls. 1047/1048. Defiro. Expeça-se Carta de Adjudicação como requerido.**

**Diz o art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil: “Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:**

**(...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.**

**O dispositivo legal mencionado trouxe para a execução pecuniária possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973. A lei anterior, em seus arts. 461, § 5º e 461-A, § 3º, do CPC/1973, previa possibilidade de medidas específicas para garantir o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (tutela específica). Buscava, assim, a lei, garantir a efetivação da ordem judicial, com obtenção do resultado prático equivalente. Todavia, essa possibilidade não existia para a execução pecuniária.**

**A novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no artigo supra citado amplia os poderes do Juízo, buscando dar efetividade a medida, garantindo o resultado buscado pelo exequente. Assim, a lei estabelece que compete ao Juízo, na qualidade de presidente do processo, 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.*

*Dessa forma, a nova lei processual civil adotou o padrão da atipicidade das medidas executivas também para as obrigações de pagar, ampliando as possibilidades do Juízo na condução do processo, para alcançar o resultado objetivado na ação executiva.*

*Tais medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito ao exequente. Ora, não se pode admitir que um devedor utilize de subterfúgios ilícitos para esconder seu patrimônio e frustrar os seus credores.*

*A gama de possibilidades que surgem, a fim de garantir a efetividade da execução, são inúmeras, podendo garantir que execuções não se protelem no tempo, nem que os devedores usem do próprio processo para evitar o pagamento da dívida.*

*O Enunciado nº 48 do ENFAM analisa expressamente a possibilidade de imposição de medidas coercitivas para a efetivação da execução pecuniária. Diz o referido enunciado:*

*“O art. 139, inciso IV, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos”.*

*Ainda a respeito disso, ensina Cássio Scarpinella Bueno:*

*“Trata-se de regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro ‘dever-poder geral executivo’, portanto. Aceita essa proposta que, em última análise, propõe a adoção de um modelo atípico de atos executivos, ao lado da tipificação feita pelos arts. 513 a 538, que disciplinam o cumprimento de sentença, e ao longo de todo o Livro II da Parte Especial, voltado ao processo de execução, será correto ao magistrado flexibilizar as regras previstas naqueles dispositivos codificados consoante se verifiquem insuficientes para a efetivação da tutela jurisdicional. Chama a atenção neste inciso IV do art. 139, ademais, a expressa referência às ‘ações que tenham por objeto prestação pecuniária’, que convida o intérprete a abandonar (de vez, e com mais de dez anos de atraso) o modelo ‘condenação/execução’, que, até o advento da Lei n. 11.232/2005, caracterizou o modelo executivo do CPC de 1973 para aquelas prestações e suas consequentes ‘obrigações de pagar quantia’. Até porque, com relação às demais modalidades obrigacionais, de fazer, não fazer e de*

**entrega de coisa, esta atipicidade já é conhecida pelo direito processual civil brasileiro desde o início da década de 1990. Primeiro com o art. 84 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor) e depois, de forma generalizada, pela introdução do art. 461 no CPC de 1973 pela Lei n. 8.952/1994” (in Manual de direito processual civil, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165).**

**Vale lembrar que Olavo de Oliveira Neto já defendia que seria possível ao Juízo estabelecer algumas formas de restrições na esfera de direitos do devedor,**

**“como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores. () Ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor, e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito. () nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos. Nesta hipótese, porém, inverte-se o ônus da prova no processo (...)” (Novas perspectivas da execução civil Cumprimento da sentença. In. SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção coords. Execução no processo civil: novidades & tendências. São Paulo: Método, 2005, p. 197).**

**Alexandre Freitas Câmara, Desembargador do TJ-RJ, comentando o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, cita outros exemplos:**

**“pense-se em uma pessoa jurídica que, não tendo cumprido decisão judicial que reconheceu uma obrigação pecuniária, seja proibida de participar de licitações até que a dívida esteja quitada. Ou no caso de alguém que, tendo sido condenado a pagar uma indenização por danos resultantes de um acidente de trânsito, seja proibido de conduzir veículos automotores até que pague sua dívida” (Endereço eletrônico constante do texto original).**

**O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.**

**Isso porque o processo tramita há bastante tempo sem que qualquer valor substancial tenha sido pago à parte exequente. Todas as medidas executivas usuais foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta factível de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando, assim, a execução. Além disso, no caso dos autos o devedor indicou um carro para penhora, contudo, já foram tomadas todas as medidas possíveis para que o demandado traga este veículo aos autos para que possa ser penhorado e crédito satisfeito, contudo, como de praxe, este se mantém inerte sem nada fazer para que seu débito seja adimplido, o que demonstra que não tem intenção nenhuma de quitar a sua dívida.**

**Destaca-se, ainda, que no caso dos autos estávamos diante de um débito originando de uma ação civil pública, ou seja, o valor que o devedor tenta de todas as maneiras evitar de pagar é dinheiro público**

**Considerando que a execução tramita há tempo juridicamente relevante, e tendo em vista que a parte devedora não demonstrou qualquer intenção real de quitar o débito, diante da necessidade de imprimir efetividade à prestação jurisdicional, notadamente em sede de demanda satisfativa, e, considerando os poderes conferidos ao Magistrado pelo artigo 139, IV, do NCPC, segundo o qual incumbe ao Juízo “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”,**

**Ante o exposto, à luz do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, a fim de imprimir efetividade à tutela jurisdicional e à guisa de adotar mecanismos eficazes para coarctar o devedor a quitar o débito, considerando que o executado está camuflando seu patrimônio para safar-se dos atos executivos, e tendo em vista que até o momento não demonstrou a menor intenção em quitar o débito, suspendo a Carteira Nacional de Habilitação da parte executada, proibindo-a de dirigir veículos automotores, até integral satisfação do débito, oficiando-se, para tal fim, à Ciretran.**

**Assim, cabível a expedição de ofício à Ciretran para suspensão do direito de dirigir até a total quitação da dívida executada nestes autos, com fulcro no artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual o magistrado pode 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.**

**Pelo exposto, defiro o requerimento articulado nos autos e, em consequência, determino a expedição de ofício à Ciretran para suspensão de sua CNH (suspensão do direito de dirigir) do executado (Messias Ferreira Mendes), proibindo-o de dirigir, até integral quitação do débito executado nestes autos, visto que não demonstrou qualquer intenção de quitar o débito.**

**Intime-se o executado desta determinação.**

**Int.”**

A r. decisão encontra-se devidamente fundamentada, e não merece reforma.

A respeito do disposto no artigo 139, inciso IV, do CPC lecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: **“IV: 7. Medidas para efetivação das decisões judiciais. A direção do processo implica o exercício de poder e de autoridade sobre as partes, os intervenientes e os auxiliares da Justiça, no processo. O governo dessas relações dá-se durante os atos procedimentais, com a emissão de ordens e a regência e controle do que se passa no processo. Para tanto, o texto normativo no-lo**

**diz, pode o juiz exercer o poder procedendo por raciocínio indutivo, obrigar as partes e os sujeitos da relação processual aos comandos que irradiam de sua autoridade, mesmo que esteja provisoriamente no exercício do poder, por ter assumido o lugar de outra autoridade de igual poder. O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto.”** (“Código de Processo Civil Comentado”, 16ª edição, São Paulo, RT, 2016, págs. 635/636).

A pretensão na qual insiste o Ministério Público neste recurso (apreensão do passaporte do executado e cancelamento de seus cartões de crédito) na verdade não atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, traduzindo-se em meios coercitivos e desnecessários à satisfação do débito. Não se trata de medidas que guardem alguma vinculação com a origem do débito, e tampouco que se prestem razoavelmente ao objetivo colimado, o recebimento do valor a que foi o agravado condenado.

Não prospera a pretensão, valendo a propósito reproduzir excerto de esclarecedor precedente desta 11ª Câmara de Direito Público, a propósito do tema, adotando-o adicionalmente à guisa de “ratio decidendi”:

**“Em fase de cumprimento do julgado, o Ministério Público pleiteou a apreensão da carteira de habilitação, passaporte e cartões de crédito do devedor, pois apesar das diversas diligências, nada foi localizado para garantir a execução, com base no art. 139, IV, do Cód. Proc. Civil (fls. 124/128).**

**Sobreveio r. decisão de indeferimento do pleito, motivo pelo qual recorre o demandante Ministério Público do Estado de São Paulo, na busca de inverter o decidido (fls. 129/130 e 01/13).**

(...)

**Com efeito, expressa o art. 139, IV, do Cód. Proc. Civil:**

**Artigo 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.**

**Não obstante, merece mantida a r. decisão recorrida.**

**Dispõe o art. 8º, do mesmo codex:**

**Art. 8º. ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.**

**Outrossim, determina o art. 805, do novo Cód. Proc. Civil, quando por vários meios puder o exequente promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.**

**Assim, extrai-se da interpretação lógica dos textos legais a**

**incoerência na efetivação das medidas, pois inócuas e com o escopo somente de punir e constranger o devedor.**

**Desnecessária se afigura a apreensão da carteira de habilitação, passaporte e cartões de crédito do devedor, medidas, de fato, abusivas para o pagamento da dívida, a qual prescinde de instrumentos outros à sua exação, mormente por disponibilizar-se ao exequente a via judicial de cobrança.**

**Nesse sentido vv. julgados deste E. Tribunal:**

**“Agravado de Instrumento Ação de prestação de contas Fase de cumprimento de sentença Decisão do juízo a quo que indeferiu o pedido do credor, no sentido de determinar a apreensão do passaporte e CNH do devedor, além de bloquear eventuais cartões de crédito Manutenção O artigo 139, IV, NCCPC deve ser interpretado em conjunto com os artigos 8º e 805, NCCPC A finalidade do processo de execução é excussão de bens do devedor para pagamento ao credor, e não a punição pessoal do inadimplente Como se não bastasse, as medidas requeridas afiguram-se inócuas em relação ao resultado da execução. Com efeito, além de abusivas não interferem diretamente no resultado da demanda. De fato, a apreensão da CNH ou passaporte, não altera a circunstância de inexistência de bens em nome do devedor. Recurso desprovido”. (AI nº 2209970-50.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, rel. DES. NETO BARBOSA FERREIRA, j. 15.02.2017).**

**“Agravado de Instrumento Ação de indenização em fase de cumprimento de sentença Decisão que indeferiu pedido visando a penhora de parte do salário do agravado, bem como apreensão do passaporte, suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e cancelamento de cartões de crédito Descabimento destas medidas Verba salarial - Impenhorabilidade configurada, nos termos do art. 833, inciso IV do Novo CPC (art. 649, inciso IV, do CPC/73) Demais medidas coercitivas que ultrapassam os limites da proporcionalidade e razoabilidade Indeferimento que merece ser mantido Recurso improvido.”. (AI nº 2233488-69.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, rel. DES. THIAGO DE SIQUEIRA, j. 13.02.2017).**

**O caso é, assim, de não provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, em relação a ação dirigida a Romeu José Bolfarini e outros (proc. n.º 0024051-51.2011.8.26.0047 1º Ofício Cível da Comarca de Assis, SP), mantida a r. decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos.”. (Agravado de Instrumento nº 20522414-48.2017.8.26.0000, j. 3.10.2017, Rel. o Des. JARBAS GOMES).**

**E ainda: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 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.”** (8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2094301-12.2017.8.26.0000, j. 4.9.2017, Rel. o Des. BANDEIRA LINS).

Mantém-se, portanto, a solução adotada em primeiro grau.

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.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019820-78.2017.8.26.0000, da Comarca de Penápolis, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MAURO LEITE LEOCÁDIO, COSME BISPO NUNES e MARCOS BONO MACHADO.

**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 15.584)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. DESCABIMENTO.**

**Hipótese em que houve condenação à reparação de dano em razão de ato ilícito, decorrente de ato de improbidade administrativa, em que é perfeitamente**



possível a penhora. Art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8009/90 que permite a penhora do imóvel onde reside o devedor, quando necessário à indenização de danos decorrentes da prática de ilícito, relevando notar que a condição de bem de família não exclui a indisponibilidade, pois ambas visam preservar a inalienabilidade, embora com finalidades distintas.

**PENHORA SOBRE DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE – Cabimento.** Hipótese em que é possível a penhora sobre os direitos do devedor fiduciante provenientes de contrato de financiamento de veículo.

**Agravo de instrumento provido.**

## VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público em face da decisão lançada nos autos da ação civil pública em fase de cumprimento de sentença que indeferiu pedidos formulados pelo exequente, consistentes em: a) decreto de penhora sobre os direitos do executado Mauro Leite Leocádio decorrentes de contrato de alienação fiduciária sobre os veículos placas BIU-5488 e HHQ-7613; e, b) reconhecimento da divisibilidade do imóvel objeto da matrícula nº 18.280 do CRI de Penápolis, determinando-se o desmembramento do imóvel de extensa área total de 29.498,00m<sup>2</sup>, preservando-se parcela do terreno para moradia do executado Mauro Leite Leocádio e sua família.

Aduz o agravante, em síntese, que a alega da impenhorabilidade sequer poderia ser reconhecida uma vez que se trata de uma das exceções da Lei 8009/90, mais especificamente aquela prevista em seu artigo 3º, inciso VI, argumentando que, ainda que reconhecida a impenhorabilidade do referido bem, por ser bem de família, há que se considerar a possibilidade de seu desmembramento, já que possui área total de 29.498,00m<sup>2</sup> (vinte e nove mil, quatrocentos e noventa e oito metros quadrados).

Já com relação à penhora sobre o bem móvel, assevera o agravante que eventual dificuldade em liquidação futura não é óbice à penhora dos direitos sobre contratos de alienação fiduciária.

Pugna pelo provimento do presente agravo, para: a) decretar a penhora do imóvel objeto da matrícula nº 18.280 do CRI de Penápolis, afastando-se o reconhecimento de sua impenhorabilidade; b) subsidiariamente, reconhecer a divisibilidade do imóvel objeto da matrícula nº 18.280 do CRI de Penápolis, determinando-se a penhora parcial da extensa área total de 29.498,00 m<sup>2</sup>,



preservando-se parcela do terreno para moradia do executado Mauro Leite Leocádio e sua família e c) decretar a penhora sobre os direitos do executado Mauro Leite Leocádio decorrentes de contrato de alienação fiduciária sobre os veículos placas BIU-5488 e HHQ-7613;

Processados (fls. 429/430), o recurso foi respondido (fls. 434/443), com preliminar de intempestividade. A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 447/453). Sobre a preliminar suscitada pelos agravados, foi facultada a manifestação do agravante (fls. 454), quedando-se inerte (cf. certidão fls. 458).

### **É o relatório.**

Fundamento e voto.

De início, afasto a preliminar de intempestividade suscitada pelo agravado.

Com efeito, o prazo para a interposição do recurso conta-se da data em que o Ministério Público é intimado da decisão (Art. 1.003, *caput* do Código de Processo Civil).

Na hipótese dos autos, a intimação se deu em 17/01/2017 (cf. fls. 408), e não em 17/10/2016, consoante sustentado pelo agravado. Isto porque, o órgão ministerial goza da prerrogativa de intimação pessoal (CPC, art. 180).

Não obstante, consoante salientado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, na ocasião da intimação do representante do Ministério Público, os prazos processuais estavam suspensos, por força do disposto no artigo 220 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, o termo inicial para a contagem do prazo recursal foi 21/01/2017, sendo, pois, tempestiva a interposição deste agravo em 09/02/2017, considerando-se, ainda, para tanto, a regra do artigo 219 do diploma legal processual.

No mérito, o presente recurso comporta provimento.

Com efeito, o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8009/90 permite a penhora do imóvel onde reside o devedor, quando necessário à indenização de danos decorrentes da prática de ilícito, como os de improbidade.

No caso dos autos, houve condenação à reparação de dano em razão de ato ilícito, decorrente de ato de improbidade administrativa. Logo, perfeitamente possível a penhora conforme já reconhecido em vários precedentes deste Tribunal de Justiça.

Confira-se, a propósito:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL DO DEVEDOR. BEM DE FAMÍLIA. PROVA. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DO DEVEDOR. INOCORRÊNCIA.**

**CONSTRIÇÃO. CABIMENTO. EXEGESE DO ART. 3º, VI, DA LEI 8009/90, QUANDO SE CUIDA DE RESSARCIMENTO POR ATO DE IMPROBIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PENHORA. CONFIRMAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO”.**

*(TJSP, 0015484-41.2012.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Amorim Cantuária, V.U, j. 7 de agosto de 2012.*

*“o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8009/90 permite a penhora do imóvel onde reside o devedor, quando necessário à indenização de danos decorrentes da prática de ilícito, como os de improbidade. Execução, assim, que deve prosseguir”.*

*(Agravo de instrumento nº 0074851-30.2011.8.26.0000 Rel. Des. URBANO RUIZ 10ª Câmara de Direito Público J. 13/06/2011).*

Ademais, não há confundir impenhorabilidade com indisponibilidade. A condição de bem de família não exclui a indisponibilidade, pois ambas visam preservar a inalienabilidade do bem, embora com finalidades distintas. Enquanto aquela tutela o interesse da unidade familiar, esta visa assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário.

Nesse sentido tem se pronunciado a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça ao admitir a indisponibilidade dos bens de família, proclamando que o instrumento preventivo não se reveste de caráter expropriatório, pois representa mera cautela, necessária para manter a higidez patrimonial, necessária para assegurar o resultado final da ação civil pública por improbidade, consoante se infere do seguinte jugado:

**“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. BEM DE FAMÍLIA. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. A indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa (art. 7º e parágrafo único da Lei 8429/92) tem como escopo o ressarcimento ao erário pelo dano causado ao erário ou pelo ilícito enriquecimento. 2 . A ratio essendi do instituto indica que o mesmo é preparatório da responsabilidade patrimonial, que representa, em essência, a afetação de todos os bens presentes e futuros do agente ímprobo para com o ressarcimento previsto na lei. 3. É o que o art. 7º da Lei 8429/92 é textual quanto à essa autorização; verbis: “Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.” 4. Deveras, a indisponibilidade sub examine atinge o bem de família quer por força da mens legis do inciso VI do art. 3º da Lei de Improbidade, quer pelo fato de que torna indisponível o bem; não significa expropriá-lo, o que conspira em prol dos propósitos da Lei**

8.009/90. 5. *A fortiori*, o eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação, mormente porque a Lei nº 8.009/90 visa a resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar. No caso, o perigo de alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso seja julgado procedente o pedido formulado contra o agravante na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário.

6. Sob esse enfoque, a hodierna jurisprudência desta Corte direciona-se no sentido da possibilidade de que a decretação de indisponibilidade de bens, em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa, recaia sobre os bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Precedentes: REsp 839936/PR, DJ 01.08.2007; REsp 781431/BA, DJ 14.12.2006; AgMC 11.139/SP, DJ de 27.03.06 e REsp 401.536/MG, DJ de 06.02.06. 7. A manifesta ausência do *fumus boni iuris* agregada ao *periculum in mora* inverso recomendam o desacolhimento do pleito. 8. Recurso especial desprovido.” (REsp nº 806.301-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11/12/07, DJ e 03/03/08).

Na hipótese dos autos, ante a grande área do imóvel, permite-se a sua cômoda divisibilidade, o que é admitido consoante jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

**“BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. MITIGAÇÃO. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE.** A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial”

(STJ, REsp 968907, Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 05/08/2011).

**“PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA - BEM DE FAMÍLIA. PISCINA LOCALIZADA EM IMÓVEL CONTÍGUO - PENHORABILIDADE.** I - Se a residência do devedor abrange vários lotes contíguos e alguns destes suportam apenas acessões voluptuárias (piscina e churrasqueira) é possível fazer com que a penhora incida sobre tais imóveis, resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial. II - Imóveis distintos, ainda que contíguos, podem ser desmembrados, para que se faça a penhora. III - Interpretação teleológica da Lei 8.009/90, Art. 2º, parágrafo único, para evitar que o devedor contumaz se locuplete e utilize o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado” (Superior Tribunal de Justiça: 3ª T., REsp 624.355, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.5.2007). **“EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. LEI Nº 8.009/90, BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. QUATRO IMÓVEIS CONTÍGUOS. MATRÍCULAS DIFERENTES.**

*POSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO. Pelas peculiaridades da espécie, preservada a parte principal da residência em terreno com área superior a 2.200 m<sup>2</sup> com piscina, churrasqueira, gramados, não viola a Lei nº 8.009/90 a decisão que permite a divisão da propriedade e a penhora sobre as áreas sobejantes. Recurso especial não conhecido” (Resp nº 139.010/SP, Relator Ministro César Asfor Rocha, j. 21.2.2002).*

Por seu turno, no que diz respeito ao decreto de penhora sobre os direitos do executado Mauro Leite Leocádio decorrentes de contrato de alienação fiduciária sobre os veículos placas BIU-5488 e HHQ-7613, saliente-se que o bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Contudo, nada obsta que os direitos do devedor fiduciante sejam constrictos, nos termos do artigo 835, inciso XII, do Código de Processo Civil, in verbis:

*Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:*

*XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia.*

Com efeito, o devedor fiduciante tem expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, razão pela qual é possível a constrição dos direitos do devedor.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento. Entretanto é possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no respectivo contrato. Precedentes. 2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora, nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de “direitos e ações”. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06). 3. Recurso especial provido. (REsp 910.207/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª T., j. de 09/10/2007, DJ 25/10/2007)*

Assim, nada obsta que o ato constrictivo atinja os direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Havendo a expectativa do devedor fiduciante em consolidar propriedade do bem objeto de contrato de alienação fiduciária, aplica-se a norma contida no art. 789 do NCPC:

*“O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para*

*o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.*

Por tais motivos, a r. decisão agravada comporta reforma, para acolher o pedido subsidiário do agravante e reconhecer a divisibilidade do imóvel objeto da matrícula nº 18.280 do CRI de Penápolis, determinando-se a penhora parcial da extensa área total de 29.498,00m<sup>2</sup>, preservando-se parcela do terreno para moradia do executado Mauro Leite Leocádio e sua família, bem como para decretar a penhora sobre os direitos do executado Mauro Leite Leocádio decorrentes de contrato de alienação fiduciária sobre os veículos placas BIU-5488 e HHQ-7613.

Nestes termos, dou provimento ao presente recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2257646-28.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DEPARTAMENTO DE ESTRADA DE RODAGEM, são agravados TEREZA DOS SANTOS TEIXEIRA, IZAURA TEIXEIRA DA COSTA, ARNALDO AUGUSTO COSTA, PAULO TEIXEIRA, HELENA TEIXEIRA VIEIRA, HENRIQUE VIEIRA e LUIZ TEIXEIRA LUIZ.

**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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.657)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES e SOUZA NERY.

São Paulo, 17 de novembro de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

**Ementa: DESAPROPRIAÇÃO. Determinação para depósito de diferença relativa à área encravada. Existência de nota técnica indicando relocação do acesso viário para permitir chegada ao terreno, na parte maior, remanescente da desapropriação. Determinação que cumpre afastar. Honorários do perito fixados em cinquenta e quatro mil reais. Elementos apresentados pelo agravante indicam que o valor excessivo, sendo reduzindo para vinte mil**

**reais. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão, proferida em 29 de outubro de 2015, pelo eminente juiz, Doutor José Roberto Leme Alves de Oliveira, em processo de desapropriação, que arbitrou honorários do perito em cinquenta e quatro mil reais e condicionou a imissão provisória na posse ao depósito da diferença de avaliação relativa à área encravada, de R\$ 6.557.812,00 (fls. 257/260).

Diz o agravante não caber incluir na avaliação área encravada porque haverá relocação do acesso viário hoje existente para manter a acessibilidade primitiva da porção aos fundos do imóvel, e ser demasiada a estimativa de honorários pelo perito, com base apenas no valor do imóvel, considerando que o terreno está na própria comarca, em local de fácil acesso e sem ocupantes, sendo que as tabelas de mercado apresentam valor da hora do engenheiro entre R\$ 185,58 e R\$ 300,00.

Foi concedida antecipação da tutela recursal para imissão provisória na posse sem o depósito da diferença relativa à área encravada e para reduzir o valor dos honorários do perito para dez mil reais (fls. 405).

Após diversas tentativas de intimação pessoal dos agravados, foi feita por edital (fls. 495).

Recurso não respondido (fls. 497).

É o relatório.

Cuida-se processo de desapropriação para implantação de trecho norte do Rodoanel, em imóvel desocupado, situado na Estrada Dona Ana Diniz – Jardim Palmira – Guarulhos, parte de 14.240,27m<sup>2</sup> de um terreno com área total de 22.400,00m<sup>2</sup>, com oferta de R\$ 12.701.000,00, baseada em junho de 2014.

Avaliação administrativa da autora indicando tratar-se de terreno de formato irregular, superfície seca, topografia plana, região com infraestrutura completa de serviços, bairro de caráter misto, comercial e residencial, tendo por benfeitorias um muro e uma cerca (fls. 61).

Apresentado o laudo provisório, o perito estimou seus honorários em R\$ 76.142,00, proporcional ao valor estimado para o imóvel, de R\$ 17.620.011,00 considerando a área encravada (fls. 148/186 e 189).

Nota técnica emitida por engenheiros da DERSA indicam a relocação do acesso, conforme projeto específico, mantendo o acesso à área remanescente (fls. 206).

Em tais condições, cumpre dispensar o depósito do valor relativo à área remanescente, por constar que não ficará encravada, de modo que o valor da

oferta, que já foi depositado, cobre o valor estimado para a parte do imóvel que será desapropriada, sem o remanescente.

Quanto ao valor dos honorários periciais, não pode ser diretamente proporcional ao da avaliação, devendo ser definido segundo o número de horas técnicas estimadas para o trabalho e o valor de mercado dessas horas técnicas.

Esse valor é estimado em R\$ 185,58, para engenheiro sênior, pela tabela da Secretaria Estadual de Logística e Transporte e em R\$ 300,00 pela tabela do IBAPE, sem indicação de maior complexidade do trabalho, com imóvel em área urbana e de fácil acesso e terreno razoavelmente uniforme.

Sem indicação do número de horas trabalhadas pelo perito, ratifica-se o valor de dez mil reais da liminar, que corresponde a quarenta e uma horas técnicas, pelo valor médio das tabelas da Secretaria Estadual de Logística e Transporte e do IBAPE.

Na forma do exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso para assegurar a imissão provisória do expropriante na posse sem o depósito da diferença relativa à área encravada e para reduzir o valor dos honorários do perito para dez mil reais.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139872-06.2017.8.26.0000, da Comarca de Piratininga, em que é agravante MUNICÍPIO DE PIRATININGA, é agravado ANTONIO VENÂNCIO.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Afastaram as preliminares arguidas e negaram provimento ao agravo. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

**Ementa: DIREITO PÚBLICO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO OBJETIVANDO**



**RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS DE U.R.V. – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DECISÃO QUE DETERMINOU APOSTILAMENTO – INSURGÊNCIA DA MUNICIPALIDADE.**

**PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – Não se confunde fundamentação concisa com falta de fundamentação – Decisão que reportou com suficiência aos elementos de convicção que a embasam – Nulidade inexistente – Preliminar afastada.**

**PRELIMINAR DE NULIDADE POR ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO INADEQUADO – ALEGAÇÃO DE QUE DEVERIA SER APLICADO O DISPOSTO NO ARTIGO 730 DO C.P.C./73 – INADMISSIBILIDADE – Instaurada preambularmente execução de obrigação de fazer para o apostilamento, o procedimento previsto no artigo 730 do C.P.C./73 sequer se iniciou, justamente pela recalcitrância da agravante em apresentar planilha dos valores respectivos – Preliminar afastada.**

**MÉRITO – ÍNDICE DA U.R.V. NÃO DEFINIDO NA SENTENÇA – Conquanto não tenha sido definido na sentença, o índice a ser aplicado, foi estabelecido no curso da fase de cumprimento, conforme indicação da própria agravante, com o qual concordou expressamente o agravado.**

**MÉRITO – VEDAÇÃO AO PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E VENCIMENTOS DE CARGO PÚBLICO SIMULTANEAMENTE – Questão não cogitada nos autos – Determinação de apostilamento das diferenças a partir da data em que devidas, as quais deverão refletir nos proventos da aposentadoria, como de rigor.**

**Afastadas preliminares de nulidade e agravo desprovido.**

## **VOTO**

Vistos

### **1. RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação objetivando recebimento de diferenças de U.R.V. na fase de cumprimento de sentença, contra a r. decisão que determinou o cumprimento de obrigação de fazer sob pena de multa diária, proferida nos termos seguintes:

*“Vistos.*

*O autor manifesta pelo desinteresse na audiência de conciliação, motivo pelo qual, para que não ocupe pauta de forma desnecessária, deixo de designá-la.*

*Com o intuito em não cumprir o comando judicial, a Fazenda Pública Municipal tenta rediscutir matérias que estão superadas há muito neste caderno processual.*

*Como dito em outras demandas, o momento é de cumprir e não de discutir.*

*Tenta mais uma vez, distorcer o comando expresso no título executivo, buscando dessa forma, violar a coisa julgada.*

*Ficam, pois repelidas todas as matérias agora arguidas pela Fazenda Municipal de Piratininga.*

*E, como oportunidade derradeira, determino:*

*I. O apostilamento correto e imediato nos vencimentos da parte autora;*

*II. A aplicação do percentual já anteriormente determinado, também de forma imediata, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 3.000,00;*

*III. Apresentação dos valores pretéritos nos autos, de maneira singela, mês a mês, respeitada a prescrição quinquenal, no prazo de 5 dias, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 3.000,00.*

*Consigno que a negativa de obediência à decisão judicial configura, em tese, crime de responsabilidade previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei número 201/67, e, a parte autora insiste em requerer que seja oficiado o Ministério Público para tal apuração.*

*Aclaro que em novo descumprimento do aqui fixado, desde já, fica **DEFERIDO** a expedição de ofício ao órgão do Ministério Público como postulado.*

*Encaminhe para publicação no DJE.*

*Intime-se.” (fls.173).*

Embargos declaratórios opostos pela ora agravante foram rejeitados (fls. 188).

Em suas razões (fls.01/23), a agravante arguiu preliminares de nulidade, aduzindo que:

a) a decisão agravada seria nula por falta de fundamentação;

b) o procedimento executivo seria nulo, pois teria sido adotado o disposto pelo artigo 475-J do C.P.C./73, quando deveria ter se pautado pelos artigos 730 e 731 do mesmo diploma legal (atuais artigos 534 e 535 do N.C.P.C.);

E, no mérito, sustentou que:

a) não estaria definido em sentença o índice para os cálculos das diferença de U.R.V., o que deveria ter sido enfrentado pelo juízo da execução;

b) tendo o agravado se aposentado, inviável seria o apostilamento ante a vedação constitucional de recebimento simultâneo de proventos de aposentadoria e vencimentos de cargo público (artigo 37, § 10º, da C.F.).

Indeferido efeito suspensivo ao recurso (fls. 557), o agravado não apresentou contraminuta (fls. 560).

**É o relatório.**

## **2. FUNDAMENTOS**

Não prospera preliminar de nulidade por suposta falta de fundamentação.

Com efeito, não se confunde fundamentação concisa com falta de fundamentação e a r. decisão vergastada, não tão concisa assim, analisou com precisão as questões arguidas pela agravante, deixando claro que “*Com o intuito em não cumprir o comando judicial, a Fazenda Pública Municipal tenta rediscutir matérias que estão superadas há muito*” e que “*Tenta mais uma vez, distorcer o comando expresso no título executivo, buscando dessa forma, violar a coisa julgada*” (fls.173), pelo que não seria de molde repetir inutilmente fundamentos anteriormente expendidos nos autos em ocioso formalismo.

Sobre o tema, confira-se um dentre vários precedentes do E. S.T.J.:

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1. Discute-se a alegada ausência ou deficiência na fundamentação da decisão que recebeu a ação de improbidade administrativa interposta contra os agravantes. 2. O Tribunal de origem não pecou na fundamentação do acórdão vergastado, decidindo a matéria valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 3. Nos termos do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei n. 8.429/92, a defesa preliminar é o momento oportuno para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade administrativa, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. 4. Existindo indícios de atos de improbidade, nos termos dos dispositivos da Lei n. 8.429/92, sendo procedente a ação e adequada a via eleita, cabe ao juiz receber a inicial e dar prosseguimento ao feito. 5. Hipótese em que a fundamentação, embora breve e sucinta,*

*guarda pertinência no que se lhe exige nesta fase preliminar: Agravo regimental improvido.”* (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 19.841 - SP (2011/0079840-8), RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS, j. em 11/10/2011).

Deste modo, inexistente nulidade, afasta-se a preliminar arguida.

No que toca à alegada nulidade por adoção de procedimento inadequado, observe-se que o agravante está a confundir execução de obrigação de fazer para o apostilamento (414 e 421), com a execução por quantia certa para pagamento dos valores em atraso (artigo 730 do C.P.C./73), **a qual sequer se iniciou ainda**, notadamente em razão da recalcitrância da agravante em fornecer os dados indispensáveis para tanto, conforme anteriormente determinado pelo juízo (fls. 379, fls. 385, fls.411 e fls. 413).

Relativamente ao índice de diferenças de U.R.V., este foi inequivocamente definido no curso da fase executiva, aliás, na conformidade da indicação feita pela própria agravante (fls.392/398), tendo o agravado concordado expressamente (fls. 408/412), de modo que a insistente tentativa de rediscussão dessa matéria tangencia a má-fé processual.

Por fim, verifica-se que em nenhum momento houve determinação de pagamento simultâneo de proventos da aposentadoria e de vencimentos de cargo público, mas, sim, a que se efetive o devido apostilamento das diferenças a partir da data em que devidas, para que tais acréscimos reflitam como de rigor, nos valores da aposentadoria.

É dever da agravante – e não ônus do agravado, como sugere nas razões recursais – comunicar administrativamente ao órgão previdenciário essa alteração com a celeridade que o caso requer, mesmo porque ao ajuizar a ação, o autor ainda estava na ativa, e somente apresenta agora a condição de aposentado devido à demora na entrega da prestação jurisdicional que, na hipótese, se deve em grande parte à injustificável resistência da agravante ao esmorecimento do julgado.

Assiste razão ao d. juízo *a quo* ao repisar que o momento é de cumprir e não de discutir, acrescentando-se que, embora compreensível aferrenhe-se a municipalidade na defesa do erário, no caso, sobreleva o princípio da legalidade ao qual está jungida, visto estarem presentes todos os requisitos para a pronta materialização do direito reconhecido pela sentença transitada em julgado.

Isto posto, mantém-se a r. decisão objurgada, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

### **3. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, pelo meu voto, afasto as preliminares arguidas e nego provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2182075-80.2017.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante CDHU COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

ERBETTA FILHO, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e Taxa de Serviços Urbanos – Município de Santana de Parnaíba – Exercícios de 2011 a 2014 – Hipótese de área alienada por doação pelo Município de Santana de Parnaíba em favor da CDHU para implantação de projeto habitacional, nos termos do art. 2º da Lei nº 2.218/2000 – Admissibilidade, diante disso, da concessão da isenção, à luz do que estatuem as Leis Municipais nº 2.155/1999, 2.217/2000 e 2.218/2000 – Ausência, ademais, de imposição de condições para a obtenção do benefício objetivado – Extinção da execução com relação à agravante que se impõe – Recurso provido.**

### VOTO

#### Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal intentada em face da ora recorrente, rejeitou a exceção de pré-executividade. Busca-se com o presente a reforma, nesse sentido expondo a agravante, em resumo: postula o reconhecimento da ilegitimidade passiva por não exercer a posse sobre o bem desde o momento em que foi firmado o contrato de cessão e promessa de compra e venda e outras avenças com o mutuário, como se vê no §4º da cláusula 3º do citado documento, no qual expressamente dispõe acerca da responsabilidade dos

cessionários acerca do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre a unidade habitacional, após o recebimento das chaves, nos termos dos arts; 32 e 34, ambos do CTN; demais disso, o convênio firmado com a Municipalidade de Santana de Parnaíba, através de autorização legislativa (Lei Municipal nº 2.155/1999) teve por escopo a implantação de conjunto habitacional, consignando-se a isenção aos tributos municipais, de forma a fomentar a política habitacional através de incentivo fiscal, por se tratar de sociedade de economia mista, criada mediante prévia autorização da Lei Estadual nº 905/1975, com o fito de atender as necessidades de moradia de famílias de baixa renda; nesse sentido, a lei de isenção é concedida enquanto a unidade habitacional estiver no domínio da CDHU; por outro lado, em razão da prestação de serviço público em regime de monopólio estatal, nos termos do art. 23, inciso IX da CR deve ser observada a garantia constitucional a imunidade tributária, consoante dispõe o art. 150 e ss. da Carta Magna; por fim, a impenhorabilidade da propriedade dos bens da sociedade de economia mista, nos termos do inciso I, do art. 833 do NCPC, por se tratar de imóveis comercializados pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Regularmente processado, com a atribuição de efeito suspensivo, registrando-se resposta.

É o relatório.

Procede a insurgência.

Trata-se de execução fiscal fundada em IPTU e taxa de serviços urbanos, dos exercícios de 2012 a 2015, incidentes sobre o imóvel residencial do Conjunto Habitacional dos trabalhadores, situado no bairro do “Campo da Vila”.

Após a sua citação, a sociedade- agravante manejou exceção de pré-executividade, onde alegou a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, bem como ser detentora de imunidade tributária e beneficiária de isenção fiscal concedida pela exequente, sendo este incidente rejeitado pelo Juízo *a quo*. Daí este agravo.

No que toca à alegação de isenção fiscal, funda-se a pretensão da agravante nas Leis Municipais nº 2.155/1999, 2.217/2000 e 2.218/2000, notadamente a redação do art. 3º da Lei Municipal nº 2.217/2000, segundo o qual *“ficam isentos de tributos municipais os bens imóveis, móveis e os serviços integrantes do empreendimento que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU implantar neste Município, até a comercialização do referido Conjunto Habitacional, devendo após a Municipalidade lançar os referidos impostos em face dos mutuários beneficiados”* (destaques deste Relator).

Destaca a agravante ainda que, na condição de empresa pública criada pela Lei Estadual nº 905/75, atuante no ramo de implantação de programas habitacionais à população de baixa renda, faz jus à isenção do IPTU, incidente

sobre o imóvel de sua propriedade.

E razão lhe assiste.

Segundo se extrai dos elementos coligidos aos autos, ao contrário do que quer fazer crer a agravada em sua contraminuta, os textos municipais acima mencionados, apesar da aparente má técnica utilizada em sua redação, tem a claríssima intenção de conferir uma ampla isenção fiscal à CDHU.

Por outro lado, *data venia* do entendimento do Juízo, o fato de a agravante não possuir o domínio sobre o imóvel tributado não tem o condão de afastar a obtenção deste benefício.

Como se pode observar da redação do art. 3º, *in fine*, da Lei Municipal nº 2.217/2000, este dispositivo expressamente excluiu a CDHU da relação jurídico-tributária do IPTU e de outros tributos municipais, nas situações em que já houve a comercialização do conjunto habitacional, uma vez que, neste caso, o lançamento dos tributos deve ocorrer apenas em face dos mutuários beneficiados, sendo, portanto, irrelevante o fato de a agravante possuir ou não o domínio sobre o bem em discussão.

À vista dessas considerações, a solução que se impunha era o acolhimento da exceção de pré-executividade para se determinar a extinção da presente execução fiscal com relação à sociedade-agravante, nos moldes do art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil.

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 processuais, bem como de honorários advocatícios, estes fixados modicamente em R\$ 1.000,00, nos termos do Art. 85, § 8º do NCPC, sujeitando-se este montante, ainda, à atualização a partir do trânsito em julgado desta decisão. Considerou-se, ainda, para a fixação do referido montante a simplicidade da causa – uma vez que não houve a prática de muitos atos processuais, nem a necessidade de realização de audiências e outros atos instrutórios – e também o fato de a causa não ter exigido muito tempo dos causídicos.

Ante todo o exposto, meu voto, em suma, dá provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104237-61.2017.8.26.0000, da Comarca de Adamantina, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE ADAMANTINA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao



Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

**Ementa: MEIO AMBIENTE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pedido de tutela provisória para que o Município se abstenha de lançar resíduos em seu aterro sanitário, por estar com a capacidade esgotada – Descabimento – Mera imposição de obrigação de não fazer que não assegura a tutela ambiental almejada – Inviável a proibição de disposição de resíduos no aterro sem que exista outro local adequado para tanto – Recurso improvido.**

## VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO** contra respeitável decisão trasladada a fls. 23 que, nos autos da ação civil pública que move contra o **MUNICÍPIO DE ADAMANTINA**, indeferiu a tutela provisória, para que o agravado se abstivesse de lançar resíduos sólidos no aterro sanitário do Município, sob pena de multa diária.

Sustenta, em síntese, que o aterro do Município se encontra com sua capacidade esgotada, tal como constatado em vistoria da Cetesb; no entanto, o local continua em funcionamento, mesmo sem a possibilidade de renovação da licença de operação junto ao referido órgão, dado o seu esgotamento; o plano municipal de gerenciamento de resíduos sólidos, datado de 2012, estipulou o prazo de 2 a 3 anos como tempo de vida útil do aterro, tempo necessário para a aquisição e licenciamento de novo local, o que, entretanto, não ocorreu; o agravado firmou contrato com empresa para o descarte da totalidade dos resíduos produzidos pelo Município, mas parte dos resíduos ainda é destinado ao aterro em questão, sob alegação de falta de recursos financeiros, sendo certo, ainda, que o contrato tem duração de 12 meses e vencimento previsto para 20.06.2017, sem possibilidade de renovação; após o encerramento do contrato, o lixo produzido voltará a ser depositado no aterro de Adamantina, pois não há notícia de novo pregão ou aquisição de área para construção de novo aterro; o

Município obteve superávit de mais de quatro milhões no primeiro trimestre de 2017, não prosperando a alegação de inexistência de recursos para a solução do problema; não cabe ao Ministério Público eleger a forma ou o local de descarte do lixo, sob pena de ingerência na esfera de discricionariedade da administração, podendo, apenas, exigir que o descarte respeite a legislação ambiental, seja de forma terceirizada ou em aterro licenciado pelo próprio Município.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento, e, ao final, pelo provimento recursal, para que seja deferida a tutela de urgência.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo/ativo.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer pelo provimento do recurso (fls. 354/367).

### **É o relatório, passo ao voto.**

Desnecessário desencadear o contraditório, vez que o desfecho recursal não implicará em prejuízo à parte adversa.

Não se afigura plausível a pretensão de mera imposição de obrigação de não fazer, para que o Município simplesmente se abstenha de depositar resíduos sólidos no aterro sanitário municipal.

Não se olvida de que, em ofício enviado ao Ministério Público, o Município informa que o contrato com aterro particular teria termo final previsto para junho de 2017, sem possibilidade de renovação, o que representaria risco de que os resíduos voltassem a ser integralmente lançados no aterro municipal. E, por outro lado, alega que não teria recursos financeiros para aquisição de nova área para implantação de novo aterro municipal, argumentando, ainda, que eventual licenciamento de uma possível nova área teria prazo muito longo, não solucionando a questão imediata da destinação dos resíduos.

Também vale ressaltar que o Município tampouco esclarece a respeito da existência de eventual processo licitatório em andamento, tendo por objeto o transporte de resíduos sólidos para aterro licenciado, sendo certo que o “processo 23/2016 – pregão presencial 14/2016”, referido em ofício (fls. 339), diz respeito ao contrato firmado com a empresa Monte Azul, com termo final em junho de 2017, tal como acima referido.

No entanto, se é certo que cumpre ao Município dar correta destinação aos resíduos sólidos, seja através do licenciamento de novo aterro municipal, dado o esgotamento do atual, seja através da contratação de empresa privada para transporte e deposição dos resíduos em aterro particular, também é certo que, não o tendo feito, a tutela limitada à obrigação de não fazer é inócua, já que, de todo modo, os resíduos continuarão sendo produzidos e, sobre tal circunstância, o ente público não tem controle.

É inviável determinar o encerramento total do atual aterro sem que exista outro local definido para a destinação dos resíduos. A obrigação de não fazer, na

hipótese dos autos, não garante a tutela específica almejada na demanda, ou seu resultado prático equivalente, não se mostrando eficiente para assegurar a tutela do meio ambiente.

Vale anotar, ademais, que, embora o aterro municipal esteja funcionando com a capacidade esgotada, o que inviabiliza a necessária concessão de licença operacional por parte da Cetesb, é certo que o Município regularizou, ao menos, a disposição dos resíduos no local, conforme também apurado, em nova vistoria (fls. 302).

Restou consignado na Informação Técnica emitida naquela oportunidade que caberia ao Município licenciar novo local para a disposição de resíduos ou regularizar a área de transbordo, para onde estaria sendo levada parte dos resíduos, que, por sua vez, seriam posteriormente encaminhados para aterro particular situado em outro município, contratado para tal fim.

Posteriormente, em ofício enviado pelo Município à Cetesb, em 14.03.2017, consta que estaria em andamento o processo de licenciamento ambiental de aterro particular localizado no Município, com previsão de início de operação para Setembro de 2017, asseverando, o ente público, que seria esta a opção mais vantajosa economicamente, já que não teria recursos para sustentar o transporte e transbordo dos resíduos para outro município (fls. 333).

A informação é superveniente aos fatos que ensejaram o inquérito civil, que deu origem à presente demanda, merecendo apuração e o devido acompanhamento.

De todo modo, à primeira vista, pelas razões já expostas, não se afigura plausível a pretensão deduzida em tutela provisória, devendo ser mantida a decisão que a indeferiu.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203754-39.2017.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada CÉLIA REGINA DA SILVA CONTI.

**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 8.361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

BANDEIRA LINS, Relator

**Ementa:AGRAVODEINSTRUMENTO.MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA TEMPORÁRIA. Insurgência contra liminar deferida para ampliar a licença maternidade da impetrante para 180 dias a contar do nascimento do seu filho. Inadmissibilidade. Entendimento sedimentado nesta Colenda Câmara que as decisões relativas à antecipação de tutela são medidas que ficam a critério do juiz, de acordo com o seu livre convencimento. Agravante que não logrou demonstrar a ocorrência de teratologia ou manifesta ilegalidade na decisão atacada. Garantia social que, estipulada na Constituição, não expressa mera garantia individual da gestante, mas a preocupação em proteger institucionalmente a maternidade, o que torna plausível o pedido da autora de que se lhe estenda o benefício. Presentes *fumus boni juris* e *periculum in mora* necessários à concessão da liminar. Agravo desprovido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** da R. Decisão copiada às fls. 23/25 que, no mandado de segurança impetrado por **Celia Regina da Silva Conti**, deferiu liminar para ampliar a licença maternidade da impetrante para 180 dias a contar do nascimento do seu filho.

Assevera a agravante a impossibilidade de concessão de medida liminar que implique extensão de vantagens a servidores públicos (artigo 7º § 2º, da Lei 12.016/2009); e afirma que decisão não tem amparo legal, pois inaplicável o art. 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei nº 10.261/68) aos servidores temporários admitidos com base na Lei Complementar Estadual nº 1.093/09, a qual rege a contratação da impetrante e prevê expressamente que os servidores temporários são vinculados ao Regime Geral da Previdência Social, em conformidade com o art. 40, §13 da Constituição, tornando aplicável o disposto no art. 71 da Lei Federal 8.213/91, que prevê a possibilidade de concessão de licença pelo prazo de cento e vinte dias, razão pela qual não há direito líquido e certo a ser resguardado.

Nestes termos, alvitra a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, e ao

cabo, a reforma integral da decisão (fls. 01/14).

Indeferido o efeito almejado (fls. 18/19), sobreveio contraminuta às fls. 22/32.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 33).

### **É o relatório.**

É entendimento sedimentado nesta Colenda Câmara que as decisões relativas à antecipação de tutela são medidas que ficam a critério do juiz, de acordo com o seu livre convencimento; restrito o cabimento de controle revisional apenas se teratológica ou de manifesta ilegalidade, vícios que não se fazem presentes em exame prefacial.

O raciocínio a partir do qual o Juízo *a quo* deferiu o pedido liminar não é lacunoso e nem se funda em premissas genéricas ou que pudessem de plano ser invalidadas:

*“...A liminar deve ser deferida.*

*Em sede de cognição sumária, verifica-se que a autora exerce a função de professora perante à Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. Por conseguinte, em tese, tem os mesmos direitos de todos os servidores, independente da categoria da contratação.*

*Trata-se de hipótese de respeito ao princípio da isonomia em que servidores públicos, na mesma situação, recebem tratamento diferenciado.*

*Por outro lado, o risco de dano irreparável e de difícil reparação é evidente, na medida em que a autora pode sofrer sanções administrativas se acatar o ato impugnado. De rigor, portanto, o deferimento da liminar.*

*Nesse sentido:*

*“Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Professora. Contrato temporário, celebrado sob a égide da Lei 1.093/09. Liminar. Pretensão à concessão de licença gestante pelo período de cento e oitenta dias, previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo. Possibilidade. Hipótese dos autos que não se insere dentre as vedações elencadas no art. 7º, §2º, da Lei 12.016/09. Constituição que não estipula diferenciação entre servidores temporários e ocupantes de cargo definitivo no que concerne aos direitos sociais. Direitos previstos no art. 39, §3º, da Carta que devem ser estendidos aos temporários. Precedentes do STF. Presença dos requisitos legais a ensejar a concessão da medida. Decisão mantida. Recurso improvido” (TJSP – AI nº 2109278-14.2014.8.26.0000 – 10ª Câm. Dir. Pub. – rel. Des. Marcelo Semer – j. 28.07.2014).*

*Ante o exposto, DEFIRO a liminar pretendida para ampliar a licença maternidade da impetrante para 180 dias a contar do nascimento do seu filho.*

De outra parte, está-se diante da inderrogável garantia social que, estipulada na Constituição, não expressa mera garantia individual da gestante, mas a preocupação em proteger institucionalmente **a maternidade**, o que torna plausível o pedido da autora de que se lhe estenda o benefício.

Não se fazendo ausente o *fumus boni juris*, o *periculum in mora* se evidencia na premente necessidade de cuidados a serem dispensados ao recém-nascido, aos quais, claramente, não haveria como negar a imediata efetivação, sob pena de frustrar a entrega do provimento jurisdicional e impor risco ao resultado útil do processo.

Assim, mantém-se a r. decisão objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isto posto, **nego provimento** ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222669-39.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante TELEMATICA SISTEMAS INTELIGENTES LTDA., é agravado CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S/A - CEASA/CAMPINAS.

**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 27.782)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Anulatória de Ato Administrativo – Antecipação dos efeitos da tutela indeferida – Suspensão das penalidades aplicadas à recorrente – Exame dos requisitos ensejadores da medida afetos ao Juízo monocrático – Decisão que não se revela ilegal ou tirada com abuso de poder – Ausência dos pressupostos legais autorizadores para a concessão da medida pleiteada – Decisão mantida.**

**Recurso improvido.**

## VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 28/29 destes autos que, em ação anulatória de ato administrativo, indeferiu a antecipação de tutela para suspender as penalidades impostas pela recorrida.

Discorre acerca do processo de licitação que se sagrou vencedora, sendo firmado o contrato administrativo cujo objeto não foi concluído dentro do prazo previsto. Tece comentários acerca da ação judicial proposta pela agravada, pendente de julgamento por este E. Tribunal de Justiça. Aduz que a recorrida não observou o contraditório e a ampla defesa quando da decisão administrativa que rescindiu unilateralmente o contrato, já que não teve a oportunidade de oferecer a defesa prévia, sendo-lhe aplicadas sanções ilegais e arbitrárias, com observação no que toca à prova pericial produzida nos autos da ação de rescisão contratual. Entende estarem presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência (fls. 01/27).

Indeferido o efeito suspensivo ativo, foram dispensadas as informações, assim como manifestação da parte agravada (fls. 1.635/1.636).

### É o Relatório.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, em que indeferida a tutela de urgência que visava à suspensão de penalidades aplicadas pela recorrida em processo administrativo.

Dada a natureza do provimento jurisdicional que se busca com o presente recurso, inviável qualquer discussão acerca do mérito da causa, limitada à manutenção ou não, do indeferimento do pedido de antecipação da tutela pretendida.

Verifica-se que o MM. Juiz de Direito entendeu ausentes os requisitos da almejada tutela, indeferindo-a pelas razões expostas na decisão agravada. Vale dizer, considerou não estarem demonstrados os requisitos legais autorizadores da tutela antecipada que exige a norma do artigo 300, do Novo Código de Processo Civil, quais sejam: *a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*.

Como ensinam NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: *“Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o periculum in mora, segundo expressa disposição do CPC 300. Esse perigo, como requisito para concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de antecipação de tutela... Também é preciso que a parte comprove a existência de plausibilidade do direito por ele afirmado (fumus boni iuris)”* (Comentários ao Código de Processo Civil



– Novo CPC – RT – notas 3 e 4 ao art. 300 – pág. 858).

E, do exame de todo o processado, verifica-se que a decisão atacada não se mostra ilegal ou tirada com abuso de poder e se insere no exercício do livre convencimento do Magistrado, insuscetível de substituição em Segundo Grau.

Inobstante a parte se esforce a demonstrar ilegalidades praticadas pela agravada, no que toca às sanções administrativas impostas, não se pode deixar de observar que a conduta Administrativa, ao que indica, foi embasada nas regras previstas no contrato administrativo (fls. 912/933).

Respeitado o entendimento da agravante, não há como se ignorar que, de fato, houve atraso na entrega dos equipamentos, a implicar no descumprimento do edital (prazo contratual de até 90 dias, com início em 01.03.2013 e término em 29.05.2013), com a conseqüente aplicação das penalidades.

A princípio, o direito de defesa da agravante não foi violado, inobstante mencione a necessidade de oferecer defesa prévia antes da decisão administrativa, pois há previsão contratual (cláusula 11.2) de aplicação das penalidades previstas no item 14 independentemente de notificação.

Vale dizer, a contratante tinha, ou deveria ter, plena ciência de que poderia ser aplicada qualquer penalidade, independentemente de prévia defesa.

De todo modo, a empresa teve oportunidade de se valer do direito de defesa, quando da interposição de recurso administrativo, como bem observado pelo Magistrado de Primeiro Grau.

E, a menção ao resultado da demanda proposta pela agravada (ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais) em nada a favorece, pela ausência de trânsito em julgado, já que pendente de julgamento do recurso de apelação da CEASA Campinas.

No mais, as alegações trazidas pela recorrente dizem respeito ao efetivo mérito da causa que, cuja análise é prematura no atual momento do processo principal, sem que a parte contrária tenha tido oportunidade de apresentar defesa.

Por ora, o ato administrativo impugnado (multa e suspensão do direito de licitar e de contratar) é dotado de presunção de legalidade e de legitimidade. É o Poder Público que atua em defesa dos mais amplos direitos.

Portanto, caso não fique demonstrado, de plano, ilegalidade ou arbitrariedade do ato atacado, deve vingar a decisão administrativa proferida.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, *“A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos 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. (...)*

*Outra consequência da presunção de legitimidade 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, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.*

*A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. (...)*” (Direito Administrativo Brasileiro – 32ª edição – Malheiros Editores – pág. 158).

A respeito do tema, esta Câmara já teve oportunidade de se manifestar: *“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de anulação de ato administrativo. Prova inequívoca do erro da Administração não realizada. Presunção de legitimidade dos atos administrativos.”* (AI nº 990.10.2425045 – Voto nº 2127 – Rel. Oswaldo Luiz Palu).

O resto em discussão é mérito e deverá ser apreciado quando do julgamento em Primeiro Grau.

E, só à luz do contraditório e com os argumentos deduzidos pelas partes, é que a matéria será analisada de forma apropriada, daí porque, até lá, mantém-se a situação atual.

Por isso, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072165-21.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VIVOX COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.942)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente) e MARREY UINT.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento – Decisão que indeferiu o pedido de suspensão da execução fiscal e dos atos de constrição patrimonial – Recurso**

**parcialmente provido para reformar em parte a decisão agravada e determinar a suspensão apenas dos atos de constrição patrimonial, os quais deverão ser submetidos ao juízo da recuperação judicial.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Vivox Comércio, Importação e Exportação Ltda.** contra ato que considera ilegal do **MM. Juíza de Direito da Vara das Execuções Fiscais da Comarca de São Paulo, Ana Maria Brugin**, e consistente em indeferir o pedido de suspensão da execução fiscal e dos atos de constrição patrimonial, nos autos da execução fiscal que lhe moveu a **Fazenda do Estado de São Paulo**.

Não foram prestadas as informações.

Recurso tempestivo e não contrariado.

### **É o relatório.**

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão copiada a fls. 58 (1g), que rejeitou o pedido do agravante para suspender a execução fiscal ou os atos de constrição patrimonial, em razão de passar por recuperação judicial. A MM. juíza indeferiu o pedido de suspensão da execução fiscal com base no inciso III, do artigo 52 da Lei 11.101/2005, que excepciona a suspensão das execuções fiscais. Contra essa decisão é que se tirou o presente recurso.

A Lei nº 1.101/05 é expressa em seu artigo 6º, § 7º, que: *“As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”*.

Admitida, portanto, a recuperação judicial de empresa com débitos fiscais abertos, como é o caso da agravante, surge o problema da simultaneidade entre o processamento daquela e de eventuais execuções fiscais, uma vez que pela literalidade da lei a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspende o curso das execuções de natureza fiscal, *“ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”* (art. 6º, § 7º, Lei nº 1.101/05), conforme já mencionado.

Com relação aos atos de constrição.

O curso da execução fiscal prossegue mesmo com o processamento da recuperação judicial da agravante. Entretanto, com relação aos atos de constrição, já decidiu este Tribunal de Justiça que serão efetivados após a anuência do juízo da recuperação judicial.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO** em face de decisão que, em execução

fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade e determinou o prosseguimento do feito, independentemente do fato de a agravante estar em recuperação judicial. Decisão reformada. Posicionamento do E. STJ, que inclusive já decidiu sobre o caso específico da ora agravante. Embora as execuções fiscais não sejam suspensas com o deferimento da recuperação judicial, os atos de alienação ou constrição patrimonial deverão ser submetidos ao juízo onde homologado o plano de recuperação judicial. RECURSO PROVIDO. (AI nº 2197842-95.2016.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público, Relª. Desembargadora Isabel Cogan, j. 29.03.2017).

Agravo de Instrumento execução fiscal empresa em recuperação judicial – juízo da execução que determinou a penhora de recebíveis e penhorou o bem indicado agravante que requereu efeito suspensivo deferimento juízo universal é quem decide sobre os pedidos que impliquem na diminuição do patrimônio da empresa – decisão reformada. Recurso provido. (AI nº 2160519-56.2016.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Venício Salles, j. 19.04.2017).

Dessarte dá-se parcial provimento ao recurso, para reformar em parte a decisão agravada e determinar a suspensão apenas dos atos de constrição patrimonial, os quais deverão ser submetidos ao juízo da recuperação judicial.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2170879-16.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado ESPOR PROMOÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.

**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 do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 41.190**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), FRANCISCO OLAVO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

BURZA NETO, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento – EXECUÇÃO FISCAL – INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA**

**EXECUTADA NO POLO PASSIVO DA COBRANÇA – Insurgência contra a decisão que determinou a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos moldes dos arts. 133 e seguintes do NCPC, para apreciar o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da demanda – Descabimento – Incidente que não se coaduna com as regras específicas da cobrança dos créditos públicos, disciplinadas pela Lei nº 6.830/80 – Recurso Provido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão trazida por cópia digitalizada a fls. 514 que, **determinou a inclusão na forma do artigo 133 do CPC.**

Inconformada, sustenta a Prefeitura Municipal de São Paulo pelo provimento do recurso a fim de reformar a r. decisão, para que seja determinado o regular prosseguimento da execução fiscal contra o sócio da agravada, independentemente da observância do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133, do NCPC.

Pela decisão de fls. 517, foi concedido prazo de 10 dias para que a agravante juntasse cópia legível dos documentos de fls. 14 a 514.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

***Primeiramente, cabe registrar que a decisão agravada foi proferida em 18.07.2017, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do NCPC/2015 e da LEF.***

Respeitando o entendimento adotado pelo Nobre Magistrado “*a quo*”, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica apenas é aplicável no âmbito das execuções civis ordinárias.

Isto porque as execuções de créditos públicos são regidas por legislação especial no caso a Lei nº 6.830/80 que possui diversas peculiaridades que se mostram incompatíveis com o procedimento previsto no NCPC.

Aliás, a questão “*sub-judice*” já foi enfrentada pelo Eminentíssimo Desembargador **Dr. Erbetta Filho**, nos autos do AI nº 2173556-19.2017.8.26.0000, em caso idêntico, que adoto como razões de decidir:

***Dispõe a Lei de execuções fiscais, por exemplo, que a defesa do executado somente será aceita após a garantia do Juízo (Art. 16, § 3º da LEF). Somente em hipóteses excepcionais que tratem de matéria de ordem pública ou que não haja a necessidade de dilação probatória,***

*tem-se admitido o exercício do contraditório pelo executado sem que seja cumprida tal formalidade, sendo possível a oposição de exceção de preexecutividade.*

*O procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, por outro lado, possibilita que os sócios da pessoa jurídica executada requeiram, inclusive, a produção de provas (Art. 135 do NCPC), sem nada dispor sobre a garantia do Juízo.*

*O incidente previsto na nova legislação processual ainda dispõe que o processo principal ficará suspenso até a sua decisão final. Tal previsão, como bem ressaltou a Municipalidade-agravante, acaba por criar uma nova hipótese de suspensão da cobrança, não abarcada pela Lei de Execuções Fiscais e, também, sem que haja a correspondente suspensão do prazo prescricional.*

*Além disso, essa disposição impediria a penhora dos bens dos sócios nas hipóteses em que não houvesse pagamento do débito ou oferecimento de garantia, na forma como estabelece o Art. 10 da Lei nº 6.830/80.*

*Ademais, nos casos em que o pedido de inclusão dos sócios funda-se na dissolução irregular da sociedade empresária, como é o caso dos presentes autos, a responsabilização dos sócios prescinde do exercício do contraditório num primeiro momento, uma vez que esta hipótese de responsabilidade decorre da própria legislação tributária (Art. 135 do CTN) e, inclusive, do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 435).*

Assim, outra solução descabe senão o provimento do recurso interposto para o fim de que o requerimento de inclusão dos sócios no polo passivo da execução seja apreciado pelo Juízo, sem a necessidade de instauração do procedimento previsto no artigo 133 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, DÁ-SE provimento ao recurso.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2202326-22.2017.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada SILVANA SANCHES (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA.**

**DIREITO À SAÚDE. AGENDAMENTO DE CONSULTA, EXAME E CIRURGIA. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. Cognition não exauriente do mérito. A causa de pedir informa a necessidade do tratamento. Indispensável saber se a liminar atinge todas as providências postuladas pela parte em sede de tutela provisória. A parte quer a obrigação de fazer para a realização de consulta com oftalmologista, exames clínicos e cirurgia oftalmológica. Consistência jurídica. Atendimento dos pressupostos legais. Existência de prova inequívoca em relação à necessidade de consulta médica e realização de exames. Prevalência da prescrição médica constante da receita. A parte não reúne meios para formar convicção, “prima facie”, sobre a necessidade de realização imediata do procedimento cirúrgico. A prudência determina que eventual necessidade da realização da cirurgia seja aferida pelo oftalmologista após a realização da consulta e exames, de maneira a melhor aferir sua indispensabilidade e urgência levando em**



**consideração o atual quadro clínico da paciente. A relevância do bem jurídico tutelado – saúde – aliada à contumaz inércia do agravante demonstra não se justificar a dilação suplementar de prazo para cumprimento da determinação. Reforma da decisão somente no que toca à imediata determinação de intervenção cirúrgica, remanescendo a exigibilidade da tutela provisória envolvendo o agendamento de consulta e exames.**

**RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento impugnando decisão do juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba que, em sede de ação de obrigação de fazer, deferiu o requerimento de tutela provisória antecipada, cuja finalidade consiste no agendamento de consulta com médico oftalmologista, realização de exames e procedimento cirúrgico de imediato.

A agravante sustenta, em síntese, (i) a ausência de comprovação da necessidade de realização da intervenção cirúrgica; (ii) a exiguidade do prazo para cumprimento da tutela; (iii) o excesso do montante arbitrado a título de “astreintes”.

Foi concedida a antecipação da tutela recursal (fls. 11/12) e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento impugnado a decisão que deferiu a tutela provisória de urgência, que determinou à agravante o agendamento de consulta com oftalmologista, exames clínicos e cirurgia oftalmológica no prazo de 30 dias sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00.

O agravo impugna o ato judicial que deferiu a tutela provisória e devolve para o tribunal “ad quem” a matéria relativa aos pressupostos para o manejo da tutela de urgência, o que inibe a possibilidade de cognição exauriente sobre a matéria de fundo versada na ação de origem.

O instituto de tutela diferenciada terá lugar se houver o atendimento de pressupostos, ou seja, a situação de risco para o direto a ser tutelado, se procedente o pedido mediato, e a existência da prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

A discussão envolve o dever de prestar assistência e disponibilizar o tratamento médico pleiteado para pessoa que não reúna condições financeiras para custeá-lo.

A antecipação dos efeitos de tutela representa instituto de tutela diferenciada que objetiva adiantar a providência final desejada e, para tanto, exige o atendimento de pressupostos, ou seja, a situação de risco para o direto a ser tutelado, se procedente o pedido mediato, e a existência da prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

A prova inequívoca diz respeito ao substrato da demanda, ou seja, a causa de pedir, devendo expressar potencial e idoneidade para reduzir a margem de erro que gravita em torno da tutela pleiteada, sem, contudo, conferir certeza ao julgador. Aqui, será possível ao julgador identificar um fato sem dele ter a exata certeza quanto à repercussão jurídica alegada, porquanto a verossimilhança não traduz a verdade. Melhor compreensão se extrai com a observação de que o fato levado ao conhecimento do juiz não lhe deixa outra opção, senão a concessão da tutela de urgência.

Em sede de cognição sumária, parece-me possível identificar a consistência jurídica da alegação em relação ao requerimento de agendamento de consulta e realização de exames, o que qualifica a tutela de urgência, porquanto não há dúvida relevante sobre o risco para a saúde. A plausibilidade das alegações decorre dos documentos que alicerçam o pedido da agravada.

Saliento que há orientação da jurisprudência anunciando a responsabilidade dos entes federativos para prestar a assistência integral à saúde da população (**RE 273.834, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2000, DJ 18.09.2000**). Igual situação se opera em relação à possibilidade de controle jurisdicional diante da necessidade de fornecimento de tratamento médico. Ora, diante da parcimônia ou omissão do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo, vez que a parte pretende tão somente o cumprimento do dever constitucional do Estado de preservar e recuperar a saúde, valendo-se, para tanto, da interpretação empregada para a regra do artigo 196 da Constituição Federal.

Por outro lado, a despeito da consistência jurídico em relação ao agendamento de consulta e realização de exames, o mesmo não se pode dizer em relação à realização imediata de cirurgia.

“Prima facie”, os documentos que instruem a petição inicial não indicam a necessidade de realização do procedimento. A prudência determina que eventual necessidade da realização da cirurgia seja aferida pelo oftalmologista após a realização da consulta e exames, de maneira a melhor aferir sua indispensabilidade e urgência levando em consideração o atual quadro clínico da paciente.

Deste modo, a decisão deverá ser parcialmente reformada, somente suspendendo a decisão no que toca à imediata realização da cirurgia. Fica mantida a tutela provisória concedida em relação ao agendamento da consulta e

realização de exames clínicos requeridos.

Após o atendimento médico será possível direcionar a paciente ao tratamento médico mais adequado.

Passo à análise da regularidade da multa aplicada.

A relevância do bem jurídico tutelado – saúde – aliada à contumaz inércia do agravante, demonstra não se justificar a dilação suplementar de prazo para cumprimento da determinação. Insta salientar que a decisão somente determina o agendamento de consulta e realização de exames clínicos, o que não importará em grande dispêndio aos cofres públicos uma vez que tais determinações encontram-se no espectro normal de prestação do serviço de saúde.

Nesse contexto, ante o fundado receio de dano irreparável, considero razoável o prazo fixado, devendo a agravante disponibilizar o medicamento no prazo assinalado pelo juízo “*a quo*”.

Considero possível a cominação de multa diária para induzir o cumprimento da obrigação de fazer, ainda que reconhecida em sede de cognição sumária. Não prospera a alegação que pretende sustentar a impossibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor do Estado.

A providência sancionatória expressa verdadeiro mecanismo de indução ou indutivo, servindo para influenciar e induzir o sancionado ao comportamento que dele se espera diante da ordem judicial, motivo pelo qual deve ser adequado, compatível e necessário. Certamente será possível aplicar a medida de caráter coercitivo em face do Estado.

Nesse sentido, orienta-se a recente jurisprudência do STJ, em tese fixada em sede de recurso repetitivo:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente.*

3. *A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar; em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008.*

4. *À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do “poder geral de efetivação”, concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões.*

5. *A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015.*

6. *No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53).*

7. *Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008. (STJ, REsp 1474665/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).*

O valor, R\$ 1.000,00 por dia é compatível com a gravidade da situação de saúde do agravado, o que denota maior perigo na demora, bem como a bem

jurídico tutelado.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223683-58.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes VANESSA MEDEIROS BATISTA DO LAGO (JUSTIÇA GRATUITA) e ISADORA MEDEIROS DO LAGO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 25.842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

**Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Servidora Pública Municipal – Decisão que indeferiu tutela de urgência para a concessão de redução de 50% da jornada de trabalho, sem prejuízo dos vencimentos, para acompanhar o tratamento portadora de deficiência – Decisão mantida – Legislação Municipal que não prevê tal hipótese – Ausência dos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso desprovido.”**

## VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por VANESSA MEDEIROS BATISTA DO LAGO, contra decisão que, em ação de procedimento comum, indeferiu a tutela de urgência para determinar a imediata redução da jornada de trabalho da agravante, em 50%, sem prejuízo de sua remuneração. Postula a concessão de tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão agravada.

### RELATEI.

*Ab initio*, importante consignar que não foi dado cumprimento ao que

determina o art. 1.019, II, do Código de Processo Civil, isto é, a intimação do agravado, uma vez que, em prestígio ao princípio da economia e celeridade processuais, reputo ser dispensável, *in casu*, o ato intimatório.

Veja que isso não acarretará qualquer prejuízo à parte adversa, à qual será oportunizado o contraditório no curso da demanda originária, além do fato de que terá a possibilidade de se valer dos instrumentos recursais cabíveis.

Superado este ponto, tem-se que para a concessão da tutela de urgência, é necessária a demonstração, de plano, da probabilidade do direito alegado e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, do Código de Processo Civil.

*In casu*, a agravante é servidora pública municipal e pretende a aplicação, por analogia, da Lei Federal nº 8.112/90 com as alterações pela Lei Federal nº 13.370/16 e da Lei Federal nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de que lhe seja garantido o direito à jornada reduzida, sem prejuízo da remuneração, para acompanhar o tratamento de sua filha dependente, portadora de deficiência.

No entanto, ao menos em análise de cognição sumária inerente a este recurso, tendo em vista que inexistente lei municipal prevendo tal benefício, não se pode aplicar, de imediato ao caso, a legislação federal.

Ademais, o art. 98 da Lei nº 8.112/90 prevê expressamente que, para a concessão de horário especial ao servidor com filho com deficiência, a necessidade será apurada por laudo elaborado por junta médica oficial, nos seguintes termos:

*“Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.*

*§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho.*

*§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando **comprovada a necessidade por junta médica oficial**, independentemente de compensação de horário.*

*§ 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência”.* (g.n.).

E, inexistindo nos autos tal prova, inviável, de fato, a concessão da tutela pleiteada.

Nesse sentido:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – Servidora Municipal de Suzano – Ação objetivando a redução de 50% da jornada de trabalho, sem prejuízo dos vencimentos, para acompanhar o tratamento de filha menor impúbere portadora de Síndrome de Down e Cardiopatia Congênita – Tutela**

*provisória de urgência deferida Legislação Municipal que não prevê tal hipótese – Ausentes, em sede de cognição sumária, os requisitos previstos no “caput” do art. 300 do CPC de 2015 – Possibilidade de irreversibilidade da medida caso o pedido seja julgado improcedente a final (§ 3º do art. 300 do CPC de 2015) Decisão reformada Recurso provido. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, Agravo de Instrumento nº 2146352-97.2017.8.26.0000, j. 02/10/2017).*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – Decisão que indeferiu a tutela antecipada – Pleito de concessão imediata da redução da jornada de trabalho – Inadmissibilidade – Ausência de lei municipal que autorize a concessão de horário especial a servidor genitor de criança portadora de deficiência – Aplicação analógica da Lei Federal nº 8.112/90 que demanda a realização de laudo por junta médica oficial – Adoção de Projeto de Lei que se mostra inviável, uma vez que não existe um texto definitivo – Ausência dos requisitos legais para a concessão da tutela – Decisão mantida – Agravo não provido. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Kleber Layser de Aquino, Agravo de Instrumento nº 2043522-87.2016.8.26.0000, j. 03/05/2016).*

Diante do exposto, entendo correta a decisão agravada, que deve ser mantida.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

## Agravos Internos

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2246948-26.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ERIK AZEVEDO COELHO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores



EDUARDO GOUVÊA (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, CAMARGO PEREIRA, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, CARLOS EDUARDO PACHI, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, PAULO GALIZIA, NELSON BIAZZI, VICENTE DE ABREU AMADEI, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 10 de novembro de 2017.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

**Ementa: Agravo Interno. Embargos de declaração opostos contra o acórdão que admitiu o incidente de resolução de demandas repetitivas envolvendo a controvérsia da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS. Oposição realizada por terceiro. Não conhecimento. Pedido de intervenção como “amicus curiae” pendente de exame nos autos do IRDR. Artigo 996, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, que exige do terceiro a demonstração da possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual. Agravante que sequer é parte em processo que foi suspenso, e que motivou seu ingresso nos autos do IRDR, figurando como Advogado do autor daquele feito. Ilegitimidade evidenciada. Decisão mantida. Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por ERIK AZEVEDO COELHO contra a decisão monocrática por mim proferida nos embargos de declaração nº 2246948-26.2016.8.26.0000/50000, que por sua vez foi oposto contra o acórdão de fls. 792/822 que admitiu o incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado de São Paulo objetivando uniformizar a jurisprudência estadual relativamente à possibilidade da inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica, com determinação de suspensão dos processos em tramitação em primeiro e segundo grau.

O agravante alega que há erro nos fundamentos de direito quanto ao reconhecimento de sua ilegitimidade para opor os embargos, pois ingressou nos autos do IRDR como terceiro prejudicado, e não como *amicus curiae*, insistindo na sua legitimidade para recorrer, conforme disposto no artigo 996, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, aduzindo que a peculiaridade do IRDR ser um procedimento instaurado na Corte de Justiça para definição de tese jurídica permite que qualquer pessoa natural com interesse na controvérsia participe. Pede a reforma da decisão monocrática para o fim de que sejam conhecidos e acolhidos os embargos de declaração opostos e, ao final, seja alterado o acórdão que admitiu o incidente.

### **É o relatório.**

A decisão monocrática ora agravada foi proferida nos seguintes termos:

*“Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 792/822 que admitiu o incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado de São Paulo objetivando uniformizar a jurisprudência estadual relativamente à possibilidade da inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica, com determinação de suspensão dos processos em tramitação em primeiro e segundo grau.*

*Verifico que estes embargos declaratórios foram opostos por Advogado que ingressou nos autos mediante a petição de fls. 1.864/1.872, invocando a condição de interessado após a suspensão de processo no qual atua, determinada pelo Relator do Recurso Inominado nº 1005663-54.2016.8.26.0291, em trâmite no Colégio Recursal de Jaboticabal (fls. 1.873).*

*Antes de qualquer decisão examinando o cabimento de sua intervenção como amicus curiae, ele opôs embargos de declaração direcionados a esta Relatora Designada sustentando, em síntese, que o acórdão é omissivo e contraditório, por ignorar o requisito negativo de admissibilidade, aduzindo que o acórdão desconsiderou precedente vinculante da Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça e que a solução para o caso de consumidores livres, pela semelhança, deverá ser aplicada aos consumidores cativos.*

*Os embargos não merecem ser conhecidos.*

*O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 138, inovou ao ampliar a possibilidade de intervenção do amicus curiae, antes limitada às ações de controle concentrado de inconstitucionalidade (v. artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999). No entanto, a admissão de terceiro nessa condição não é automática, cabendo ao juiz ou ao relator solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica como amicus curiae, devendo definir na mesma decisão os poderes atribuídos ao interveniente (v. artigo 138, § 2º).*

*É certo que, por expressa previsão constante dos §§ 1º e 3º do mesmo artigo, a intervenção em questão não autoriza a interposição de recursos, “... ressalvadas a oposição de embargos de declaração” e a possibilidade*

de “... recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”. No entanto, mesmo nesses casos, a legitimidade do interveniente para recorrer só se verifica após sua efetiva admissão no processo, o que ainda não aconteceu na espécie.

Portanto, não conheço dos embargos de declaração, porquanto opostos por terceiro que não é parte neste Incidente.

No mais, considerando que esta Desembargadora ficou designada tão somente para redigir o acórdão que admitiu o IRDR, bem ainda que, além do pedido do ora embargante (fls. 1.864/1.872), vieram outras petições de terceiros requerendo a intervenção como “amicus curiae” (fls. 753/770, 785, 829/868, 1.290/1.295, 1.706/1.745, 1.875/1.876 e 1.885/1.908), encaminhem-se os autos ao Exmo. Relator Sorteado, i. Desembargador Antônio Carlos Malheiros, para as providências que Sua Excelência considerar pertinentes.

Por estes fundamentos, com base no artigo 932, inciso III, não conheço dos embargos de declaração, com determinação”.

As razões recursais do agravante não convencem a respeito do cogitado desacerto da decisão monocrática transcrita acima.

A alegação de que nunca postulou seu ingresso como “amicus curiae” não é verdadeira, pois logo no primeiro parágrafo da petição de fls. 1.864/1.872, o ora agravante indica que sua intervenção se dá “nos termos do artigo 138 e 983 do Código de Processo Civil”, que são justamente os dispositivos que tratam da figura do “amicus curiae” de maneira genérica e de modo específico com relação ao IRDR, senão vejamos:

*Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

*§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.*

*§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.*

*§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.*

...

*Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida,*

e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Outrossim, não acode o agravante a invocação do artigo 996 do Código de Processo Civil de 2015, que em seu parágrafo único é claro ao estabelecer que “Cumpra ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”.

O ora agravante ingressou nos autos do IRDR em razão da suspensão do Recurso Inominado nº 1005663-54.2016.8.26.0291, que aguarda decisão do Colégio Recursal Cível e Criminal de Jaboticabal (fls. 1.873). Ora, aquela ação sequer é movida por ele, que figura como Patrono da empresa autora, 2EMGS – Lanchonete Ltda. – ME. Se o ora agravante é o Advogado da parte, é totalmente descabida sua intervenção em nome próprio, pois ele não se apresentou como titular de direito algum e nem pode ser considerado como substituto processual de seu cliente.

Finalmente, não é verdade que “A peculiaridade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ser um procedimento instaurado na Corte de Justiça para definição de tese jurídica, permite que qualquer pessoa natural com interesse na controvérsia participe”, pois uma interpretação conjugada dos artigos 138 e 983 do Código de Processo Civil leva à conclusão de que a intervenção no IRDR é cabível apenas para admitir “participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, **com representatividade adequada**” (grifei). Eventual prejuízo às partes deve ser resolvido nos próprios autos do feito que foi suspenso, pois não há impedimento para a parte postule medida de urgência ou acauteladora de seu direito ao Relator, até definição da tese jurídica aplicável.

Portanto, as razões do agravante não convencem, restando inabalada a convicção desta Desembargadora no sentido de que, antes de decisão do Exmo. Relator do IRDR, i. Desembargador Antônio Carlos Malheiros, a respeito de seu pedido de intervenção, o ora agravante não tem legitimidade para opor os embargos que pretende ver conhecidos.

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

## Agravos Regimentais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0045474-83.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ANNA BUSATO MARQUES (E OUTROS) (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), ANNA GIROTI MIRANDOLA, ANNA MARIA ALLEDO FONSECA, CARMEN ALVES DE GODOY TRIPIQUIA, CASSILDA ALVES MAZZOLA, CLORINDA GHIRARDELO BUENO, IVETTE LUCATO VINHA, MARIA CELIA MALTONI TAVARES, MERCEDES LENHAIOLI CALHEIRO e ROSA DO CARMO FERREIRA, é agravado 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.072)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

#### **Ementa: AGRAVO INTERNO**

**Previdência – Complementação – Proventos – FEPASA – Piso salarial – Equidistância das classes – Dois salários mínimos e meio – Dissídio coletivo – Impossibilidade:**

*- O salário mínimo não pode servir de base para fixação do piso salarial a ser utilizado na complementação de proventos e pensões, nem para manter equidistantes as classes salariais.*

#### **VOTO**

#### **RELATÓRIO**

Negado seguimento ao recurso de apelação, mantida a improcedência da demanda (fls. 283/289), e negado provimento ao agravo interno (fls. 306/315).

Os autores interpuseram recurso extraordinário (fls. 318/326), devidamente contrarrazoado (fls. 329/367).

O Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento definitivo do mérito do RE nº 603.451/SP, Tema 256 do STF, DJe de 23.04.2010, que, apesar de ter ratificado a jurisprudência firmada no sentido da inconstitucionalidade da vinculação de qualquer vantagem de servidor público ou empregado ao salário mínimo, conforme preconiza a Súmula Vinculante nº 4, manteve a complementação de aposentadoria a ex empregado da FEPASA de acordo com o piso salarial de 2,5 salários mínimos fixada no contrato coletivo de trabalho dos ferroviários, até que seja editada nova legislação sobre a matéria, por entender incabível ao Poder Judiciário a fixação de outra base de cálculo, determinando a devolução dos autos para esta Turma Julgadora, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, II, do NCPC (fl. 398).

### FUNDAMENTOS

1. O acórdão (fls. 306/315) negou provimento ao agravo interno dos autores nos seguintes termos:

*“1. Não houve qualquer ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.*

*Basta que seja mantido o valor nominal total da remuneração para que não haja ofensa ao referido princípio e não provaram os autores qualquer redução dessa espécie.*

*Como já observado, a complementação deve propiciar apenas a paridade com a remuneração do ferroviário ativo da mesma categoria e, mantido o valor nominal no total dos proventos – o principal pago pelo INSS somado à complementação em seus valores brutos – não há ofensa ao princípio da irredutibilidade.*

*Confira-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:*

*“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA - COMPLEMENTAÇÃO - DIFERENÇA. SUCESSÃO TRABALHISTA. Recurso de revista que não merece admissibilidade, em face da aplicação da Súmula nº 126 desta Corte, bem como porque não ficou demonstrada a ofensa aos artigos 10 e 448 da CLT, 4º da Lei nº 9.343/96 e 233 da Lei 6.404/76 e contrariedade às Súmulas nos 51 e 288 do TST nem divergência jurisprudencial com os arestos colacionados, pelo que, não infirmados os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista, mantém-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Ressalta-se que, conforme entendimento pacificado da Suprema Corte (MS-27.350/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/06/2008), não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão do Juízo ad quem pela qual se adotam, como razões de decidir, os próprios fundamentos constantes da*

**decisão da instância recorrida (motivação per relationem), uma vez que atendida a exigência constitucional e legal da motivação das decisões emanadas do Poder Judiciário.**

(...)

Ademais, examinando o quadro delineado pelo Regional, dessume-se que a Corte a quo apresentou detidamente os fundamentos que serviram de suporte para formação de seu convencimento acerca das controvérsias existentes, conforme se observa dos seguintes excertos da decisão de origem:

(...)

**A irredutibilidade salarial, prevista no art. 7º, da Constituição da República, é apenas nominal. Infelizmente não há legislação, em nosso Ordenamento Jurídico, que garanta a irredutibilidade do poder de compra do salário.”** (realce nosso)

(AgIn em RR n° TST-AIRR-2969-97.2010.5.15.0000, TST, 2ª Turma, rel. Min. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, julgado em 11.9.2013)

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

**“EMENTA: APOSENTADORIA. Complementação. Ferroviários inativos da extinta FEPASA. Pretensão de restabelecimento da retribuição extraordinária (33%). Prescrição do fundo de direito não caracterizada. Vantagem incorporada ao “salário compreensivo”, quando da assinatura do denominado ‘contratão’. Inocorrência de redução salarial. Ausência de direito adquirido a regime jurídico, podendo haver modificação na composição de vencimentos ou proventos, se não implicar em redução do valor nominal. Recurso desprovido.”** (realce nosso)

(Apelação n° 9218267-05.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. CARVALHO VIANA, julgada em 20.2.2013).

**“EMENTA: COMPLEMENTAÇÕES DE APOSENTADORIAS E PENSÕES. Extinta FEPASA. Piso salarial de 2,5 salários mínimos que igualou diferentes classes salariais e reduziu a distância com as classes salariais superiores. Não existe garantia de preservar a distância entre as classes. Fato sem repercussão sobre as complementações de aposentadorias e pensões. Repercussão do piso salarial de 2,5 salários mínimos de cláusula de contrato coletivo da categoria dos ferroviários da incorporada FEPASA. Descabimento. Ultra-atividade descabida. Funcionários remanescentes não beneficiados. Acompanha-se, no entanto, o entendimento predominante nesta Câmara e neste E. Tribunal, no sentido da subsistência do referido piso salarial, em favor dos aposentados e pensionistas, por força do artigo 4º da Lei Estadual n° 9.343/96. Honorários advocatícios fixados em dez por cento do valor**



da condenação sem incompatibilidade com o artigo 20, § 4º, do CPC. Demanda parcialmente procedente. Não providos os recursos e o reexame necessário.

(...)

Anote-se, também, que a garantia da irredutibilidade de vencimentos não obriga à subsistência de um piso salarial expresso em quantidade de salários mínimos, **apenas impedindo eventual redução do valor nominal dos salários motivada por alterações concernentes ao término do prazo de vigência ou redução da expressão de valor desse piso.**”

(Apelação nº 0002328-38.2011.8.26.0576, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. EDSON FERREIRA, julgado em 15.2.2012)

2. No mais, o presente agravo interno não refuta os demais fundamentos da decisão agravada, a seguir repetidos e ora adotados.

‘1. Já decidiu esse Tribunal de Justiça por sua Décima Câmara de Direito Público, na Apelação nº 0009231-72.2012.8.26.0053, relatada pelo Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN, em acórdão de 8.4.2013, o seguinte:

“O artigo 4º e respectivo parágrafo 2º da Lei Estadual n. 9.343/96 têm a seguinte redação:

‘Art. 4º. Fica mantida aos ferroviários, com direito adquirido, a complementação dos proventos das aposentadorias e pensões, nos e termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996.

...

§ 2º. Os reajustes dos benefícios da complementação e pensões a que se refere o ‘caput’ deste artigo serão fixados, obedecendo os mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários’.

Em vários precedentes desta 10ª Câmara, os ferroviários aposentados e pensionistas argumentam com tal dispositivo e com o item 4.17 do contrato coletivo nele mencionado, que estabeleceu o piso salarial da categoria em 2,5 salários mínimos, para concluir que têm direito ao reajuste da complementação das pensões e da aposentadoria de modo que se observem aquele piso salarial e os subsequentes reajustes do salário mínimo. **Esses pedidos têm sido rejeitados, pois a Câmara tem entendido que o piso salarial foi estabelecido apenas para o biênio 1995/1996 (item 4.17 do contrato coletivo), sem nenhuma prova ou alegação no sentido de ter sido o contrato prorrogado sucessivamente para vigor nos anos subsequentes.** Por isso é que tem ficado assentado que o dispositivo da lei estadual supra transcrito não ampara aquelas pretensões. Anoto que tal entendimento, por mim inicialmente adotado sobre a matéria, mas que por determinado período ficou vencido na Câmara, é o que nela

prevalece atualmente, à unanimidade (Apelação com revisão nº 924.719- 5/7, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 14.09.2009, v.u., e Apelação com revisão nº 960.337-5/7, Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 09.11.2009, v.u, e Apelação 973.488-5/5, j. 26.01.2010, v.u., da qual fui Relator.)

**Se o reajuste de acordo com o salário mínimo não pode ser concedido nem sequer para o piso salarial, é evidente que também não pode ser deferido para manter a “equidistância entre as classes salariais”. Além disso, tal como naquelas demandas, existe outro óbice a impedir o acolhimento do pedido. É que tal pretensão esbarra no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Com efeito, embora o negue, os autores pretendem, sim, reajuste que, para preservar a diferença entre as classes salariais na média de 13%, a mencionada “equidistância”, é calculada de acordo com o reajuste do salário mínimo. Esse atrelamento é incompatível com o dispositivo constitucional, que veda a “vinculação” do salário mínimo “para qualquer fim”. Hoje a vedação está também expressa na Súmula Vinculante nº 4: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”**

Por essas razões não há que falar em afronta a direito adquirido e à irredutibilidade dos salários. Não procede a alegação de infração aos arts. 5º, XXXVI, 7º, V, VI, X e XXVI, e 37, XIII, da Constituição. Convém consignar que a Lei Estadual nº 9343/96 garante aos ferroviários apenas o reajuste dos benefícios da complementação de aposentadoria e pensões, de acordo com os paradigmas em atividade, não a vinculação com o salário mínimo. Convém consignar, também, que o art. 40, § 8º, da CF, art. 7º da EC 41/03, e art. 126 da CE também não amparam o pedido. Em primeiro lugar, estes dispositivos não se aplicam aos ferroviários, por força da opção destes pelo contrato coletivo de trabalho e transferência para o regime celetista; eles não ostentam a qualidade de servidor público. **Além disso, estas normas asseguram o reajustamento dos benefícios dos servidores e pensionistas; não viabilizam, porém, a indexação vedada pelo referido art. 7º da CF.**

Pelo meu voto, dou provimento aos recursos oficial e voluntário da ré para julgar improcedente a ação e condenar os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais), rateados entre eles em partes iguais, suspensa a exigibilidade das verbas em razão da gratuidade.”

3. Embora já tenha decidido em sentido diverso, passo a adotar o entendimento supra evocado, posto que melhor traduz a exata extensão do direito à complementação.

Não há violação aos art. 40, § 8º, da Constituição Federal, cujas

*disposições foram mantidas pelo art. 7º, da Emenda Constitucional nº 41/03, porque o pagamento da Previdência somado à complementação tem mantido a paridade com os ferroviários da mesma categoria.*

*Mesmo que não se aplique o art. 195, § 5º, da Constituição Federal, limitando-se ao art. 1º, da Lei 1.974/52, ratificada pela Lei Estadual nº 9.343/96, que determina a revisão periódica dos proventos de aposentadoria sempre que se alterar a situação dos ativos, não há fundamento para fixação de salário-base, ou de piso salarial em mais de um salário mínimo, utilizando-se critério já repellido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como observado no julgado cujos fundamentos foram aqui adotados.*

*O art. 7º, IV, da Constituição Federal, efetivamente obsta a pretensão. A Súmula Vinculante nº 4 aqui se aplica, pois fixação de piso salarial próprio em mais de um salário mínimo indexa a remuneração e possibilita aumento em cascata. Também o art. 169, da Constituição Federal, limita os reajustes introduzidos nas complementações de proventos e pensões.*

*Convém observar que a jurisprudência mais atual do Supremo Tribunal Federal impede o Judiciário de fixar nova base ou novo piso salarial, mas também não permite que continue considerando legítima a fixação legal ou contratual em salários mínimos.*

*4. Cumpre ressaltar que, não bastasse a Convenção Coletiva não ter sido prorrogada, não foi determinado nela o reenquadramento dos ferroviários que recebiam mais de 2,5 salários mínimos.*

*O que os autores pleiteiam é o “efeito cascata inverso”, vedado pelo ordenamento jurídico.*

*Nesse sentido:*

*“FERROVIÁRIO. Pensionistas da FEPASA. Complementação de pensão. Pedidos de reajustes para que se observe o piso salarial da categoria fixado no contrato coletivo de trabalho a que se refere o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei Estadual n. 9.343/96 e de manutenção da diferença média de 13% entre as diversas classes salariais. “Equidistância” entre as diversas classes salariais que estaria sendo corroída em razão da não observância do piso fixado em salários mínimos (2,5 salários mínimos). Contrato coletivo de trabalho a que se refere o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei Estadual n. 9.343/96. Prazo de vigência do contrato que está expirado. Vinculação dos reajustes ao salário mínimo que é incompatível com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal e com a Súmula Vinculante nº 4. Sentença que julgou procedente a ação. Recursos oficial e voluntário da ré providos.*

*(...)*

*Se o reajuste de acordo com o salário mínimo não pode ser concedido*

*nem sequer para o piso salarial, é evidente que também não pode ser deferido para manter a “equidistância entre as classes salariais”.*

*(Apelação nº 0031715-18.2011.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, relatada pelo Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN, julgada em 31.1.2013) (realce nosso).*

*“PENSIONISTAS FEPASA. PRETENSÃO DE RECOMPOSIÇÃO DAS COMPLEMENTAÇÕES DE PROVENTOS CONSOANTE A ESTRUTURA DE CARGOS E SALÁRIOS. MODIFICAÇÃO DE PISO SALARIAL. DESCABIMENTO AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU CONTRATUAL QUE RESPALDE A MAJORAÇÃO DAS PENSÕES A PARTIR DO PISO, RESPEITANDO-SE AS DIFERENÇAS ENTRE AS CLASSES DECISÃO REFORMADA PARA O FIM DE JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO. RECURSOS PROVIDOS.*

*(...)*

***A cláusula 4.17 do Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996 somente reajusta o valor do piso, que tem por função garantir a remuneração mínima dos funcionários das carreiras iniciais, não podendo ser estendido automaticamente para reajustar proporcionalmente a remuneração das demais categorias.”***

*(Apelação nº 0040090-71.2012.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, relatada pelo Desembargador LEME DE CAMPOS, julgada em 26.8.2013) (realce nosso).*

*“EMENTA: COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS E PENSÕES – FEPASA – Pretensão de restabelecimento da estrutura de cargos e salários implementada pela FEPASA a partir do piso salarial da categoria, de 2,5 salários mínimos, com o recálculo das remunerações das classes superiores – Sentença de improcedência – Apelo dos autores – Pretensão não albergada pelo ordenamento jurídico Lei 9.343/1996 e Acordo Coletivo de Trabalho 1995/1996 – O Estado de São Paulo somente tem obrigação de pagar aos ferroviários inativos e pensionistas da extinta FEPASA a complementação de seus proventos e pensões – Piso salarial tem por função apenas garantir que os membros da categoria não percebam salários abaixo do fixado, não podendo ser estendido automaticamente para reajustar proporcionalmente a remuneração das demais categorias – Precedentes da Corte. Apelo desprovido.*

*(...)*

***Com efeito, não há qualquer previsão legal ou contratual que respalde a majoração das pensões a partir do piso, respeitando-se as diferenças entre as classes. A citada cláusula 4.17 do Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996 somente reajusta o valor do piso, que tem por***

***função garantir a remuneração mínima dos funcionários das carreiras iniciais, não podendo ser estendido automaticamente para reajustar proporcionalmente a remuneração das demais categorias.”***

*(Apelação nº 0037072-76.2011.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, relatada pelo Desembargador JOÃO CARLOS GARCIA, julgada em 7.8.2013) (realce nosso).*

*“1. PROCESSUAL CIVIL. Apelação. Agravo deduzido contra decisão do relator que deu provimento à apelação da ré. O art. 557 do CPC introduziu nova dinâmica ao princípio do colegiado no objetivo de descongestionar as pautas de julgamento. Assim, autoriza o relator a proferir desate monocrático, o que aqui se verifica. 2. APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA EXTINTA FEPASA. Não tem albergue legal a pretensão ao recebimento do reflexo do piso salarial de 2,5 salários mínimos nas classes salariais do PCSF, mantendo-se a equidistância média entre as referidas classes. 3. Agravo não provido.*

*(...)*

***No caso, todavia, não pretendem as apeladas o pagamento do piso salarial de 2,5 salários mínimos, mas o reflexo desse piso nas classes salariais do Plano de Cargos e Salários da Fepasa, mantendo-se a equidistância média entre as referidas as classes.***

*(...)*

***Não há qualquer previsão legal ou contratual que respalde a majoração das pensões a partir do piso, respeitando-se as diferenças entre as classes. A cláusula 4.17 do Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996 somente reajusta o valor do piso, que tem por função garantir a remuneração mínima dos funcionários das carreiras iniciais, não podendo ser estendido automaticamente para reajustar proporcionalmente a remuneração das demais categorias.”***

*(Agravo Regimental nº 0011503-73.2011.8.26.0053/50000, 7ª Câmara de Direito Público, relatada pelo Desembargador COIMBRA SCHMIDT, julgada em 1.4.2013) (realce nosso).”*

5. Os fundamentos da improcedência do agravo interno foram a não prorrogação da Convenção Coletiva, bem como a ausência de previsão quanto ao reenquadramento dos ferroviários que recebiam mais de 2,5 salários mínimos.

O Recurso Extraordinário nº 603.451/SP, relatado pela Ministra ELLEN GRACIE, publicado em 23.4.2010, está assim ementado:

***“EX-EMPREGADO DA FEPASA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE 4. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR NOVA BASE DE CÁLCULO. RATIFICAÇÃO DA***

*JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*”

Portanto, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima não altera o que foi decidido por esta Turma Julgadora.

Nesse sentido, entendimento desta 10ª Câmara de Direito Público:

*“EMENTA: FEPASA. Aposentados e Pensionistas. Complementação de pensão. Piso salarial de 2,5 salários previsto no Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996 para os funcionários em atividade. Pagamento do piso salarial de 2,5 salários mínimos nos anos posteriores. Impossibilidade. Contrato válido apenas para o biênio 1995/1996. Inexistência de prorrogação. Adequação do acórdão ao decidido pelo E. STF no RE 603.451/SP, DJ 11.03.2010. Acórdão mantido.”*

(Apelação nº 0042219-49.2012.8.26.0053, rel. Des. PAULO GALIZIA, julgada em 17.11.2014).

Destarte, pelo meu voto, mantenho o decidido.

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032915-59.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes/apelados LUAN HENRIQUE SANCHES (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA LUZIA SANCHES (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso da ré e negaram provimento ao recurso do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.752)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 11 de outubro de 2017.

ALIENDE RIBEIRO, Relator



**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Abordagem policial abusiva e condução de menor para unidade de saúde para confirmação de ingestão de drogas – Força utilizada na imobilização do autor e em sua apreensão que é compatível com a resistência oferecida no momento da abordagem – Realização de procedimentos médicos que se deu sem suporte em ordem judicial ou em autorização legal, mas fundada apenas em suspeita de que o menor ingerira drogas – Procedimentos cuja realização não era necessária à efetiva investigação dos fatos, que poderiam ter sido apurados de forma mais adequada à preservação da integridade física do autor e com base nas ferramentas fornecidas pela legislação penal – Configuração do dever de indenizar – Redução do montante indenizatório – Recurso da ré parcialmente provido e recurso do autor não provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária proposta por Luan Henrique Sanches em face da Fazenda do Estado de São Paulo a fim de obter provimento jurisdicional que condene a ré ao pagamento de danos morais decorrentes de abordagem policial abusiva, caracterizada por uso de violência e pela condução do autor, então menor de idade, a hospital público para realização de lavagem gástrica e outros procedimentos médicos, diante da suspeita de ingestão de drogas.

A r. sentença de f. 289/292, declarada a f. 300, julgou o pedido procedente, sob fundamento de que, ainda que houvesse justa causa à abordagem policial, há comprovação, por laudo médico pericial, de que o autor foi tratado de forma truculenta e excessiva, especialmente se considerada sua idade na época dos fatos (15 anos). Entendeu, ainda, que houve falha crassa do Estado, que por mais de três horas (das 19h às 22h15) se absteve de comunicar a família do autor a respeito de sua apreensão e condução para unidade de saúde, em violação aos artigos 106 e 107 do Estatuto da Criança e do Adolescente e ao artigo 5º, LXVI, LXII e LXIII da Constituição Federal. Destacou, ainda nesse sentido, que não havia situação de flagrância que justificasse a conduta adotada pelos policiais militares, já que não foi encontrado material ilícito com o autor. Em face disso, condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).



Inconformadas, apelam as partes.

De um lado, pretende o autor a majoração do montante indenizatório, que entende que deveria ter sido fixado no valor dado à causa (R\$ 54.500,00 – cinquenta e quatro mil e quinhentos reais) (f. 303/308).

De outro, a Fazenda do Estado de São Paulo visa à reforma da decisão, sob argumento de que a conduta dos agentes policiais se mostrou compatível e proporcional à atitude do autor, que, ao ser abordado, tentou fugir do local. Especificamente com relação à demora na comunicação da família do autor, salienta que não foi despropositada e que de sua ocorrência, por si só, não decorre dano moral indenizável. Aponta para o fato de que não há comprovação de nenhum fato passível de gerar a reparação pretendida. Subsidiariamente, busca a redução do montante indenizatório e a adequação dos índices de juros moratórios e de correção monetária aos termos da Lei Federal nº 11.960/09 (f. 309/317).

As contrarrazões foram apresentadas a f. 332/336 e 321/330, respectivamente.

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, recebo os recursos em seus regulares efeitos.

Com relação ao recurso da Fazenda do Estado, há de se destacar, de início, que não há impugnação com relação à dinâmica factual descrita pelo autor – o que se pretende, no caso, é o reconhecimento de que a abordagem policial e a condução a hospital público não são suficientes a configurar dano moral indenizável.

Conforme se extrai do relatório de Apuração de Denúncia (RE 024) que o autor, com 15 anos de idade na data dos fatos, foi abordado em 23/03/2010 por policiais militares “*acionados via COPOM para atendimento de ocorrência na Rua Álvares Cabral, nº 70, onde havia denúncia de que dois indivíduos, sendo apontadas as características, estariam comercializando entorpecentes (...) pelo local os policiais depararam com dois indivíduos, com as características passadas, as quais, ao notar a presença da viatura colocaram algo em suas bocas e em seguida se separaram, sendo um deles identificado como Eduardo abordado imediatamente e outro identificado como Luan, que tentou se esquivar da abordagem, resistindo, sendo necessário o emprego de força física para contê-lo*” (f. 218).

Imobilizado o autor, foram os menores então conduzidos ao plantão policial e, posteriormente, a sucessivas unidades de saúde, já que havia a suspeita de que haviam engolido drogas com o objetivo de ocultá-las dos policiais militares, em poder dos quais o autor permaneceu das 19h00 do dia 23/03/2010 até aproximadamente as 17h00 do dia 24/03/2010.

Desse quadro fático, observa-se, em primeiro lugar, que não há demonstração de que a força utilizada na imobilização do autor e em sua apreensão tenha sido exercida de maneira desproporcional ou excessiva, já que a presença de arranhões e de ferimentos de natureza leve é compatível com a resistência oferecida pelo menor no momento da abordagem – de modo que não há, neste ponto, conduta indenizável.

Em segundo lugar, não obstante, verifica-se que a apreensão do autor e a realização dos diversos procedimentos médicos que se seguiram (Raio-X, tomografia, lavagem gástrica por meio de sonda nasal) se deu sem suporte em ordem judicial ou em autorização legal, mas fundada apenas em **suspeita** de que o menor ingerira drogas ao que se acrescenta, ainda, que não há nos autos demonstração de urgência (médica ou investigativa) que justificasse tanto a pronta condução do autor às unidades de saúde quanto a sua permanência sob escolta policial por quase vinte e quatro horas, ao cabo das quais não foram encontrados objetos ilícitos em poder do autor.

Diante dessas constatações, tem-se que os procedimentos adotados após a apreensão – e cuja realização não era necessária à efetiva investigação dos fatos, que poderiam ter sido apurados de forma mais adequada à preservação da integridade física do autor e com base nas ferramentas fornecidas pela legislação penal – resultaram em diversas violações a direitos e garantias individuais, e, neste ponto, mostram-se suficientes a gerar o dever de indenizar, conforme reconhecido pela decisão de primeiro grau.

É caso, no entanto, de redução do montante indenizatório, de modo que seja observada a proporcionalidade, sopesado o sofrimento do autor e a circunstância de que a verba indenizatória não deve ser fixada em valor vil ou inexpressivo, mas também não deve ser transformada em fonte de enriquecimento, a fim de descaracterizar sua finalidade.

Consideradas, assim, a causa e as consequências do ato ilícito, a quantia fixada pelo Juízo de primeira instância, no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), comporta adequação, com sua redução para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No mais, no que diz respeito à aplicação da Lei nº 11.960/09 ao presente caso, destaca-se que em atenção ao julgamento definitivo e com repercussão geral, proferido em 17 de outubro de 2012, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no REsp nº 1.205.946/SP, com o reconhecimento de que a Lei 11.960/09 possui aplicação imediata aos processos em curso, a jurisprudência vinha se posicionando no sentido da aplicação imediata da lei aos processos em curso (inclusive naqueles propostos antes da vigência da legislação).

Ocorre que com o julgamento, em 14 de março de 2013, das ADIs

4357 e 4425 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, foi declarada a inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei nº 11.960/09, o que afastou a obrigatoriedade de aplicação da repercussão geral.

Esclareço, nesse ponto, que a questão da aplicabilidade ou não da referida lei aos processos já em curso por ocasião de sua vigência (ou propostos em data posterior), matéria que fora objeto da decisão de repercussão geral que restou superada pelo superveniente julgamento das ADI pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, não se confunde com inconstitucionalidade da referida lei.

Em face dessas premissas, o que se tem, hoje, é que a aplicação da Lei nº 11.960/2009 somente foi determinada, na modulação, para os precatórios expedidos até 25/03/2015, situação que não abrange a destes autos.

Ademais, a determinação do Exmo. Ministro Luiz Fux no sentido de que os pagamentos de precatórios, até a modulação dos efeitos da ADI 4357, continuem a ser efetuados na forma como já vinham sendo feitos não altera a questão.

E a Lei nº 12.703/12 (Medida Provisória nº 567/12), não interfere nesse quadro.

Nesse contexto, a questão será objeto de decisão em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, decisão que afetará os processos em que ainda não se encontrar finalizada a fase de execução do julgado. À falta desta definição por ocasião do processamento do presente recurso, há de prevalecer, nesta oportunidade (e até que sobrevenha a mencionada decisão com repercussão geral), o decidido pelo r. sentença apelada.

Acrescente-se, por fim, que as teses recentemente firmadas pelo C. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870947 (Tema nº 810), ainda não transitado em julgado, mostram-se compatíveis com o aqui decidido.

Assim, dou parcial provimento ao recurso da Fazenda do Estado apenas para reduzir o montante indenizatório – o que resulta, conseqüentemente, no não provimento do recurso do autor.

O caso é, assim, de dar parcial provimento ao recurso interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo e de negar provimento ao recurso interposto por Luan Henrique Sanches e outro (ref. proc. n.º 0032915-59.2011.8.26.0506, da 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Ribeirão Preto, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

**Resultado do julgamento: deram parcial provimento ao recurso da ré e negaram provimento ao recurso do autor.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1044699-12.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados INCORPORADORA TOBIAS BARRETO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA., TOBIAS BARRETO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., CGD EMPREENDIMENTOS S/A, CETESB - COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL, PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e BANCO SANTANDER (BRASIL).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U. Declara voto convergente o Des. Luis Fernando Nishi., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.012)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

PAULO ALCIDES, Relator

**Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO. CONJUNTO PROBATÓRIO ADEMONSTRAR QUE OS DANOS AMBIENTAIS TEM COMO CAUSA A ATIVIDADE DE TERCEIRO, QUE ESTÁ SENDO DEMANDADO EM OUTRO PROCESSO. RÉUS QUE NÃO SÃO OS PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL E TOMARAM TODAS AS MEDIDAS QUE LHE CABIAM COM O OBJETIVO DE RECUPERAR O TERRENO. ÍNDICES COLETADOS INCAPAZES DE COLOCAR EM RISCO A SAÚDE DOS OCUPANTES DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO BEM DECRETADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

**VOTO**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO

DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. sentença (fls. 3561/3570), relatório adotado, que julgou improcedente o pedido da ação civil pública proposta contra TOBIAS BARRETO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E OUTRA.

Postula a condenação das empresas réas que, segundo o recorrente, têm responsabilidade objetiva pelos danos ambientais. Pede a condenação do Município de São Paulo no dever de abstenção de expedir alvará de conclusão de obras – habite-se – até a efetiva remediação ambiental da área. Aduz que as sugestões técnicas da CETESB são insuficientes para determinar a remediação de uma área contaminada, uma vez que não atende o princípio da reparação integral estampado na Constituição Federal; requer, também, a condenação da CETESB na obrigação de analisar e fiscalizar a execução do projeto aprovado, abstendo-se de expedir termo de reabilitação da área até a sua recuperação definitiva (fls. 3576/3620).

Recurso processado e contrariado. A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento recursal (fls. 3704/3716).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública ambiental julgada proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO com o objetivo de impor às réas o dever de recomposição de área exposta a contaminação de solo.

Contesta o *Parquet* a forma de recuperação da área indicada pela CETESB. Aduz o representante ministerial que:

*“a remediação vistas ao uso declarado e afastamento do risco à saúde humana para determinados cenários permite, como aconteceu no presente caso, a manutenção no meio ambiente de concentrações de contaminantes muito acima dos valores de intervenção.*

*Isto porque, considerando a intervenção realizada na área somente para afastar o risco à saúde humana (e é isto que a CETESB exige) permanecerão contaminações em níveis tais que não atenderão sequer ao disposto nos artigos 6º, c.c. com o 3º, inc. XXIII, da Lei Estadual nº 13.557/09 e nos artigos 6º, c.c. o 3º, no parágrafo único, no sentido de devolver ao solo as suas principais funções.*

*Para que isso possa ocorrer, seria necessário que apresentassem um plano de intervenção visando atingir os Valores de Prevenção estabelecidos pela CETESB (VP).*

*É que, para a tomada de decisão do órgão ambiental basta o afastamento dos riscos à saúde humana, sendo que, para a existência desses, são necessárias três condições: 1) a contaminação (substância tóxica); 2) o receptor (ser humano susceptível de ser contaminado) e, 3) a(s) rota(s) (caminho entre os contaminantes e o(s) receptor(es)).*

*Nessa toada, o responsável pela remediação deve apresentar à*

*CETESB as seguintes informações: quais são os contaminantes existentes na área, quais os cenários de exposição do ser humano e, por fim, a forma de eliminar as vias ou rotas de exposição.*

*Nessa toada, o responsável pela remediação deve apresentar à CETESB as seguintes informações: quais são os contaminantes existentes na área, quais os cenários de exposição do ser humano e, por fim, a forma de eliminar as vias ou rotas de exposição.*

*Vê-se, portanto, que para a CETESB aprovar o projeto de remediação da área, basta o responsável constar em seu projeto medidas de engenharia e de restrição, eliminando as vias ou rotas de contaminação. Ou seja, em alguns casos, para a Agência Ambiental paulista em havendo a impermeabilização do solo (laje de concreto ou aplicação de camada considerável de solo limpo) e restrição do uso de água subterrânea, eliminando-se as rotas possíveis de contaminação do ser humano, não há a necessidade de mais nenhuma medida.*

*O plano de remediação aprovado pela CETESB não abarca a proteção integral ao meio ambiente, em especial ao solo e às águas subterrâneas, sendo que os Valores Orientadores de Intervenção conflitam com os objetivos da reparação integral dos danos ambientais”.*

Não, há, contudo, razões para a alteração da r. sentença.

Em Direito Ambiental, a responsabilidade tem “*natureza “propter rem”, isto é, vincula a pessoa à coisa ou, por outras palavras, estende a responsabilidade pela reparação dos danos a todos que detenham a posse de imóvel, não importando se contribuíram ou não para a eclosão do dano ambiental. Além disso, a obrigação também é classificada como objetiva, isto é, independe de culpa”* (Apelação nº 1002779- 96.2013.8.26.0278, Rel. Moreira Viegas, j. em 17/11/2016).

Assim, embora a contaminação do solo tenha sido causada pela empresa “Metalúrgica Ventisilva Ltda.” (que durante muitos anos utilizou solventes clorados em suas atividades industriais), o fato de ter adquirido e incorporado a área objeto da ação torna as requeridas responsáveis solidárias no dever de recuperação ambiental.

E à luz do conjunto probatório, tal obrigação foi cumprida pela Tobias Barreto, que apresentou e executou adequadamente o “Plano de Intervenção Complementar” (aprovado pela CETESB).

O remanescente de contaminação ainda existente na área decorre da continuidade da atividade industrial da empresa “VentiSilva”, em terreno contíguo ao imóvel objeto da demanda.

Nesse sentido, o parecer da CETESB, objetivo ao informar que “*foram adotadas medidas de remediação para redução das concentrações dos*

*contaminantes no solo e nas águas subterrâneas, principalmente por solventes halogenados e seus produtos de degradação, com o objetivo de viabilizar o usos residencial da área. Destacou-se, ainda, que a maior parte da massa de contaminantes nas águas subterrâneas é proveniente de indústria vizinha, onde estão sendo exigidos pela CETESB a realização das devidas investigações e adoção de medidas de intervenção, conforme Lei 13.577/2009 e Decreto 59.263/2013”.*

Ao que consta, o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra a empresa “Ventisilva”, em trâmite na 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo (processo nº 1050605- 80.2014.8.26.0053).

A agência ambiental atestou, ainda, que “*com a realização das medidas de intervenção houve a viabilização da construção de empreendimento residencial, de acordo com as diretrizes da região, ocupada anteriormente por indústrias”.*

Assim, seja porque as requeridas cumpriram com as obrigações legais a elas cabíveis de recuperação da área, seja porque as medidas tomadas, de acordo com a autoridade ambiental, são suficientes a emprestar segurança ao uso residencial do imóvel, os pedidos do Ministério Público eram mesmo improcedentes.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE**

#### **(Voto nº 24.046)**

Vistos.

Sustenta o Ministério Público do Estado de São Paulo, em síntese, que o processo de remediação elimina tão somente os riscos à saúde humana, sendo insuficiente para a reparação integral do meio ambiente, uma vez que não promove a efetiva descontaminação do subsolo e águas subterrâneas, que continuará a degradar o meio ambiente.

Conquanto, de fato, o ilustre *Parquet* não questione, por si só, as medidas de intervenção e remediação já executadas pela corrê Tobias Barreto, aduz a insuficiência de tais determinações do órgão ambiental, na medida em que se impõe a necessidade da reparação *in integrum* do meio ambiente, **sem provar, contudo, tal alegação.**

Inicialmente, em parecer técnico realizado em 10.11.2011 (fls. 36/38), a CETESB concluiu que: “As medidas de intervenção propostas visando evitar risco à saúde dos futuros ocupantes da área e dos trabalhadores das obras são consideradas adequadas, as obras podendo ocorrer concomitantemente à remediação da área.” (sem grifos no original).



Resta incontroverso nos autos que, implantado o processo de remediação, **a corré Tobias Barreto executou todas as medidas, eliminado todos os contaminantes que pudessem oferecer riscos aos futuros ocupantes da área**, conforme concluíram a 4ª e 5ª campanhas de monitoramento pós-remediação de água subterrânea, realizadas, respectivamente, em maio e outubro de 2014 (fls. 674/675; 1.886/1.887).

Após o último relatório de monitoramento – 5ª campanha – houve, ainda, parecer favorável do órgão ambiental para a emissão do termo de reabilitação da área para o uso residencial, com restrição de uso das águas subterrâneas, propondo a realização de três campanhas de monitoramento semestrais da água subterrânea e de valores, com o objetivo de acompanhar a variação das concentrações de contaminantes, sem prejuízo de se exigir, a depender dos resultados, novas medidas de intervenção (fls. 3.079/3.080).

É certo que **as corrés cumpriram devidamente com as obrigações legais a ela impostas através do Plano de Intervenção**, aprovado à luz da legislação aplicável à espécie (fls. 2.885/2.925), notadamente sem a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.577/2009, do Decreto nº 59.263/2013 ou da Resolução Conama nº 420/2009, que tratam sobre o gerenciamento das áreas contaminadas.

Pelo contrário, o Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça julgou improcedente a ADI nº 0210197-50.2011.8.26.0000, em que se questionava a constitucionalidade do art. 10 da Lei Estadual nº 13.577/2009 (cf. Acórdão de fls. 3.186/3.210).

Na oportunidade, asseverou-se que o parágrafo único do art. 10 da Lei Estadual nº 13.577/2009: “*não aponta para qualquer espécie de insuficiência quanto à proteção ambiental almejada pela Constituição Federal. O dispositivo não permite sejam ultrapassados os Valores de Prevenção nem resguarda o agente contra a responsabilidade por eventuais danos causados por sua atividade. Em verdade, impõe para tal hipótese a necessidade de nova avaliação pelo órgão ambiental, o qual, em consideração às circunstâncias concretas, deverá tomar as providências necessárias à proteção do meio ambiente. Ao determinar que os responsáveis legais pela introdução no solo de cargas poluentes deverão proceder ao monitoramento dos impactos decorrentes, a lei não confere uma autorização para poluir. Não se afastam as penalidades administrativas ou penais previstas na legislação ambiental ou a responsabilidade objetiva prevista no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. O dispositivo objurgado também não limita a atuação do órgão ambiental, que, em vista de nova avaliação, deverá proibir a continuidade da atividade e impor outras medidas caso necessárias á prevenção e á reparação dos danos ao meio ambiente.*” (fls. 3.196 – sem grifos no original).

Dessa forma, adotados os parâmetros estabelecidos na legislação

pertinente, com a execução de todas as medidas de remediação da área contaminada, possível reconhecer a adequada tutela do meio ambiente.

Desarrazoada, assim, qualquer outra exigência, que constituiria excesso e arbitrariedade, mesmo porque constitui objetivo na gestão das áreas contaminadas promover a reabilitação, a fim de possibilitar a reutilização da área remediada (art. 2º da Lei Estadual nº 13.577/2009; art. 22 da Resolução Conama nº 420/2009), como na hipótese dos autos, em consonância com a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da função socioambiental da propriedade.

Deve-se observar com ponderação o princípio da reparação integral do meio ambiente, uma vez que, no caso dos autos, a área impugnada, à época em que houve a contaminação do subsolo e águas subterrâneas, era utilizada para fins industriais, procedendo as corréis a sua remediação para modificar o uso do solo para residencial. Caso se imponha obrigação onerosamente excessiva, o terreno, que já se encontrava contaminado por anterior atividade industrial, assim permaneceria, sem qualquer estímulo ao adquirente para proceder à remediação da área contaminada e sua posterior reutilização.

Nesse sentido, em caso análogo, esclareceu em seu voto o Rel. Des. Ruy Cavalheiro, no julgamento da Apelação nº 1032789-75.2013.8.26.0100<sup>1</sup>:

*“A recorrente adotou todas as medidas cabíveis para a remediação da área, como estipulado pela CETESB. Nesse sentido esclarece o ofício de fls. 521/535 e 537/552. Considerando-se a Resolução CONAMA nº 450/2009, a Lei Estadual nº 13.577/2009 e o Decreto Estadual nº 59.263/2013, a área foi perfeitamente remediada.*

*O inconformismo da apelante se dá com relação à reparação integral da área, que pela lei não é exigida. O MINISTÉRIO PÚBLICO, por outro lado, afirma que autorizar tão somente a remediação afronta o princípio da reparação integral do meio ambiente.*

*Pois bem. As preliminares possuem estrita ligação com o mérito. Assim, passo a análise meritória.*

*É certo que o artigo 225 da Constituição Federal prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, com fulcro no § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.938/81, o poluidor é obrigado a reparar os danos causados ao meio ambiente.*

*Contudo, não se mostra razoável exigir a adoção de solução técnica distinta daquela imposta pelo órgão ambiental, notadamente sem a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.577/09 e do Decreto nº 59.263/2013.*

*Há de se convir que existe um dever do Estado em agir para proteger o meio ambiente. Embora seja certa a vedação de tutela insuficiente do*

1 Apelação nº 1032789-75.2013.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 03.03.2016.

meio ambiente, por outro lado, há a proibição de intervenção excessiva.

O exercício do dever de agir não deve levar em consideração apenas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da reparação integral. Também deve ser considerado o desenvolvimento sustentável, o direito de propriedade e as normas urbanísticas que permitem a ocupação do solo.

Se partirmos do extremismo, toda ocupação humana causa impacto ambiental. Por isso a necessidade de atuação estatal, quer por meio da normatização, quer por meio do exercício de poder de polícia, em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade.

A defesa do direito à reparação integral e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando em desacordo com os demais princípios e com os valores comunitários, pode gerar arbitrariedades que não devem ser permitidas.” (sem grifos no original)

Inexiste, assim, qualquer afronta constitucional às medidas de remediação estipuladas pela CETESB, que se revestem de legalidade, não ilidida nos autos pelo apelante.

No mais, resta incontroverso também que a contaminação das águas subterrâneas, a que pretende o *Parquet*, ora apelante, seja objeto de reparação integral, decorre de fonte externa, originária do terreno contíguo, em razão da atividade industrial da empresa “Metalúrgica Ventisilva Ltda.” (fls. 271), cuja discussão, como bem salientado pelo ilustre Relator, já se encontra *sub judice* na ação civil pública nº 1050605-80.2014.8.26.0053, ainda pendente de julgamento.

Por fim, é de ressaltar, ainda, que o próprio parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é no sentido do improvimento do recurso (fls. 3.704/3.716), aduzindo que:

“Vasta documentação carreada aos autos dá conta de que o plano de remediação firmado se mostra suficiente para a descontaminação do solo e das águas subterrâneas da área em questão, atingindo as finalidades pelas quais foi proposto. Assim, cumprindo as imposições legais e preenchendo os padrões relacionados ao controle da poluição, a CETESB não é obrigada a elaborar novo estudo. A Lei Estadual nº 13.577/09 e a Resolução CONAMA nº 420/09, estabelecem valores de referência a fim de balizar a gestão das áreas contaminadas. Uma vez detectada contaminação acima dos valores de intervenção preestabelecidos, o responsável deve proceder à remediação visando atingir metas que variarão conforme o uso que se dará ao solo, se residencial ou industrial, para as áreas urbanas. Desse modo, estabelecem que a reparação deve ser compatível com os usos previsto se, portanto, a remediação da área não é feita na integralidade, mas tão somente até que se alcancem níveis que não apresentam risco à saúde humana para o uso que se dará ao imóvel, conforme declarado pelo proprietário quando da apresentação do plano de intervenção. As medidas pleiteadas no caso em testilha têm o

*escopo de eliminar o risco à saúde da pessoa humana. As concentrações de contaminantes no subsolo e águas subterrâneas permanecerão na área contaminada, mas com a remediação será possível a reutilização segura do solo. Sendo assim, desnecessária a realização de novo estudo pela CETESB, uma vez que o plano originalmente elaborado atingiu suas finalidades, havendo a reabilitação da área necessária para sua utilização segura.*” (fls. 3.713/3.714 – sem grifos no original).

Outro não poderia ser, destarte, o desfecho recursal, que acompanho, com acréscimo das considerações ora declaradas, pelo **IMPROVIMENTO RECURSAL**.

LUIS FERNANDO NISHI, 2º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039685-19.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelada FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP), é apelada/apelante ANDREIA PEREIRA QUEIROZ MONTEIRO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso da FESP e negaram provimento ao recurso de apelação adesivo, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARREY UINT (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 02 de outubro de 2017.

MÔNICA SERRANO, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO – Processo Criminal – Restituição de bens apreendidos da acusada – Bens que não foram restituídos quando determinada sua absolvição – Devolução devida – Responsabilidade Civil – Ação Criminal por extorsão, lavagem de dinheiro e porte ilegal de arma – Absolvição da acusada – A absolvição, por si só, não enseja indenização – Processo penal seguiu seu curso normal – Direito de acusação do estado – Recurso PARCIALMENTE PROVIDO, para se determinar incabível indenização por dano moral.**

**RECURSO DE APELAÇÃO ADESIVO – Pretensão de aumentar o dano moral fixado em sentença – Descabimento de condenação por dano moral – RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela FESP contra a sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a ora apelante à restituição de valores e bens apreendidos pelo Estado, além de indenização por dano moral. No mais, deferidos benefícios da justiça gratuita.

Nas razões de apelação, a FESP alegou em suma que a sentença deve ser reformada posto que (i) o Estado seria ilegítimo para figurar no polo passivo da presente ação, já que os bens foram devolvidos à vítima; (ii) absolvição criminal não importa efeitos civis; (iii) inexistência de dano moral. Pugna pela reforma da decisão.

O recurso foi recebido em seus efeitos legais. Apresentada contrarrazões às fls.115/119.

A ora paleada apresentou recurso adesivo (fls.120/124) requerendo a majoração dos danos morais fixados.

É o relatório.

Com relação à ilegitimidade passiva, não se pode acolher tal pretensão. Isto porque os bens reclamados foram apreendidos e estavam sob a custódia do Estado desde então. Assim, tendo sido entregues à terceiros indevidamente, cabe responsabilização e ressarcimento pelo ente público.

Deste modo, o ressarcimento dos bens apreendidos quando da detenção da apelada, tendo sido absolvida por falta de provas, é medida de rigor. Ora, pelo que consta destes autos, a autoria não restou configurada; sequer se os bens em questão eram mesmo produto de crimes. Portanto, a decisão de absolvição não gera efeitos imediatos na esfera civil no que tange à indenizações e afins. Contudo, no presente caso trata-se, pura e simplesmente de ressarcir a apelada dos bens que lhe foram apreendidos e estavam sob custódia do Estado. Portanto, correta, neste quesito, a sentença prolatada, sendo de rigor o desacolhimento da pretensão estatal.

Contudo, com relação à indenização por dano moral, tem-se ser descabida.

A apreensão do Playstation e de valores em moeda internacional não geram pura e simplesmente danos à personalidade da apelada, assim dizer dano à sua honra ou sua imagem.

Outrossim, não há prova da repercussão prejudicial ocorrida no aspecto objetivo do seu direito da personalidade, enquanto preservação da integridade

moral (isto é, no campo da honra objetiva, da fama). Simples aborrecimentos usuais da vida não tem o condão de gerar reparação em pecúnia.

Aliás, mero aborrecimento não é, por si só, capaz de caracterizar o dano moral, tendo em vista que a jurisprudência é uníssona no sentido de que o mero dissabor, o aborrecimento e a irritação estão fora da órbita do dano moral.

Em relação aos atos do Poder Judiciário, há que se ter cautela quanto à responsabilidade objetiva estatal. Ora, o processo não é algo cartesiano e, respeitados as garantias constitucionais e a lei, não há que se falar em erro por parte do julgador.

Aliás, a Constituição Federal prevê reparação de danos ao condenado por erro judiciário (condenação definitiva) e ao condenado que ficar preso além do tempo fixado em sentença.

*LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;*

Assim, temos que a expressão “erro judiciário” deve ser interpretada de forma a abarcar hipóteses de diversidade e negação das leis vigentes, dizendo respeito à erro inescusável e substancial.

Ora, o que se pode constatar dos documentos acostados aos autos é que a pelada, infelizmente, teve contra si processo criminal e ao final, foi absolvida. Contudo, a absolvição, por si só, não leva à conclusão de que o processo em si sofreu erros passíveis de indenização.

Se assim fosse, estaríamos tolhendo o julgador, e até o acusador de atuar em caso de dúvida, o que é absolutamente inaceitável. O processo serve justamente para discussão e comprovação dos fatos alegados. O *jus puniendi* é direito e dever do Estado.

Importante frisar que não é qualquer ato do judiciário que enseja indenização. Como já relatado, há que ser algo robusto e substancial, relativo à decisão contrária à lei ou conjunto probatório, bem como permanência do acusado por tempo demasiado em cárcere estatal. Caso contrário, estaríamos alijando o Estado de seu poder-dever de apurar crimes graves, o que não se pode aceitar. Respeitados os princípios e garantias constitucionais e processuais penais, não há que se falar em erro judiciário.

Aliás, o apelante teve asseguradas, em seu favor, todas as garantias. A posterior absolvição não torna o processo ilegal.

Ensina I. Yussef Said Cahali<sup>1</sup>:

*(...) entende-se, nesta linha, que corretamente decretada prisão cautelar, provisória ou preventiva, fundamentada nos elementos até então constantes dos autos, a simples absolvição, posterior, do acusado por*

1 *Responsabilidade civil do Estado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 482.

*insuficiência de provas não gera por si direito a indenização, posto que aquele ato de persecução criminal, legalmente previsto, repousa em juízo provisório.*

Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal, à exaustão:

*APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUPOSTA PRISÃO ILEGAL – Suposto cometimento de crime de tráfico de drogas – Prisão em flagrante – Manutenção da prisão preventiva por treze meses – Absolvição por falta de provas – Pretensão de condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais – Descabimento – Inexistência de irregularidade na prisão cautelar, executada na presença dos pressupostos legais autorizadores – Persecução penal legitimamente procedida, fundada em atos devidamente fundamentados e realizados nos estritos limites legais – Responsabilidade civil do Estado – Inocorrência – Absolvição não torna ilegal ou ilícita a conduta do Estado, que permite que haja prisão e persecução penal nos casos estipulados em lei – Precedentes – Não comprovação de erro judiciário ou a atuação com dolo ou fraude dos agentes públicos – Ausência de excesso de prazo da prisão – Processo tramitou regularmente, dentro da celeridade possível, ante as peculiaridades do caso concreto, que exigiram a expedição de diversas precatórias, a redesignação de audiência e a realização de audiência do preso pro precatória – Constrangimento ilegal não caracterizado – Sentença de improcedência mantida – Recurso do autor improvido. (Apelação 1000879-47.2016.8.26.0125; Relator Maurício Fiorito; 3ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 25/07/2017).*

*Ação de indenização de dano moral. Porto Ferreira. Denúncia e instauração de ação penal por crime de roubo qualificado. Prisão preventiva, com posterior absolvição por falta de provas. Inexistência de erro judiciário. Reparação de danos indevida. Precedentes. Sentença de improcedência. Apelação não provida. (Apelação 0005414-33.2014.8.26.0472; Relator Antonio Celso Aguilar Cortez; 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 29/05/2017).*

*APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. Autor que, denunciado por roubo qualificado, teve a prisão preventiva decretada e permaneceu preso no curso do processo, sendo, ao final, absolvido por insuficiência probatória (art. 386, VI, atual VII, do CPP). Prisão cautelar necessária e deferida em decisão fundamentada, com amparo no disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Presença, no início da persecução penal, do ‘fumus delicti comissi’ e do ‘periculum libertatis’. Ausência, neste caso, de dano*



*moral suscetível de indenização. A prisão indevida não se confunde com a que se mostrou necessária em certo momento da persecução penal. Ausência de demonstração de dolo, abuso, desvio ou descumprimento da lei que justificassem a indenização pretendida. Responsabilidade civil do Estado não caracterizada. Sentença de improcedência do pedido mantida. Honorários advocatícios majorados na forma do art. 85, § 11, do CPC/15, em atenção ao trabalho adicional do causídico. Recurso não provido. (Apelação 1003080-39.2016.8.26.0019; Relator Djalma Lofrano Filho; 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 19/04/2017)*

O E. STF decidiu:

*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. C.F., art. 37, § 6º.*

*I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F.*

*II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário - C.F., art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.*

*III. Negativa de trânsito ao RE. (RE 429518/SC).*

Enfim, por muito menos razão, seria cabível indenização por dano moral em face de perda de videogame e numerários em moeda internacional.

Poderíamos pensar, no máximo, em danos materiais, mas não ofensas ao direito da personalidade.

Por fim, no que tange ao recurso adesivo, por decorrência lógica dos elementos expostos, descabido o seu acolhimento quanto à majoração. Se não cabe indenização por dano moral, muito menos falar em aumento do *quantum*.

Ademais, cumpre esclarecer que não foi dada oportunidade para que a FESP apresentasse contrarrazões posto que a decisão em nada prejudicou-a. Neste sentido é o enunciado 03 do ENFAM: *É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.*

Posto isto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA FESP** para acolher o descabimento à indenização por danos morais. No mais, mantém-se o exposto na sentença.

Por fim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação adesivo.

Desde já ficam prequestionadas todas as questões levantadas e discutidas pelas partes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001939-12.2014.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante/apelado CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REGIÃO DE JALES CONSIRJ, é apelado/apelante TAYNARA GABRIELA DA SILVA.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso adesivo e negaram provimento à apelação, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.447)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

**Ementa: Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência médica, conducente a morte fetal. Nexo causal demonstrado. Recurso da ré desprovido.**

**Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência médica, conducente a morte fetal. Nexo causal demonstrado. Majoração do *quantum* indenizatório e da honorária. Admissibilidade. Recurso adesivo da autora provido.**

### VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido procedente ação indenizatória proposta por TAYNARA GABRIELA DA SILVA em face do CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REGIÃO DE JALES, que restou condenado a pagar a ela R\$ 50.000,00 por danos morais, contra o que as partes apelaram.

O réu, para inversão do resultado (fls. 339/342); a autora, em recurso adesivo, para majoração da indenização e da honorária (fls. 350/358).

Recursos bem processados, respondidos.

**É o relatório.**

Consoante narrativa na petição inicial, em 05.11.13, por volta das 22h39min, a autora, então grávida de nove meses, com boa saúde, que vinha sob atendimento pré-natal médico com quadro de *disposição indicativa de*

*problemática relacionada à alta pressão sanguínea*<sup>1</sup>, deu entrada em Unidade de Pronto Atendimento (UPA) administrada pelo réu, com sintomas de *visão turbadada, falta de firmeza para movimentar-se, perda de sentido sensorial, etc (sic)*, atendida pelo médico Sinvaldo.

Aferida pressão arterial em 180x110, embora situação, desde logo, sugestiva de *estado de pré-eclâmpsia grave*, determinante de *encaminhamento imediato para internação em hospital de referência do Sistema Único de Saúde*, consoante *Diretriz da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetria*, deu-se apenas ministração de medicamentos, ausculta cardíaca da mãe e do feto e alta.

No dia seguinte, 06.11.13, a autora acordou com os *sintomas do dia anterior, porém agravados*. Por isso, retornou àquela unidade de saúde, acompanhada pela avó, auxiliar de enfermagem, que labora em maternidade local.

Desta vez, entrou por volta das 14h05min e foi atendida por volta das 14h55min, aferida pressão arterial em 170x110. À semelhança do dia anterior, também não foram adotadas providências clínicas fundamentais, e, tampouco, houve ausculta cardíaca; apenas ministração de medicamentos.

Assim se deu apesar de reiterados avisos ao médico José, responsável pelo atendimento, sobre a consulta do dia anterior e o provável quadro clínico de pré-eclâmpsia da autora, já manifestado noutra oportunidade, durante o chamado pré-natal.

Por volta das 16h24min, constatou-se a pressão arterial da autora em 220x140, quando, só aí, ela foi transferida para a Santa Casa de Misericórdia de Jales, hospital de referência do SUS, onde deu entrada por volta das 17h55min, quando o feto já estava morto, situação de imediato aferida pelo médico Emerson, por exame de ultrassom, submetendo-a a cesariana de urgência.

Por isso e por entender que a dinâmica dos fatos revela *total negligência* dos profissionais da UPA, veio TAYNARA GABRIELA DA SILVA com esta ação em face do CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REGIÃO DE JALES, em busca de indenização por dano moral.

Conquanto o réu tenha buscado desconstituir essas assertivas, não obteve êxito.

Assim é que, de imediato interesse, tem-se o testemunho de Dulcineia, a fls. 266, técnica de enfermagem (23'' a 27''), atuante na maternidade da Santa Casa de Misericórdia de Jales (1'39'' a 1'40''; 1'49''), relatou conhecimento sobre toda a gravidez da autora, a internação dela em razão de pressão alta, por

1 Diagnóstico feito em 09.10.13 pelos médicos José Roberto Penna e Emerson Algerio de Toledo, responsáveis pelo pré-natal da autora, na Santa Casa de Misericórdia de Jales, conforme a petição inicial (fls. 03).

volta do quarto mês de gestação (6'38" a 6'46"), tratamento, medicação e alta dias antes dos fatos em tela (09" a 22"). Quanto ao primeiro dia de atendimento na UPA, asseverou que "só deram remedinho e mandaram ela ir embora", apesar da alta pressão arterial. No segundo dia, acompanhou, por telefone, informações repassadas pela outra avó da autora (depoente Francisca) sobre o atendimento naquele nosocômio e a suma dificuldade da almejada internação, só lograda depois que a mãe da autora fez um "barraco" (48" a 1'33"; 2'18" a 3'14"), malgrado o evidente quadro de pré-eclâmpsia, determinante dessa imediata providência para toda e qualquer gestante, como é de seu conhecimento profissional (1'36" a 1'47"). Esclareceu que, após a chegada da autora na Santa Casa, local de trabalho da depoente, acompanhou pessoalmente todos os procedimentos médicos e deles até tomou parte (4'51" a 4'55"). Aduziu imediato atendimento da autora pelo médico Emerson, quem determinou pronta realização de ultrassom, confirmada a morte do feto, segundo ouviu, em conversas entre médicos, acontecida há pouco tempo, ao que se seguiu imediata cesárea de urgência (5'02" a 5'25").

A testemunha Francisca relatou conhecimento sobre a gravidez da autora, sua internação em razão de pressão alta, por volta do oitavo mês de gestação, tratamento, medicação, alta dias antes dos fatos, e recomendação do Dr. Emerson, médico dela, para internação em caso de qualquer intercorrência (16" a 2'24"). Relatou que, no primeiro dia, soube que houve atendimento na UPA, sem internação da autora. No segundo, acompanhou a autora pessoalmente no retorno àquele nosocômio, ocasião em que foi atendida pelo Dr. José, quem, tal qual o dr. Sinvaldo, no dia anterior, refutou a internação o quanto pode. Ministrou-lhe medicamento e a deixou em observação, sem amparo de qualquer profissional, médico ou enfermeiro (11'35" a 11'55"), só para ministração de "remedinho" (5'41" a 5'57"), mesmo após a depoente, profissional da área, o confrontar sobre a recomendação do Dr. Emerson, ou seja, internação em caso de qualquer intercorrência. Acrescentou que, ao indagar o médico José sobre o porquê da não internação, diante da evidente situação de pré-eclâmpsia, recebeu resposta, em tom de deboche (4'43" a 4'55"), se havia essa recomendação por escrito, passada pelo Dr. Emerson. Externou impressão de haver a autora permanecido em observação até o feto morrer (3'20" a 4'16"), quando, então, foi determinada a remoção dela para a Santa Casa pelo Dr. José, atingido o pico hipertensivo arterial de 220x140, sem sinais de batimentos cardíacos do feto por esse médico, que justificou à depoente, testemunha ocular, a falta desse sinal vital em razão da posição da autora na maca (10'36" a 11'10").

Josefina, amiga da autora (7" a 10"), acompanhou a gravidez, que teve pré-natal normal e internações no último mês em razão de pressão alta. Quanto aos fatos, declarou haver comparecido ao UPA no segundo dia do atendimento da autora, a partir das 15 horas, quando esteve com a autora até cerca de 16 horas.

Depois, ficou do lado de fora do hospital até aproximadamente as 17h20min, quando ela foi transferida para a Santa Casa (5'35" a 5'51"). Na UPA, a autora relatou a depoente sentir-se zozna, com pressão alta e sem enxergar bem, mas a ver vultos, tanto assim a ida ao banheiro com auxílio da depoente (3'49" a 4'09"). Não presenciou atendimento médico da autora (18" a 2'41"; 5'16" a 5'23"), tampouco monitoração dela por aparelhos (4'52" a 4'55"), mas, apenas, por enfermeiros, quem realizavam medições de pressão arterial (9'17" a 9'38"). Presenciou ida da testemunha Francisca à sala do dr. José, para interpellá-lo sobre o motivo da não internação, sem êxito, pois mantida a negativa (6'10" a 7'23"). Nesse dia, a autora permaneceu na UPA entre cerca de 13h30min/14h e 17h20min, dali saindo diretamente para a Santa Casa (3'16" a 3'34").

Sinvaldo (fls. 271), médico obstetra, responsável pelo atendimento da autora (36"), no primeiro dia de atendimento, diagnosticou-a com "doença hipertensiva da gravidez, no momento, em falso trabalho de parto". Ministrou-lhe medicamento e a manteve em observação até normalização da pressão arterial (2'00" a 4'20"). À pedido do juízo de origem, examinou a ficha de atendimento feito pelo Dr. José. Registrou impressão de cuidar-se de uma "fatalidade", pois a autora apresentava quadro clínico estável no dia anterior. Declarou que, no lugar do Dr. José, faria exatamente igual (5'08" a 5'30"). Pontou que, no final de seu atendimento, recomendou à autora que procurasse o médico responsável por seu pré-natal no dia seguinte, "sem falta", pois, se ela estava mesmo com pré-eclâmpsia, deveria ser atendida semanalmente por seu médico (7'39" a 7'56"). Asseverou que não era caso de internação da autora (9'40" a 9'41"), tampouco situação de urgência ou emergência, conclusão essa alcançada pela análise feita do paciente "em seu todo" (17'12" a 17'29"). Afirmou, também, que não era caso de antecipação do parto (14'25" a 14'34").

José (fls. 272), médico responsável pelo atendimento da autora no segundo dia, declarou haver a diagnosticado com pressão alta, daí a preocupação central em ministrar-lhe medicamento para a normalização, que não teve o sucesso esperado, apesar de nova dose de medicamentos. Diante disso, determinou a internação da autora na Santa Casa (18" a 1'01"; 1'59" a 2'13"). No depoimento, num primeiro momento, afirmou não haver constatado pré-eclâmpsia na autora, possível somente com exame de urina de proteinúria, não feito (2'14" a 3'30). Depois, declarou o oposto, acreditar que era caso de pré-eclâmpsia, de todo modo, só passível de cabal aferição mediante complementação de exames, não disponibilizados na UPA (3'35" a 3'55"). Reafirmou atuação com prioridade em normalizar a pressão arterial da autora, diante do risco de males ainda maiores, e que suas escolhas clínicas no caso também foram condizentes com a não detecção de nenhum outro sinal sugestivo ou determinante de imediata internação dela (3'20" a 3'30"; 8'08" a 21").

Então, da forma como os fatos foram descritos na petição inicial

e confirmados desde os documentos que a acompanharam, e à vista dos depoimentos até transcritos acima, não pairam dúvidas de ser mesmo caso de atribuição de responsabilidade à ré, situação com ressonância no artigo 37, § 6º da Constituição Federal: *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 (...)*.

Esse dispositivo constitucional giza, deveras, a responsabilização por danos causados por seus agentes, seja com dolo, seja com culpa, às pessoas jurídicas de direito público.

Embora a clareza com que já se expôs, prossigo em que, para se chegar à conclusão sobre haver, ou não, o direito reclamado pela autora, mister fixar como se deram os fatos, ou como eles restaram provados nos autos, pois sem nexos etiológico, caso não tenha havido conduta atribuível a agente(s) do réu, não há de se falar em responsabilidade dele; sem responsabilidade, não há de se falar em indenização de qualquer natureza.

São pontos incontroversos a gravidez da autora, os atendimentos a ela, a constatação de hipertensão arterial, a dispensa, o ir embora no primeiro dia, o voltar ao atendimento no segundo, as verdadeiras e reiteradas advertências ao médico José pela autora e por testemunhas quanto ao provável quadro de pré-eclâmpsia e a conseqüente e impositiva necessidade de pronta internação.

Nada obstante, houve inércia desse profissional, que insistiu em ministrar à autora nova dose de medicamentos, sem sucesso, pois, a pressão arterial passou de 170x110 (14h55min) para 220x140 (16h24min).

Então, sem sinais de batimentos cardíacos do feto, justificados à testemunha Francisca, profissional da área, pela posição da autora na maca, determinou internação na Santa Casa de Misericórdia, onde se constatou o óbito e foi realizada cesariana de urgência.

Diante disso, e pela prova pericial, entendeu o D. Magistrado de acatar os pedidos articulados na petição inicial e, com efeito, malgrado o esforço recursal do réu, a conclusão a que se chegou no I. Juízo de origem é de ser mantida.

Sob esses fundamentos, e sob vigência da teoria da responsabilidade objetiva, ou mesmo da subjetiva, provada que ficou conduta negligente, entendo estar correta a análise feita pelo D. Juiz de Direito ao fixar a responsabilidade.

Com efeito, nada há nos autos a excluir, com eficácia de excludente, a responsabilidade pelo mau atendimento à autora, como está no laudo pericial, com assertivas críticas ao procedimento médico adotado pelo médico José, coisa rara de se ver, aliás, no foro.

A renitência do médico José ao deixar de determinar a pronta internação da autora, com picos hipertensivos altíssimos, em situação em que ele mesmo em juízo declarou tudo indicar pré-eclâmpsia, evidencia culpa grave, que talvez

desbordasse até para imperícia, apurável, no caso concreto, pelo revelho critério do “homem médio”<sup>2</sup>.

Afinal, se o próprio médico José declarou, em juízo, impressão de situação clínica de pré-eclâmpsia, hipertensão arterial gestacional, *causa de alto índice de mortalidade materno fetal*, e que, se grave, é causa impositiva de internação, consoante o **expert**, a insistência na ministração de medicamento para normalização do quadro, sem a adoção de outras providências, demonstrou-se escolha absolutamente inapropriada.

E, assim, o feto veio a óbito, segundo o perito, por provável causa a *diminuição do aporte sanguíneo no início de do dia 6/11/13 pelo pico de hipertensão e/ ou pré-eclâmpsia*, que culminou em *anoxia e óbito fetal intra-uterino, além do descolamento placentário*.

Concluo, tal qual concluído na r. sentença, não terem sido desconstituídos os fatos postos pela autora, daí resultando poder ser fixada a responsabilidade tal qual se deu na r. sentença.

Resultado disso é mesmo a procedência da ação, pois, perceba-se, em reiteração, ser o evento danoso resultado do mau atendimento dispensado à autora e de que resultou no inaceitável falecimento do filho dela, um menino, com aspectos externos perfeitos, consoante fotografias carreadas aos autos (fls. 71).

Isso posto, entendo ser caso de dar provimento ao recurso da autora para determinar a majoração do valor para a indenização (R\$ 50.000,00), por certo insuficiente à consequência do erro do médico José (óbito da criança) e da apurada culpa grave (insistência em tratamento clínico absolutamente inadequado), razão por que, pelo meu voto, majoro-o para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), **quantum**, agora sim, em consonância com jurisprudência dos Tribunais Superiores em situações assemelhadas.

Por evidente, para assim concluir, não se perquire por reflexos patrimoniais ou materiais, por se cuidar de lesão imaterial, com impossibilidade de verificação quantitativa, por haver ofensa apenas a direitos da personalidade, sabendo-se serem esses direitos recaentes sobre os bens da personalidade.

O melhor neste campo tão tormentoso é o comedimento, temperando-se a necessidade de expiação com a da indenização, motivo de ter sido elevado o valor indenizatório.

Pelo meu voto, também dou provimento ao recurso da autora para, considerando o valor da condenação em tela, fixar a honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, §3º, II), considerando-se, máxime, o grau de zelo do combativo advogado da autora, trabalho adequado por ele realizado e ponderáveis natureza e importância da causa (CPC, art. 85,



§2º), assim como a majoração devida nesta etapa recursal (CPC, art. 85, §11).

Os juros serão contados da data do fato (Súmula 54 – E. STJ) e a correção monetária a partir deste julgamento (Súmula 362 – E. STJ), com nota de que o critério para sua aplicação restou resolvido no E. Supremo Tribunal Federal, ante a Repercussão Geral pelo Plenário daquela Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947-SE, Tema 810, ocorrida em 20 de setembro de 2017:

*O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina” (sem negrito no original)*

Assim resolvida a inconstitucionalidade do §12 do artigo 100 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 62/09 (e, por arrastamento, do artigo 5º, da Lei nº 11.960/09), em decorrência do julgamento da ADI 4357 e ADI 4425, a correção monetária será pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial).

Ainda na forma do julgamento no E. Supremo Tribunal Federal, os juros de mora serão os considerados para a remuneração oficial da caderneta de poupança, mas apenas e tão somente no tocante às relações jurídicas não-tributárias, como aqui se dá e tal qual está no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.960/2009.

Dou provimento ao recurso da autora, desprovido o do réu.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007147-89.2013.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE LOUVEIRA, é apelado JANAÍNA CRISTINA RAMOS QUINZOTE (JUSTIÇA GRATUITA).

**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 20.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

FRANCISCO BIANCO, Relator

**Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção produzidos nos autos, principalmente, a prova oral, demonstram a ocorrência do alegado assédio moral, passível de reconhecimento e indenização. 2. Transferência imotivada do local de trabalho da servidora pública Municipal, sem atribuições, proibição desarrazoada de circulação e permanência em andares da unidade de saúde. 3. Nexos de**

**causalidade, entre a dinâmica funcional e o alegado prejuízo moral experimentado pela parte autora, plenamente caracterizado. 4. Indenização, por danos morais, devida. 5. O valor da indenização observou os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, considerando o porte do evento e o grau de culpa do agente causador do dano. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente. 7. Sentença, ratificada. 8. Recurso de apelação apresentado pela parte ré, desprovido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 179/181, de relatório adotado, que julgou procedente ação de procedimento ordinário, para determinar o pagamento do valor de R\$ 15.000,00, a título de indenização por danos morais, decorrentes de assédio experimentado no ambiente de trabalho, mais correção monetária, a partir do arbitramento e 0,5% de juros de mora, desde a citação, nos termos do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97. Em razão da sucumbência, a parte ré foi condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor correspondente a 15% sobre o montante total do crédito, com fundamento no artigo 20, § 3º, do CPC/73.

A parte ré, nas razões de apelação, postulou a inversão do resultado inicial da lide, sustentando, em síntese, a inoccorrência de assédio moral, passível de indenização.

Recurso de apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, isento de preparo, com resposta.

É o relatório.

Pondere-se, inicialmente, a inexistência de reexame necessário, nos termos do artigo 496, § 3º, III, do NCPC.

Na sequência, o recurso de apelação, apresentado pela parte ré, não comporta provimento, porque a r. sentença de Primeiro Grau, deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se os respectivos fundamentos nesta oportunidade.

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes litigantes, alcançando a irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de procedência da ação de procedimento ordinário.

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas em Primeiro Grau, é

forçoso concluir pelo desprovimento do recurso de apelação, ratificando-se os termos da r. decisão ora combatida.

Trata-se de ação de procedimento ordinário, ajuizada pela parte autora, servidora pública Municipal, ocupante do cargo de Técnico de Enfermagem, objetivando o recebimento de indenização por danos morais, decorrentes de assédio experimentado no ambiente de trabalho.

É dos autos que a parte autora exercia as respectivas funções, no auxílio do corpo médico da unidade de saúde, mediante as seguintes tarefas: a) recepção de pacientes; b) análise de sinais vitais; c) realização de ultrassom e teste ergométrico; d) outras atividades correlatas e pertinentes ao âmbito da atuação.

E mais. A partir da nomeação de Vitor Martinelli, para o cargo de Secretário Municipal da Saúde, começou a experimentar dissabores, consistentes no seguinte: a) preterição de tarefas; b) períodos de inatividade; c) proibição expressa de circulação e permanência no andar térreo da unidade de saúde. Tal situação foi motivada, exclusivamente, por perseguição, no intuito de prejudicá-la.

Por fim, esclareceu que a dinâmica implementada pelo respectivo superior hierárquico, em cumprimento às determinações provenientes da Secretaria Municipal de Saúde, acarretou problemas de sociabilidade no ambiente de trabalho e danos psicológicos decorrentes do ócio e isolamento profissional, com prejuízo significativo à própria imagem.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos, especialmente a prova oral, colhida por meio eletrônico (fls. 208) comprovam, efetivamente, a ocorrência de perseguição imposta à parte autora, servidora pública Municipal.

Isso porque, o depoimento prestado pela testemunha, Ana Paula Green e Rosbson Pereira dos Santos, demonstrou que o deslocamento da parte autora para outro andar da unidade de trabalho, juntamente com a proibição de frequentar o térreo, foi determinado pelo Secretário Municipal de Saúde. E, a situação não decorre da necessidade do serviço (fls. 208).

Mas não é só. A prova oral produzida nos autos, durante a fase instrutória, revelou, também, que a parte autora sempre desenvolveu as respectivas atividades no piso térreo da unidade de saúde, cujo local era destinado ao atendimento médico e realização de exames clínicos e de imagem. Em razão disso, experimentou ociosidade e danos psicológicos, decorrentes da arbitrariedade do superior hierárquico (fls. 208).

Além disso, a transferência de andar da parte autora, com a imposição de proibições desarrazoadas, relacionadas à circulação, prejudicou o desempenho das relações profissionais e funcionais, mediante inatividade forçada e o exercício precário e atípico de tarefas. Desta forma, é possível vislumbrar a nítida intenção de pressionar, humilhar e constranger, inclusive, perante os

demais colegas de trabalho, cuja situação está adequadamente comprovada nos autos (fls. 208).

Aliás, o assédio moral, de acordo com a lição da doutrina, é conceituado da seguinte forma:

*“Conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções.”*

(Nascimento, Sonia Mascaro, *in* O Assédio Moral no Ambiente do Trabalho, Editora Revista Ltr, páginas 68-70/922).

Ademais, a realidade dos autos indica que a reiterada e prolongada perseguição imotivada, propiciando a ociosidade da servidora, extrapola o limite do razoável, a despeito da existência de eventual divergência entre a parte autora e o Secretário Municipal de Saúde. Daí porque, os elementos constantes dos autos autorizam a conclusão da prática do alegado assédio moral, passível de reconhecimento e adequada reparação.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte recorrente, em todos os aspectos suscitados no recurso de apelação, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento, como se vê:

*“O pedido de indenização por danos morais deve ser julgado procedente porque as provas dos autos demonstram que a requerente, servidora pública que exercia as suas atribuições como técnica de enfermagem foi injustamente discriminada pelo seu superior hierárquico da época, isto é, o secretário de Saúde mencionado na petição inicial que a impediu de exercer plenamente as suas atribuições sem justo motivo. As testemunhas disseram que a requerente foi proibida de circular no andar térreo do prédio, onde a autora exercia suas atividades profissionais, situação característica de constrangimento relevante, porque ocorrida na presença de outros servidores e manifestamente discriminatória, considerando que a imposição imposta arbitrariamente pelo superior hierárquico da requerente, além de não ter justo motivo, circunscreveu-se à pessoa da autora. (...) A indenização pretendida de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) é adequada, pois não avilta a vítima, e nem propicia o seu enriquecimento sem causa, sendo proporcional à ofensa que lhe foi dirigida pelo agente público, seu então superior hierárquico.”*

(fls. 179/181)

Por outro lado, considerando o porte do evento e as respectivas consequências, é possível concluir que a parte autora experimentou evidente

abalo moral, extrapolando os meros dissabores ou aborrecimentos quotidianos, o que reclama, repita-se, a adequada reparação.

Outrossim, no que se refere ao valor, propriamente dito, verifica-se que a indenização deve ser arbitrada com moderação, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Afinal, deve, de um lado, compensar o sofrimento experimentado pela vítima e, de outro, punir a conduta ilícita do causador do dano.

Finalmente, não existem critérios objetivos para a fixação de tal indenização. Porém, no caso concreto, considerando as consequências do ato ilícito e o grau de culpa do agente público, conclui-se que o valor arbitrado na r. sentença recorrida é justo, correto e proporcional ao evento, razão pela qual não merece modificação.

Portanto, a procedência da ação de procedimento ordinário era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte ré, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040898-47.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARLENE MARTINS DE MELO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado 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: Retratarem a decisão para negar provimento à apelação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.760)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO – Recurso Extraordinário – Juízo de retratação – Ação ordinária – Aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais – Admissibilidade – Doença que, a despeito de sua**

**severidade, não consta no rol taxativo de doenças graves autorizadora da concessão da benesse previdenciária pretendida – Precedentes dos tribunais superiores – Adequação ao STF, RE nº 656.860/MT – DECISÃO RETRATADA PARA NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

## VOTO

Trata-se de recurso extraordinário da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra o julgado da apelação (fls. 328/332), em v. acórdão de relatoria do **eminente Desembargador Castilho Barbosa**, aposentado, com o resultado de **provimento do apelo**, reformando a r. sentença de procedência parcial da demanda, para reconhecer o direito à aposentadoria por invalidez, com proventos integrais.

Pleiteia, a recorrente, no recurso extraordinário, a observância ao art. 40, § 1º, inciso I, da CF, que aponta ter sido violado.

A E. **Presidência da Seção de Direito Público**, em cumprimento ao disposto no art. 1030, II, do Código de Processo Civil, determinou a volta dos autos a fim de que a **Turma Julgadora**, caso entenda pertinente, proceda à adequação do julgado ao entendimento assentado pelo **Supremo Tribunal de Federal no RE nº 656.860/MS**, Tema nº 524, DJe de 18/09/2014 e ao determinado no Agravo em Recurso Extraordinário 940.143 (fls. 409/410 e 420).

É o relatório, em acréscimo aos anteriores.

Trata-se de ação ordinária referente à implementação de aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, de agente de serviços escolares da Secretária de Estado da Educação, que apresenta as seguintes doenças: fibromialgia (CID: M79.7), lesão radicular dos membros superiores (CID: G56), hérnia de disco cervical com radiculopatia (CID: M50) e depressão (CID: F33), conforme laudo do IMESC (fls. 259/262).

A meu ver, é o caso de adequação ao entendimento já assentado em Repercussão Geral pelo **Supremo Tribunal de Federal no RE nº 656.860/MS**, Tema nº 524, DJe 18/09/2014, que impõe o desprovimento do apelo, para julgar parcialmente procedente a demanda, conforme a decisão da Corte Suprema:

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS. ART. 40, § 1º, I, DA CF. SUBMISSÃO AO DISPOSTO EM LEI ORDINÁRIA. 1. O art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência nele estabelecido o direito a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. O benefício será devido com proventos integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia*



*profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, 'na forma da lei'. 2. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento."*

Com efeito, a autora já foi aposentada por invalidez (fls. 278/279), todavia de forma proporcional, pois não completou todos os requisitos necessários à integralidade de proventos, observando, ainda, que não ficou comprovada que a doença da qual ela é portadora, conste no rol taxativo da lei de regência, autorizativa da integralidade dos proventos.

E, por isso, correto o ato administrativo, que não comporta revisão.

Observe-se, então, que a base da concessão da aposentadoria à autora se deu pelo art. 40, § 1º, I, da CR/88:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

*§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:*

*I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;*

A norma legal inserta no § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90, por sua vez, especifica o rol das doenças graves, contagiosas ou incuráveis que autorizam a aposentadoria por invalidez, com proventos integrais:

*Art. 186, § 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.*

De fato, a aposentadoria por invalidez, sem a integralidade dos proventos é a medida correta, pois na estrita observância da lei, conforme o julgado acima destacado e, ainda, na trilha dos precedentes do E. STF:

*"Já se firmou na jurisprudência desta Corte que, entre os princípios de observância obrigatória pela Constituição e pelas leis dos Estados-*

membros, se encontram os contidos no art. 40 da Carta Magna Federal (assim, nas ADI 101, ADI 178 e ADI 755).” (ADI 369, rel. **Min. Moreira Alves**, julgamento em 9-12-1998, Plenário, DJ de 12/03/1999) No mesmo sentido: ADI 4.698-MC, rel. **Min. Joaquim Barbosa**, julgamento em 01/12/2011, Plenário, DJE de 25/04/2012; ADI 4.696-MC, rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, julgamento em 01/12/2011, Plenário, DJE de 16/03/2012.

O E. STJ tem caminhado no mesmo sentido:

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. REAPRECIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA QUE DIVERGE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE. SERVIDOR QUE PADECE DE DOENÇA INCURÁVEL, NÃO MENCIONADA NO § 1º DO ART. 186 DA LEI Nº 8.112/1990. ARTRITE REUMATÓIDE. DIREITO A PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE, ROL TAXATIVO. RE 656.860/MT.*

1. O presente recurso retornou a esta relatoria para ser reapreciado nos termos do § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, em decorrência do reconhecimento da repercussão geral da matéria relativa à existência, ou não, da possibilidade de o servidor portador de doença grave incurável, não especificada em lei, receber proventos de aposentadoria de forma integral (Tema 524/STF), no Recurso Extraordinário n. 656.860/MT, e posterior provimento do recurso, em 21.8.2014, cujo acórdão transitou em julgado.

2. Enquanto a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o rol de doenças constantes do § 1º do art. 186 da Lei n. 8.112/90, para fins de aposentadoria integral, não é taxativo, mas exemplificativo, tendo em vista a impossibilidade de a norma prever todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis, como no caso da artrite reumatóide, a Suprema Corte entendeu que ‘pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa’.

3. A servidora pública, no presente caso, foi diagnosticada com artrite reumatóide, doença considerada grave, incurável e incapacitante, que justificou a sua aposentadoria por invalidez permanente. Todavia, cuida-se de moléstia não mencionada no § 1º do art. 186 da Lei n. 8.112/1990, de modo que a aposentadoria não pode se dar com o pagamento de proventos integrais, mas sim proporcionais.

4. Quanto às alegações da recorrente alusivas à suposta violação do art. 475,

§ 2º, do Código de Processo Civil, mantém-se o pronunciamento da impossibilidade de conhecimento do recurso especial. O cabimento do

*reexame necessário, no caso vertente, foi fixado com base em suportes fáticos extraídos dos autos; destarte, para infirmar as conclusões a que chegou o Tribunal de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido.* (REsp 1324671/SP, rel. **Ministro Humberto Martins**, segunda turma, j. em 03/03/2015, DJe 09/03/2015).

Logo, é o caso de modificar o julgado referente ao v. acórdão, para, em retratação, acolher a adequação em foco e, assim, negar provimento ao apelo, para julgar parcialmente procedente a demanda, mantendo a condenação das partes a arcar com seus honorários advocatícios, diante da sucumbência recíproca.

Pelo exposto, **ACOLHE-SE A RETRATAÇÃO** e **NEGA-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO**.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029429-10.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é recorrente DELEGADO DE POLÍCIA DA SECCIONAL DE RIBEIRÃO PRETO, é apelada DINESSA MAIRA ALVARES.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 34.156**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

MARREY UINT, Relator

**Ementa: Apelação cível – Mandado de segurança – Direito Administrativo – Casal homoafetivo – Concessão de licença – maternidade de 180 dias para a companheira de gestante, nos mesmos termos de quem, de fato, deu à luz (companheira homoafetiva) – Impossibilidade – Sob a égide da Carta de 1988 famílias multiformes devem receber efetivamente a “especial proteção do Estado” (art. 226 da CF) – A**

**igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias – O direito à licença-parental nos mesmos moldes de um casal heteroafetivo, isto é, para aquele que não levou a cabo a gestação, o direito previsto no seu estatuto legal (art. 78, XVI, da Lei 10261/68 – prazo de 5 dias de licença) – Inteligência do disposto no “caput”, do art. 37, da CF, mormente os princípios da legalidade e impessoalidade – Precedentes STF e Resolução CNJ 175/13 – Sentença parcialmente reformada – Recursos voluntário e reexame necessário parcialmente providos.**

## VOTO

Trata-se de ação mandamental impetrada por Dinessa Maria Alvares contra ato do Ilmo. Delegado de Polícia da Seccional de Ribeirão Preto, objetivando concessão de licença-maternidade, nos mesmos termos da que foi concedida para a sua companheira (180 dias), que foi quem, de fato, vivenciou a gestação de filho comum, nascido em 03/08/15.

O pedido liminar foi deferido “a quo” (fls. 72/74), mas restou parcialmente reformado “ad quem” (fls. 159/172).

A sentença, prolatada pela MMA. Juíza Mayra Callegari Gomes de Almeida, julgou procedente o pedido, conseqüentemente concedeu a ordem pleiteada, concedendo para Dinessa Maira Alvares licença-maternidade de 180 dias, nos termos do artigo 198 da Lei 1.0261/68, alterada pela LC 1.054/2008. Determinou, ainda, que as custas e despesas processuais restassem consignadas na forma da lei, isentando o sucumbente de honorários advocatícios, por se tratar de mandado de segurança (fls. 139/141).

Apela o Estado de São Paulo (fls. 176/185), pugnando, ao final, pela reforma da sentença. Foi apresentada contrarrazões (fls.188/192).

Em parecer, a Doutra Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls.195/196).

É o relatório do essencial.

O impasse cinge-se em saber se a companheira, ora Apelada, tem direito a licença-maternidade, negada administrativamente por falta de amparo legal (fls. 30/32), vez que foi sua companheira que, de fato, vivenciou a gestação do filho comum, nascido em 03/08/2015.

Dos autos infere-se que Dinessa Maira Alvares, investigadora de polícia (fls. 27), constituiu união estável devidamente declarada (fls. 29), com Claudia

Valéria Lemes, técnica judiciária do Tribunal Regional do Trabalho (fls. 28).

Segundo consta da vestibular mandamental, no ano de 2014, ambas decidiram em conjunto terem um filho, razão pela qual procuraram orientação médica para a realização de procedimento de reprodução assistida (fertilização “invitro”) nos termos da Resolução Médica nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina, procedimento bem explicado às fls. 4/5 destes autos. Então, no dia 3/08/2015 nasceu Ian Lemes Alvares, filho comum de casal homoafetivo. Conforme já dito, para Claudia Valéria Lemes foi deferida a regular licença-maternidade, entretanto, Dinessa Maira Alvares viu o seu pedido administrativo ser indeferido.

De início, importante ressaltar que se reconhece e coaduna à interpretação extensiva dada pelo Superior Tribunal Federal ao “caput”, do art. 226, da CF, nas ADI 4.277 e ADPF 132, onde se reconheceu, em resumo, que tanto o casal heteroafetivo como o homoafetivo possuem os mesmos direitos e obrigações, a saber:

**Processo: ADI 4277 DF**

**Relator(a): Min. AYRES BRITTO**

**Julgamento: 05/05/2011**

**Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

**Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011  
EMENT VOL-02607-03 PP-00341**

**Ementa:**

**1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132 - RJ pela ADI nº 4.277 - DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.**

**2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJANO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA**

**PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

**3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase e constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do**

**art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.**

**4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese subjudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-quiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos**



princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

**5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.** Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-plicabilidade da Constituição.

**6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qual quer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (grifos nossos)

Em seguida ao julgamento supra, alguns cartórios extrajudiciais do Brasil, a depender da Corregedoria do Tribunal a que estivessem vinculadas, continuaram a não aceitar o reconhecimento da União Estável entre casais homoafetivos ou mesmo a sua conversão em casamento.

Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175/13, para uniformizar a questão em âmbito nacional, impingindo a obrigação das serventias extrajudiciais de reconhecer a união homossexual como casamento, “verbis”:

**RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013**

**Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.**

**O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,**

**CONSIDERANDO** a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo nº 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

**CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;**

**CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;**

**CONSIDERANDO** que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

**CONSIDERANDO** a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

**RESOLVE:**

**Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.**

**Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.**

**Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.**

**Ministro Joaquim Barbosa**

**Presidente**

**(grifos nossos)**

A digressão é importante para que se entenda até onde chegou a jurisprudência nacional à margem, em princípio, de qualquer disposição legal efetiva sobre o tema.

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos

eles a “especial proteção do Estado”.

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “**especial proteção do Estado**” (art. 226 da CF), e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-firmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º, do art. 226, da CF). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

Diante dessas premissas, conclui-se que a jurisprudência aponta para a uniformização de direitos e deveres entre as diversas formações familiares. Neste contexto, entende-se que deve haver a concessão de licença nos mesmos moldes de um casal heteroafetivo, isto é, para aquele que levou a cabo a gestação, o direito previsto no seu estatuto legal, no caso de Claudia Valéria Lemes, o disposto no art. 207, da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Cíveis Federais – não objeto da presente demanda), enquanto para Dinessa Maira Alvares, à luz

do Estatuto dos Servidores Civis Estaduais e, posto que, não gerou a criança, não é encarregada da amamentação, etc., não se desconsiderando, de forma alguma, o vínculo socioafetivo concretizado, o prazo de 5 dias, nos termos do art. 78, XVI, da Lei 10261/68.

Válida, ainda, da transcrição de decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em caso análogo:

**TJ-DF - Apelação Cível APC 20130110227074 DF  
0001203-20.2013.8.07.0018 (TJ-DF)**

**Data de publicação: 20/03/2015**

**Ementa: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. LICENÇA MATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO.**

**1. O intuito de se conferir a licença maternidade é possibilitar à servidora o apoio necessário para promover os cuidados de uma criança, em momentos extremamente delicados da vida, quais sejam o nascimento e a adoção. A condição de vulnerabilidade é presumida, o que acarreta o essencial amparo do Estado.**

**2. A extensão do auxílio maternidade, no período de 180 dias, à pessoa que não se encontra na condição de gestante ou adotante gera um descompasso inaceitável, eis que se estará concedendo um benefício a alguém pelo simples fato de ser mulher, mas que se subsume nos mesmos fundamentos lógicos e jurídicos atinentes à situação geradora da licença paternidade.**

**3. A criação de um novo tipo de benefício pelo Poder Judiciário, com prazo diferenciado, à mulher que não se enquadra nos ditames legais, ofende os princípios da legalidade, da isonomia e a tripartição de poderes.** 4. Recurso desprovido.

**(grifos nossos)**

Mas não é só. Nos termos dos princípios da Administração Pública, previstos no “caput”, do art. 37, da Constituição Federal, mormente os da legalidade e impessoalidade, imperioso reconhecer que o Estado não pode anuir com referido benefício. Instafrisar, que a neonato está recebendo todos os cuidados necessários para seus primeiros dias de vida. De certo, os vínculos afetivos não deixaram de existirem e de se perpetuarem em razão de um uma licença-parental. Não se desconhece que empresas, no âmbito privado, têm concedido referido benefício para ambas as mulheres do casal (fls. 61/62), no entanto, inexistente amparo legal para tanto, a medida mais se assemelha a uma liberalidade, plenamente admissível no bojo privado, mas repellido pelo regime jurídico administrativo, norteador, dentre outros, pelo princípio da estrita legalidade.

Dito isso, forçoso reconhecer a inexistência de direito líquido e certo, diante da ausência de amparo legal e jurisprudencial da pretensão formulada na pretensão mandamental, bem como a ausência de “periculum in mora”, visto que o neonato está recebendo todos os cuidados necessários por meio da companheira já licenciada.

Cediço que o ideal seria um período de licença-parental mais largo para que o casal, tanto o homoafetivo, como para o heteroafetivo, afim de que pudessem escolher como vão dividir o período de gozo, afastando-se de fórmulas estanques - 180 dias para licença-maternidade e 5 dias para licença-paternidade. Infelizmente, tal conceituação ainda não chegou ao Brasil. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário ir adequando as nomenclaturas jurídicas e o direito posto “às novas “relações sociais reconhecidas pelo próprio Estado, sempre com pálio na razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, bem fundamentou a Douta Procuradoria Geral de Justiça, a saber:

**Pois bem a impetrante sob a alegação da união homoafetiva com sua companheira, de igual forma pretende o benefício da licença maternidade no mesmo período de gozo concedido à sua companheira ou seja, pretende a duplicidade de um benefício previsto apenas à gestante, nos moldes como ocorreu .**

**É cediço que o benefício da licença maternidade concedido à gestante tem tempo de gozo diferente daquele concedido ao genitor da criança e portanto, a duplicidade aqui pretendida não possui o devido suporte jurídico.**

Eventual gozo de licença, com espeque na liminar “a quo” deferida, deve ser compensada financeiramente (descontos mensais nos vencimentos, até o limite de 10%) ou com aumento de jornada de trabalho, independentemente do trânsito em julgado deste Acórdão. Não há que se falar em teoria do fato consumado, diante da precariedade da tutela judicial conquistada.

Por tudo, de rigor para que a Apelada tenha direito a gozar de cinco dias de licença-parental, nos termos da legislação em vigor (art. 78, XVI, da Lei 10.261/68).

Dessa forma, ausente o direito líquido e certo amparável por mandado de segurança, culminando na necessária reforma da sentença e na denegação da segurança.

Deixa-se de condenar em honorários tendo em vista as súmulas 512 do STF e 105 do STJ, bem como o disposto no art. 25 da lei nº 12.016/09. Custas ao encargo da Apelada.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso voluntário do Estado de São Paulo e ao reexame necessário.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013146-10.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JESSICA FERNANDA BARROS ROMANO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U.” de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.210)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 18 de novembro de 2017.

SOUZA NERY, Relator

**Ementa: Apelação. Mandado de Segurança. Pedido de validação de diploma de ensino médio. Instituição de ensino cassada. Impetrante que frequentou curso antes da cassação da autorização de funcionamento. Colégio Borba Gato que continuou funcionando em razão de decisão judicial. Aluno que não pode ser prejudicado. De rigor o lançamento do “visto/confere” para validação do diploma. Sentença de primeiro grau que denegou a segurança reformada. Recurso provido.**

## VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Jessica Fernanda Barros Romano buscando a validação de seu diploma e histórico escolar do ensino médio. Alega que foi excluída do curso de veterinária, sob alegação de que seu diploma do ensino médio é nulo em razão da escola que o emitiu ter sido cassada.

Foi prolatada r. sentença que julgou improcedente o pedido, denegando a segurança.<sup>1</sup>

Apela a impetrante pugnando pela reforma do julgado.<sup>2</sup>

A Fazenda do Estado apresentou as contrarrazões.<sup>3</sup>

1 Fls. 69-70, de lavra do MM. Juiz SERGIO SERRANO NUNES FILHO.

2 Fls. 73-75.

3 Fls. 78-85.

### **É o relatório.**

O recurso comporta provimento.

Consta dos autos que a autora concluiu o ensino médio no Colégio Borba Gato no ano de 2009. Em 2013 ingressou no curso superior de fisioterapia, desistindo de prosseguir no mesmo no ano seguinte. No ano de 2015 ingressou no curso de veterinária na Universidade Paulista – UNIP, mas após o início do curso sua matrícula foi cancelada em razão do diploma do ensino médio, expedido pelo Colégio Borba Gato, ser considerado nulo ante a cassação da autorização da instituição. Requer a validação de seu diploma, pois realizou as provas e concluiu o curso.

Por certo que o Estado tem o poder/dever de fiscalizar as entidades de ensino e cassar a autorização de funcionamento das que não estiverem cumprido as normas fixadas na legislação. Contudo, o aluno, por ser terceiro de boa-fé, estranho a relação entre a Instituição de Ensino e o Conselho Estadual de Educação, não pode ser prejudicado por irregularidades a que não deu causa.

No caso dos autos após a cassação da autorização em 03/07/2003 o colégio continuou funcionando por força de liminares, vindo a ter sua cassação definitiva em 08/08/2011. A época que a impetrante cursou o terceiro ano do ensino médio na instituição, o funcionamento era regular não podendo lhe ser negado o direito de expedição do “visto confere” para atestar a validade de seu diploma.

Como observado no julgado do Des. Venicio Salles em caso semelhante e que envolve a mesma instituição, ficou afastada ainda a exigência dos alunos de se submeterem a novo exame para validação do diploma:

“Relevante é destacar que o Instituto Educacional Borba Gato ingressou com ação declaratória visando desconstituir o ATO ADMINISTRATIVO que suprimiu suas prerrogativas legais de aplicar diretamente a seus alunos provas de avaliação e certificação, tendo obtido êxito em sua empreitada processual, decisão que foi confirmada em grau de recurso perante esta Corte, e ratificada pelo C. Superior Tribunal de Justiça. A decisão transita em julgado assim dispôs:

**APELAÇÃO nº 315.181.5/5-00**

**COMARCA: São Paulo**

**APELANTE: Fazenda do Estado de São Paulo e ot.**

**APELADO: Colégio Borba Gato**

*A autora, submetida a sindicância administrativa determinada pelo Conselho Estadual de Educação, passou a experimentar os efeitos da Portaria COGSP/CEI nº 03/2001, que retira da unidade de ensino a prerrogativa de avaliar diretamente, mediante provas, o aproveitamento de seus alunos. Em função da Portaria restritiva, os alunos da autora somente conquistariam seus respectivos certificados pela instituição, após submetidos a exames supletivos oficial, da SEE, ENEN, SAEB ou SARESP.*



*A decisão de primeiro grau proclamou a ilegalidade do ato administrativo questionado, por afronta à legislação de regência, consubstanciado pela Lei 9.394/96 e Decreto 2.494/98.*

*Inicialmente, é de se ponderar que a sindicância encerra uma modalidade de procedimento prévio, preparatório, destinado a coletar elementos para compor acusação formal, que passa a alicerçar o procedimento administrativo propriamente dito. Sendo ato prévio e de sentido inquisitorial, em princípio, a sindicância não pode determinar restrições ou privações de direito, circunstância que sinaliza a existência de eventual descaminho na condução administrativa, mormente porque alicerçada em acusações não constatadas por inteiro, meras notícias ou formadas pela simples abertura de sindicância no Estado do Paraná.*

*Reversamente do que alega a recorrente, o credenciamento de uma escola de ensino à distância e o seu acompanhamento e controle, não se desenvolve em atenção a critérios de conveniência e oportunidade que é ínsito unicamente aos atos de gestão. O credenciamento em questão encerra um ato vinculado e umbilicalmente preso à legislação de regência.*

*O ensino à distância ou semi-presencial é concebido por legislação federal que estabelece integrais prerrogativas para o estabelecimento de ensino aplicar as provas de avaliação a seus alunos, e tal sentido não pode ser invertido ou negado para os estabelecimentos credenciados. Os estabelecimentos autorizados podem atuar em atenção ao padrão legal, que envolve a oferta de aulas em horários flexíveis e sem a presença física do aluno, e a possibilidade de avaliar o aproveitamento para a certificação. O Conselho pode descredenciar a escola ou acompanhar todo esse processo, mas não pode impedir que a escola cumpra o modelo previsto na Lei de Diretrizes.*

*A decisão de primeiro grau, portanto, merece confirmação.”<sup>4</sup>*

Ainda que encerrada posteriormente as atividades do Colégio, o aluno que concluiu o curso no período em que a instituição ainda estava funcionando, não pode ter negado seu direito a validação do diploma.

Nesse sentido:

*“Mandado de Segurança - Ato administrativo - “Visto/Confere” e inclusão no Sistema GDAE - Conclusão de curso no Instituto Borba Gato Estabelecimento de ensino que funcionou através de medida judicial durante todo o período de curso do Impetrante - Descabimento na recusa em expedir o “Visto Confere” para dar validade ao certificado de conclusão do curso - Sentença mantida - Recursos não providos.” (Apelação nº 1004713-26.2014, rel. Des. Marrey Uint, j. em 20/09/2016).*

Assim, a concessão da segurança se mostra de rigor para que seja lançado o “visto-confere” ao diploma da impetrante, permitindo que ela possa continuar seu curso superior.

Ante o exposto, proponho que seja dado provimento ao recurso.

4

Apelação Civil nº 0019873-07.2012.8.26.0053, rel. Des. Venício Salles, j. em 19/09/2013.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012972-64.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELECTROLUX DO BRASIL S/A, é apelado PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U. Compareceu o dr. Paulo Bonilha, para realização de sustentação oral.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.460)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 9 de outubro de 2017.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Anulatória – Multa aplicada pelo PROCON em razão da ausência de resposta à notificação expedida pelo órgão com solicitação de esclarecimentos sobre acidente de consumo – Infração ao CDC configurada – Presunção de legalidade, legitimidade e veracidade de que goza o ato administrativo não ilidida – Multa bem aplicada – Ausência de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e da Portaria Normativa nº 26/06 do PROCON – Legalidade dos critérios objetivos fixados pela Portaria Normativa nº 26/06 Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de ação anulatória ajuizada por ELECTROLUX DO BRASIL S/A com o intuito de anular multa aplicada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON em razão de ter deixado de cumprir o auto de notificação nº 969-D8, que solicitava esclarecimentos sobre acidente de

consumo, infringindo o artigo 55, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Diz que foi constatado que o acidente de consumo ocorreu por culpa exclusiva da vítima e que tomou todas as providências pertinentes em relação ao acidente, de forma que a autuação não pode subsistir. Sustenta que a multa imposta viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pede a anulação da multa lavrada no procedimento administrativo nº 1909/12-ACP.

A r. sentença de fls. 185/188, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a pretensão, com o entendimento que restou incontroversa a omissão da autora em atender à notificação expedida pelo PROCON/SP. O MM. Juiz consignou que o auto de infração se encontra apoiado na legislação de proteção ao consumidor e na prova dos autos, tendo sido expedido dentro dos limites de atuação da Administração Pública. Anotou que a desobediência à notificação é causa e motivo para autuação lavrada e que a multa foi fixada segundo os parâmetros gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor, nos termos estipulados pelo artigo 57 e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% do valor da causa.

A autora opôs embargos de declaração (fls. 189/191), que foram rejeitados (fl. 208).

A autora apresentou recurso de apelação a fls. 210/222 alegando, em síntese, que não houve violação à regra estampada no artigo 55, §4º do Código de Defesa do Consumidor e que tomou todas as providências pertinentes no que se refere ao acidente de consumo. Aduz que o fato de uma específica notificação (após o problema que deu origem a investigação já estar inclusive resolvido) não ter sido respondida a tempo e modo não justifica a aplicação de penalidade. Diz que a própria lei estabelece que o não atendimento de uma notificação pode dar ensejo à prática do crime de desobediência, sendo esta a única consequência prevista no dispositivo legal. Sustenta que o artigo de lei invocado no auto não prevê a possibilidade da apelada aplicar uma sanção pecuniária em razão do descumprimento de uma notificação, não cabendo à apelada uma interpretação elástica da lei.

Alega que não houve violação aos direitos do consumidor e que a multa aplicada viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Recurso bem respondido (fls. 250/266).

Recurso regular e tempestivo (fl. 268).

É o relatório.

A autora busca anular o auto de infração nº 3295/D8, aplicado pelo PROCON/SP por ter ela deixado de cumprir o auto de notificação nº 969-D8, enviado pelo PROCON/SP em 06.02.2012 e recebido pela empresa em 10.02.2012. O referido auto solicitava esclarecimentos acerca de acidente de

consumo decorrente de suposto defeito em um fogão de 6 (seis) bocas, 76 SM A/L, branco, que teve a sua chama aumentada de forma inesperada, provocando grande impacto na panela que foi jogada contra a laje da cozinha, conforme reclamação do consumidor registrada no órgão autuante. Consta que, ao não prestar informações sobre questão de interesse do consumidor, a empresa teria infringido o artigo 55, §4º, da Lei nº 8.078/90 Código de Defesa do Consumidor. Por tal conduta, foi aplicada a sanção prevista no artigo 56, inciso I, e artigo 57, da Lei nº 8.078/90 (fls. 30).

A multa foi aplicada por violação ao artigo 55, §4º, da Lei nº 8.078/90, com fundamento no artigo 56, inciso I, e artigo 57, da Lei nº 8.078/90, que possuem a seguinte redação:

**Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.**

(...)

**§4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.**

**Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:**

**I - multa;**

(...)

**Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.**

**Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.**

Tem-se, portanto, que foi aplicada a multa prevista no artigo 56, inciso I, do CDC, em razão de não ter a apelante prestado os esclarecimentos solicitados pelo PROCON/SP sobre acidente de consumo.

A multa não foi aplicada em razão do acidente em si e nem está ligada às providências perante o consumidor, mas sim em razão da ausência de resposta da apelante à notificação expedida pela apelada. Ainda que a questão relativa ao acidente de consumo tenha sido solucionada, é certo que a ausência

de fornecimento das informações solicitadas pelo órgão configura, por si só, infração à norma de defesa do consumidor prevista no artigo 55, §4º, do CDC. Como bem destacou o D. Magistrado de primeira instância, a desobediência à notificação é causa e motivo para autuação lavrada.

A alegação de que o artigo 55, §4º, do CDC prevê a possibilidade de o descumprimento da obrigação ali prevista dar ensejo à prática do crime de desobediência, não afasta a regra do artigo 56, inciso I, do CDC, que prevê expressamente a aplicação de multa em razão de infrações das normas de defesa do consumidor.

A autora não trouxe qualquer prova de que teria respondido à notificação do PROCON/SP, não ilidindo a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade de que goza o ato administrativo.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

***a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderia ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para só após dar-lhes execução, asseverando ainda que outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 30ª edição, p. 158).***

O ato administrativo só pode ser anulado quando verificada sua irregularidade e a autora não comprovou qualquer irregularidade no auto de infração.

A alegação de que a multa aplicada ofenderia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também não merece acolhimento.

O artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor estabelece os parâmetros mínimo e máximo da multa aplicável pela infração às normas de defesa do consumidor, conforme já transcrito.

A imposição da multa tem previsão legal e a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 (alterada pelas Portarias 33/2009 e 36/2010), em vigor à época dos fatos, limitou-se a estabelecer os critérios para a aplicação da penalidade, sendo que o Administrador Público recebeu atribuição e competência para fixar a pena de multa de modo concreto.

A multa questionada foi fixada em respeito à regra do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, com valoração da gravidade da infração, vantagem auferida e a capacidade econômica do infrator. A Fundação PROCON, por meio da Portaria Normativa Procon nº 26/2006, em vigor à época, apenas regulamentou de forma objetiva os critérios de aplicação da sanção, de acordo com os parâmetros fixados no diploma legal (Código de Defesa do Consumidor).

Referida Portaria apenas outorgou “*transparência e efetividade a procedimento que tem por finalidade a apuração de infrações nas relações de consumo e impor pena pecuniária para restabelecer as condições ordinárias em tais relações jurídicas ou, ao menos, minimizar seus efeitos*”<sup>1</sup>.

Assim, a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 apenas estabeleceu critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo PROCON, com a correta individualização da pena pecuniária, não havendo qualquer irregularidade ou inconstitucionalidade em referida norma.

Esse entendimento foi adotado pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

***CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 14/03/2012).***

A constitucionalidade e legalidade da mencionada Portaria foi afirmada por este Tribunal, inúmeras vezes:

***ADMINISTRATIVO – MULTA – INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESADO CONSUMIDOR – ARBITRAMENTO DE ACORDO COM A PORTARIA Nº 26/06 DO PROCON, NA REDAÇÃO DA PORTARIA 33/09 – ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – AÇÃO VISANDO ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO OU REDUÇÃO DA SANÇÃO IMPROCEDENTE – SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível nº 0007754-48.2011.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 25/08/2014).***

***APELAÇÃO CÍVEL – Ação anulatória de auto de infração – PROCON – Infringência aos arts. 31 e 39, ambos do CDC – Alegação de inexistência de práticas ofensivas, atendimento rápido à consumidora lesada, ilegalidade da multa aplicada, ausência de fundamentação e critérios utilizados para a fixação da pena pecuniária, ilegalidade da Portaria n. 26/06 e violação ao princípio da razoabilidade – Sentença de improcedência decretada em primeiro grau – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Informações dúbias com relação ao prazo de***

1 Trecho do voto do E. Des. Rel. Roberto Mac Cracken na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, j. 14/03/2012.



*garantia do produto adquirido pela reclamante – Portaria n. 26/06 – Constitucionalidade declarada na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0266701-76.2011, do Colendo Órgão Especial desta Egrégia Corte – Auto de infração devidamente motivado – Dano à coletividade configurado – Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade preservados – Precedentes desta Egrégia Câmara – Recurso improvido – Sentença mantida (Apelação Cível nº 0014205-21.2013.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Silvia Meirelles, j. 30/06/2014).*

*Ação anulatória – Aplicação de multa pelo Procon/SP – Legitimidade e legalidade do ato praticado – Banco autor que deixou de cumprir o disposto nos artigos 4º, § 4º e 5º do Decreto n. 6.523/08, e no artigo 1º, § 1º, da Portaria 2.014/08 – Perícia que comprovou a prática dos atos contrários ao Código de Defesa do Consumidor – Decretos e Portarias considerados legais e constitucionais – Razoabilidade, proporcionalidade e moralidade da multa imposta, de acordo com o CDC e a Portaria 26/2006 – Recurso improvido. (Apelação Cível nº 0027855-77.2009.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 24/06/2014).*

**LEI DA ENTREGA (LEI ESTADUAL 13.747/2009) – AÇÃO ANULATÓRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA – AUTORA QUE ALEGA SER LIVRE, NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO, DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA POR TAL LEI, UMA VEZ QUE SE VALE, PARA ENTREGA DOS PRODUTOS, DOS SERVIÇOS DOS CORREIOS** – Conduta questionada que foi praticada antes da Lei Estadual 14.951/2013 – Exceção à obrigação imposta pela Lei Paulista 13.747/2009 – Não reconhecimento – Interpretação sistêmica do CDC e precedentes desta Corte – Sanção aplicada com base nos critérios da Portaria 26/2006 do PROCON – Legalidade – Reconhecimento – Precedentes – Apelo desprovido. (Apelação Cível nº 0048880-78.2011.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 21/05/2014).

**AÇÃO ANULATÓRIA – PROCON** – Competência do órgão para aplicação de auto de infração e multa – Descumprimento do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor – Processo administrativo que observou os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação – Imposição de multa – Possibilidade – O critério para a aplicação de multa estipulado pela Portaria 26/2006, do PROCON, está de acordo com o princípio da proporcionalidade – A forma de apuração das multas, por sua vez, obedece aos critérios e graduações estabelecidos pelo legislador consumerista, ou seja, a gravidade da infração e vantagem auferida e condição econômica do fornecedor –



***Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 0021548-39.2011.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. 01/04/2014).***

Outro não é o entendimento desta C. 5ª Câmara de Direito Público:

***APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. MULTA. Imposição de multa pela PROCON à empresa fornecedora de produto, cuja embalagem encontra-se em discordância com as exigências regulamentares no tocante à indicação de faixa etária para o seu consumo. Infração administrativa configurada. Art. 18, §6º, inciso II, do CDC. Item 1º do Anexo IV da Resolução MERCOSUL GMC n.º 23/2004. Multa aplicada de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 57 do CDC e pela Portaria PROCON n.º 26/2006. Constitucionalidade incontestada do art. 57 do CDC. Constitucionalidade da referida Portaria já reconhecida pelo Órgão Especial desta E. Corte. Recurso provido. (Apelação Cível nº 0016328-26.2012.8.26.0053, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. 16/06/2014).***

O objetivo da penalidade é desestimular o infrator ao descumprimento das normas de defesa do consumidor, sendo importante que seu montante tenha o condão de intimidá-lo e desmotivá-lo, coibindo práticas congêneres. Os critérios para sua quantificação consideram a capacidade financeira, a gravidade das infrações e a vantagem auferida, não havendo violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, o valor da multa é obtido mediante aplicação de uma fórmula objetiva, garantindo a impessoalidade da sanção, que deve subsistir.

Portanto, deve ser integralmente mantida a r. sentença, que deu a melhor solução ao caso.

Nos termos do parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios devem ser majorados em 1%, tendo em vista o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação dos mesmos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026575-67.2010.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante ADRIANA

APARECIDA PREZOTO DOS SANTOS, são apelados JULIANA CONTE VEIGA e PREFEITURA MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

**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 32.775)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

**Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESUNÇÃO DE ERRO MÉDICO E DE SUPOSTA OCORRÊNCIA DE IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA NOS PROCEDIMENTOS REALIZADOS EM ANIMAL DE ESTIMAÇÃO**

*1. Trata-se de ação ordinária em que a autora alega erro médico na realização de procedimento desnecessário de incisão de castração, durante cirurgia para retirada de tumor em seu animal de estimação. Pretensão à condenação das médicas veterinárias e da Municipalidade, responsáveis solidárias ao pagamento por danos morais e materiais.*

*2. Improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais ante a ausência denexo causal. Procedimentos realizados consoante normas médicas veterinárias. Conjunto probatório amalhado que demonstrou a inexistência de imprudência ou imperícia, bem como configuração de erro médico. Sentença mantida.*

*Recurso desprovido.*

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ADRIANA APARECIDA PREZOTO DOS SANTOS em face da r. sentença de fls. 255/267, proferida nos autos da ação de procedimento comum ajuizada em face de JULIANA CONTE VEIGA, MYLENE GARCEZ IEMINI e PREFEITURA MUNICIPAL DE TAUBATÉ, pela qual o DD. Magistrado “a quo” julgou improcedente o

pedido da autora. Em razão da sucumbência, condenou-a ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade da justiça.

Sustenta a parte apelante em suas razões recursais: i) inoocorrência de erro involuntário uma vez que as médicas veterinárias agiram com negligência no procedimento desnecessário de castração em seu animal de estimação seguido da cirurgia para retirada de tumor; ii) que mesmo tomando as providências burocráticas descrevendo na ficha de atendimento o procedimento que seu animal seria submetido, negligentemente não foram aplicadas as devidas cautelas no procedimento cirúrgico a fim de evitar o erro médico; e, iii) que o dano moral decorre do sofrimento igualmente experimentado por seu animal. Subsidiariamente requer a redução dos honorários bem como a reforma da sentença e integral acolhimento do pedido.

Recurso devidamente processado e em ordem com as razões da parte adversa.

### **É o relatório. Passo ao voto.**

1. Conheço da apelação, porquanto tenho por presentes pressupostos de admissibilidade. Inquestionável o afeto que a autora nutria pelo animal de estimação, contudo, a r. sentença é irretocável porquanto restou apurado que os apelados agiram em estrito cumprimento às normas médicas veterinárias aplicáveis em questão.

2. Trata-se de ação indenizatória pleiteando condenação a título de danos materiais e morais em face de JULIANA CONTE VEIGA e MYLENE GARCEZ IEMINI, médicas veterinárias; e da PREFEITURA MUNICIPAL DE TAUBATÉ por alegação de ocorrência de erro médico, em procedimentos cirúrgicos realizados no Centro de Controle de Zoonoses do Município.

Consta dos autos que a autora em 20 de setembro de 2010, levou seu animal de estimação, uma cachorra sem raça, para consulta no Centro de Controle de Zoonoses sendo informada que o animal apresentava tumor na perna e assim foi agendada cirurgia para 27/10/2010.

Narra a autora que as médicas veterinárias agiram com imprudência e imperícia em virtude de realizarem além da cirurgia para retirada do tumor cancerígeno, outro procedimento, ou seja, realizou-se procedimento inicial de castração, sem observar que o animal já havia passado por este procedimento.

Pois bem.

Pretendeu-se nos presentes autos a apuração acerca da existência ou não de negligência e imperícia em procedimentos realizados pelas médicas veterinárias no Centro de Controle de Zoonose de Taubaté, pleiteando indenização por danos materiais e morais.

Em que pese a argumentação trazida aos autos, no sentido de que o

sofrimento do animal e da apelante decorreram da falha dos procedimentos prestados pelas médicas veterinárias durante cirurgia, tenho que a culpa dos requeridos no episódio não ficou demonstrada. Com efeito, não houve nos autos comprovação de ação culposa das médicas por negligência ou imperícia, tampouco do nexo de causalidade entre essa atuação e os supostos sofrimentos experimentados tanto pelo animal quanto pela apelante, a ensejar o acolhimento do pleito indenizatório.

No que se refere à alegação da desnecessidade do procedimento de castração, o qual teria ocasionado dor e sofrimento ao animal de estimação, consta dos autos que a médica veterinária Juliana realizou o procedimento padrão aplicado aos animais submetidos às cirurgias no Centro de Zoonoses, conforme depoimento de fls. 214/216:

*“Esclareço o contido no item 07 de folhas 39, explicando que a cirurgia para retirada de um tumor é muito mais agressiva de que uma castração, e a anestesia é a mesma. Eu abri, fiz a retirada do tumor do animal, vi que era castrado, liguei confirmando e fechei a cadelinha. O pós-operatório para uma cirurgia de retirada de tumor é muito mais demorado que uma castração. A castração é de um ponto só, minimamente invasiva, e do tumor é mais extensa. Foi necessário uma segunda incisão para saber sobre a castração ou não porque a proprietária do animal não tinha dinheiro para fazer ultrassom ou exames complementares”.*

Nesse passo, o procedimento adotado pela médica no intuito de preservar a saúde do animal encontra amparo no Projeto Melhor Amigo, desenvolvido pelo Centro de Controle de Zoonoses de Taubaté, disposto no Decreto 11.157/2007 daquele Município:

*“Art. 2º Constituem ações do Projeto Melhor Amigo:*

*I - controle da população animal por meio de ampla campanha de esterilização realizada durante todo o ano, gratuitamente, nas próprias instalações do CCZ, cadastrando animais, que têm dono, em quantidade que atenda à demanda do Município;*

*II - realização de cirurgias de esterilização seguindo as melhores técnicas, menos invasivas, mais seguras e sempre com uso de anestésicos e analgésicos indicados para cada espécie animal submetida ao procedimento, com observância das doses indicadas na literatura;”*

Portanto, a conduta da profissional foi no sentido de aplicar adequado procedimento visando o melhor atendimento e bem estar do animal.

Restou, ainda, comprovado que o procedimento cirúrgico adotado pela médica não ocasionou definitivamente a dor e sofrimento que acometeram o animal, tampouco seu falecimento (ocorrido em 2015), conforme relatado em depoimento pessoal pelo médico veterinário que atende outros animais da autora, conforme consta às fls. 220/222:

*“A cachorrinha dela teve complicação após uma intervenção cirúrgica, devido a pontos, e percebi que fora feito outra cirurgia após uma intervenção cirúrgica, devido a pontos, e percebi que fora feito outra cirurgia, sem a necessidade de outra castração, o que já havia sido feito naquele animal. O animal estava febril e com bastante pus na região atingida. Geralmente numa semana ou em dez dias se recupera desta cirurgia. Esse animal veio a falecer mais tarde, por envenenamento, junto com outros animais. Não sei dizer quanto tempo depois desta cirurgia. Esse animal não tinha registro, era um SRD (sem raça definida). Mas tinha um peso corporal bom a tempo da cirurgia. Mesmo depois das complicações havidas que informei... ”.*

A alegação de negligência ou imperícia da profissional que realizou o procedimento cirúrgico acarretando o transitório estado deficiente da cachorrinha, deve ser afastada haja visto que o médico veterinário declarou pela inexistência de erro médico conforme relatado:

*“É relativamente comum acontecerem infecções em pontos em cirurgias em animais, há vários tipos de riscos para que isso aconteça. É comum ao fazer a cirurgia para retirada de um tumor, fazer a castração, podendo ser também por vínculos hormonais.”*

Restou, portanto, comprovado que tanto a médica, quanto o Centro de Zoonose realizaram dentro de suas atribuições os procedimentos cabíveis para cada qual no quadro que se apresentava.

3. De todo o demonstrado tenho que seja como consequência dos procedimentos adotados e, repita-se, não de erro médico ou das negligências alegadas é que decorreu o quadro suportado pelo animal de estimação da autora em seu estado pós-operatório.

Posto que, como bem observou o Magistrado quando da prolação da decisão de primeiro grau:

*“Não há prova de que a autora tenha sido submetida a intensa dor, a ponto de justificar condenação das requeridas, as médicas-veterinárias e da Municipalidade por isso.*

*O animal, submetido a cirurgia, foi naturalmente anestesiado, submetido a retirada de tumor e medicado, portanto, não se há falar em imposição de sofrimento desnecessário aquele, não havendo se entender ter sido submetido a maus tratos.*

*Registre-se que, em face da noticiada cirurgia, a autora, em seu depoimento em juízo, disse não ter pedido qualquer dia de trabalho, não ter feito tratamento psiquiátrico, pois fazia tratamento psicológico, isso antes dos fatos, e que com a retirada do tumor o animal acabou curado, falecendo em 2015”.*

Portanto, inexistente comprovação de que a cirurgia realizada fora inadequada, ou que os apelados tenham agido com culpa em sua operação, e

constatado que o animal de estimação não sofreu como alegado pela autora, vindo a falecer por motivo diverso ao que foi exposto no Centro de Zoonose, tal quadro conduz inexoravelmente à improcedência da ação uma vez que os depoimentos dos médicos veterinários desconfirmaram a tese que fundamenta o pedido da autora.

Não se nega que a autora tenha se sensibilizado com o período pós-operatório de seu animal, tampouco que tenha dispensado cuidados especiais. No entanto, como bem assentado na r. sentença, descabível o pleito indenizatório:

*“Registre-se que, em face da noticiada cirurgia, a autora em seu depoimento em juízo, disse não ter perdido qualquer dia de trabalho, não ter feito tratamento psiquiátrico, pois fazia tratamento psicológico, isso antes dos fatos, e que com a retirada do tumor do animal acabou curado, falecendo em 2015.*

*Não se há na espécie invocar imposição de sanção, indenização, à autora, em caráter pedagógico, registrando-se que, aliás, que o Centro de Zoonoses do Município foi sempre atencioso para com a autora”.*

Destarte, descaracterizado o instituto da responsabilidade civil ante a ausência do nexos causal entre os danos alegados pela apelante e a conduta dos apelados, não se pode atribuir o dever de indenizar àquele que não concorreu para o advento do resultado, ainda que danoso para a vítima.

Posto isso, dá-se meu voto no sentido do **desprovemento** do recurso.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual<sup>1</sup>. Em caso de discordância, esta deve ser manifestada no próprio momento de sua interposição.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006963-17.2014.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE BEBEDOURO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ÁLVARO MARTIN MERMEJO (JUSTIÇA GRATUITA).

**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 30.741)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS

<sup>1</sup> 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.

VIOLANTE (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 14 de novembro de 2017.

VERA ANGRISANI, Relatora

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Paciente com fortes dores na panturrilha esquerda. Amputação do membro inferior. Perícia que concluiu pela demora no diagnóstico do quadro isquêmico do autor. Médicos que foram imperitos em não realizar exame físico dos pulsos arteriais do paciente. Existência denexo-causal. Análise da prova pericial que demonstra o acerto do decidido. Dano moral configurado. Verba indenizatória mantida. Sentença confirmada. Recurso conhecido e não provido.**

## VOTO

I- Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por **ÁLVARO MARTIN MERMEJO** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE BEBEDOURO** e do **ESTADO DE SÃO PAULO** objetivando a condenação de danos morais decorrentes de suposta falha médica no atendimento prestado pelo Hospital Municipal de Bebedouro.

A r. sentença de fls. 330/332 julgou procedente o pedido para condenar o Requerido ao pagamento de indenização por danos morais em favor do Autor no valor de R\$ 50.000,00. Tal valor será atualizado pela TR e acrescido de juros moratórios calculados à razão de 0,5% ao mês da Lei nº 11.960/2009. Honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Inconformada, recorre a Municipalidade pretendendo a inversão do julgado, alegando, em apertada síntese, inexistir prova donexo de causalidade para que seja afastada a indenização por dano moral. Subsidiariamente, pugna pela condenação para montante não superior a R\$ 20.000,00 (fls. 335/344).

Recurso recebido e respondido (fls. 349/359). Não houve oposição ao julgamento virtual.

### **É o relatório.**

II- Bem examinados os autos, andou bem o magistrado sentenciante, no percuciente exame da prova, concluindo pela procedência da ação.

Consta da narrativa que o autor no mês de maio do ano de 2012 começou a sentir fortes dores na panturrilha da perna esquerda e dirigiu-se ao Pronto



Socorro do Hospital Municipal de Bebedouro Julia Pinto Caldeira por várias vezes seguidas, sendo diagnosticado com dor muscular e conseqüentemente medicado com anti-inflamatórios, sem a realização de exames. E após várias idas ao Hospital Municipal, sem cessar suador, procurou um médico particular em 05/06/2012, o qual imediatamente o encaminhou ao Pronto Socorro da Santa Casa de Barretos a fim de que fosse realizado exame de “Arterografia”. O exame apontou obstrução na artéria e então o médico do Pronto Socorro do Hospital Municipal local efetuou a “desobstrução da veia arteriana da perna esquerda”. Todavia, dois dias após a realização de tal cirurgia, o autor começou a ficar febril, razão pela qual foi-lhe prescrito um novo remédio e ainda solicitados mais dois exames de sangue. Acrescenta que nesse ínterim, conseguiu vaga no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, oportunidade em que foi internado com urgência para realização de vários exames, sendo constatado que estava com gravíssima infecção hospitalar, sendo necessária a imediata amputação do membro inferior - perna esquerda (amputação infrapatelar). Afirmando que após a amputação recebeu uma prótese Transtibial esquerda. Imputa negligência e imperícia aos médicos do Hospital Municipal local, os quais o atenderam em decorrência das dores na perna e diagnosticaram como dor muscular, sem prescrever exames.

A pretensão indenizatória tem seu embasamento nas alegações de culpa, seja pela vertente da imprudência, da negligência ou da imperícia do hospital-réu e de seus prepostos, por conta de demora em diagnosticar a moléstia da isquemia.

Para a reparação pretendida se faz necessário o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre a violação de um dever jurídico e o dano sofrido.

O estudo atento dos autos, alicerçado na prova técnica constante às fls. 307/312 dá conta do nexo causal.

De acordo com o laudo pericial “pelos documentos remetidos ao IMESC que o primeiro atendimento no hospital municipal de Bebedouro é datado de 10/05/2012 e evidencia-se ausência de descrição do exame físico dos pulsos arteriais do paciente. Nos atendimentos seguintes nota-se a mesma ausência de descrição, apesar da dor referida pelo periciado. A internação hospitalar foi realizada em 12/06/2012 tendo sido realizado arteriografia em 13/06 e a cirurgia de embolectomia em 20/06/2012. No período compreendido entre o primeiro atendimento até a realização da cirurgia nota-se retardo na resolução do quadro isquêmico do membro. Tratando-se de uma isquemia está indicada brevidade na resolução. Posteriormente ocorreu e trombose com perda da viabilidade e optado por amputação em 29/07/2012.”

E concluiu o *expert* “b) tratando-se de uma urgência médica, a brevidade da resolução é diretamente proporcional ao sucesso do salvamento do membro isquêmico. No caso do periciado, nota-se um excessivo lapso temporal

demonstrado pela dor persistente e diversas passagens pelo pronto socorro sem que houvesse a adequada conduta (embolectomia). C) está caracterizada incapacidade parcial e permanente para atividades habituais e laborais que eijam o uso do membro inferior esquerdo”- fls. 310-311.

Desta forma, patente que se mostrou os prepostos do hospital administrado pela ré imperitos na assistência de seu paciente, não efetivando exame físico dos pulsos arteriais, ficando comprovado que efetivamente o autor sofreu grave dano moral, sendo obrigado a suportar processo doloroso que culminou em amputação do membro inferior esquerdo.

Com efeito, demonstrado o agir culposo imputado, por imperícia de ato de seus prepostos, bem como a relação de causalidade exigível na espécie, tudo converge para a adoção da mesma conclusão da sentença.

Segundo o Professor Caio Mário da Silva Pereira: “... quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”. (Responsabilidade Civil, 8ª ed. p.97, Rio de Janeiro: Forense).

Na fixação da indenização o Juízo deve ficar atendo tanto ao caráter educativo como ao coercitivo, a fim de que a vida do ser humano tenha maior valor, mediante segura prestação do serviço público, bem como especificamente em casos de saúde pública, seja dada maior atenção aos sintomas apresentados pelo paciente.

Deste modo, tenho que o “quantum” indenizatório foi bem fixado pelo magistrado, obedecendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de atentar para as condições econômicas e sociais da ré e a intensidade da culpa.

Por derradeiro, considera-se pré-questionada 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 pré-questionamento, 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).

Pelo exposto, **conhece-se e nega-se provimento ao recurso**, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Atenta à regra do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, arcará o apelante com honorários advocatícios que ficam majorados para 11% do valor da condenação atualizado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021994-51.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA e FUNSERV - FUNDAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SOROCABA, é apelado/apelante GERSON PRADO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS; RECURSO ADESIVO, também provido, em parte, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.115)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 16 de novembro de 2017.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

**Ementa: SERVIDOR MUNICIPAL – Contribuição de assistência à saúde – Incidência sobre verbas de caráter eventual – Lei Municipal 10.965/14 que prevê como base de cálculo a remuneração total – Lei Municipal 11.228/15 que excluiu da base de cálculo as horas extras e os décimos terceiros – Cumprimento pela Fundação – Sentença de parcial procedência reformada – Recursos dos réus providos. RECURSO ADESIVO do autor provido (em parte) para restabelecer o benefício da justiça gratuita.**

## VOTO

### Relatório

Ação proposta por guarda municipal contra o Município de Sorocaba e a Fundação da Seguridade Social dos Servidores Públicos de Sorocaba, objetivando afastar da base de cálculo do convênio médico as horas extras, décimo terceiro salário, adicionais noturnos e insalubridade.

A r. sentença, de relatório adotado, julgou a ação procedente, em parte, para afastar a incidência da contribuição previdenciária de assistência à saúde sobre as verbas relativas às horas extras extraordinárias e o décimo terceiro salário relativo aos exercícios de 2015, 2016 e 2017; condena a FUNSERVE a restituir ao autor os valores descontados a título de contribuição sobre as

verbas relativas as horas extraordinárias, a partir de 03/12/2015, e 13º salário dos exercícios de 2015 e 2016.<sup>1</sup>

Recorrem as partes; a FUNSERV e o Município pela improcedência da ação; e o autor, adesivamente, pela procedência integral e concessão dos benefícios da justiça gratuita.<sup>2</sup>

### Fundamentação

A r. sentença revogou a gratuidade processual deferida a fl. 13, considerando que os vencimentos do autor no importe de aproximadamente R\$ 3.724,44 revelam condição financeira incompatível com o benefício.

O recurso adesivo do autor merece provimento para restabelecer o benefício da justiça gratuita.

Dispõe o art. 99, § 3º, do CPC de 2015, que “*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.*”

Conforme vem decidindo este Tribunal de Justiça, os benefícios da justiça gratuita são garantidos à parte que apenas declara não ter condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo de seu próprio sustento, somente podendo o pedido ser indeferido caso o Juiz tenha fundadas razões para fazê-lo, nos termos do art. 99, § 2º, do CPC de 2015,<sup>3</sup> o que não é o caso dos autos, o fato de o autor auferir vencimentos de aproximadamente R\$ 3.724,44 não é suficiente para descaracterizar a necessidade do benefício.

Igualmente tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal: “*O conceito de miserabilidade não se restringe ao miserável, mas abrange pessoa de condição modesta ou até da classe média que se encontre em situação de não poder prover as despesas do processo, sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. Precedentes do STF*”. HC 76.563-SP, Relator Ministro Moreira Alves, 19.06.98 (Osório Silva Barbosa Sobrinho, *apud in* “Constituição Federal vista pelo STF”, 3ª edição, Juarez de Oliveira, 2001, páginas 294/295).

Assim, é o caso de ser restabelecido o benefício, com vistas ao disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e art. 99, § 3º, do CPC de 2015, sem prejuízo de alteração em caso de atendimento dos pressupostos legais (arts. 98, § 3º, e 100, do CPC de 2015).

Sustentou o autor que sempre contribuiu para o plano de saúde mediante porcentagem de 5% descontada de seu salário, contudo, recentemente, o percentual foi alterado para 6% e aumentada a base de cálculo, de modo a incluir

1 Sentença, fls. 150/156.

2 Apelação fls. 165/175 e. 200/214; recurso adesivo, fls. 184/189.

3 “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.”

os adicionais, gratificações, horas extras e outros.

A contribuição de assistência saúde era regulada pela Lei Municipal 10.965/14, de 19/09/2014, que dispunha o seguinte:

Art. 9º Constituirão a base de contribuição:

I - para os servidores ocupantes de cargo em provimento efetivo, abrangido pelo Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba, será a remuneração total, acrescida de todas as vantagens pecuniárias, incluindo-se férias, o 1/3 (um terço) de férias, a gratificação de natal e quaisquer outras gratificações;

Assim, verifica-se que para os servidores ocupantes de cargo em provimento efetivo a contribuição de assistência à saúde incidiria sobre a remuneração total do servidor, incluindo férias, o terço de férias, gratificação de natal e quaisquer outras. Portanto, a inclusão das referidas gratificações na base de cálculo da contribuição de assistência à saúde já ocorria, conforme previsão em lei.

Dessa forma, ante a legalidade da incidência da contribuição de assistência à saúde sobre a remuneração total do autor, nos termos do art. 9º, inc. I, da Lei Municipal 10.965/14, seu requerimento já seria improcedente.

Posteriormente, em 03/12/2015, entrou em vigor a Lei Municipal 11.228/15, que alterou a Lei 10.965/14, no seguinte sentido:

Art. 1º Fica acrescido o parágrafo único ao art. 9º da Lei nº 10.965, de 19 de setembro de 2014, com a seguinte redação:

Parágrafo único. Para fins de composição da remuneração total prevista no inciso I deste artigo, ficam excluídos os valores referentes às horas extraordinárias.

Art. 2º Fica suspensa a incidência da gratificação de Natal prevista no inciso I, do art. 9º, da Lei nº 10.965, de 19 de setembro de 2014, nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, para os beneficiários e Poder Público.

Com o advento da Lei 11.228/15, foram excluídas da base de cálculo da contribuição de assistência à saúde as horas extraordinárias, assim como o décimo terceiro salário referente aos exercícios de 2015, 2016 e 2017.

Por isso, a MM.<sup>a</sup> Juíza julgou a ação procedente em relação a tais verbas.

No entanto, recorre a FUNSERV sob a alegação de que após 03/12/2015, vigência da nova Lei, deixou de calcular a contribuição de assistência à saúde sobre as horas extraordinárias e o décimo terceiro, em observância ao novo quadro legal.

Para demonstrar o fato juntou os docs. de fls. 215/217. A alegação não foi impugnada especificadamente pelo autor. Este E. Tribunal já julgou casos análogos no sentido de improcedência da ação:

**APELAÇÃO CÍVEL.** Ação ordinária. Servidora pública do Município de

Sorocaba. Contribuição assistencial à saúde. Insurgência em face da Lei Municipal nº 10.965/2014, que aumentou a base de cálculo da referida contribuição, fazendo-a incidir, também, sobre verbas de caráter eventual e indenizatório. Superveniência da Lei Municipal nº 11.228/15. Alegação de relação de consumo entre as partes. Sentença de primeiro grau que julgou a ação parcialmente procedente. 1. Contribuição assistencial à saúde. Município de Sorocaba. Lei Municipal nº 10.965/14, que majorou a base de cálculo da contribuição em questão ao determinar, em seu art. 9º, I, que incidisse sobre “a remuneração total, acrescida de todas as vantagens pecuniárias, incluindo-se férias, o 1/3 (um terço) de férias, a gratificação de natal e quaisquer outras gratificações”. Superveniência da Lei Municipal nº 11.228/15, de 03 de dezembro de 2015, que alterou o disposto no art. 9º da Lei Municipal nº 10.965/14, excluindo da base de cálculo da contribuição assistencial à saúde os valores referentes às horas extraordinárias, além de suspender sua incidência sobre a gratificação de natal em relação aos anos de 2015, 2016 e 2017. 2. MM. Juízo ‘a quo’ julgou a ação parcialmente procedente e afastou a incidência da contribuição em questão sobre as verbas referentes a horas extraordinárias, a partir da data da publicação da Lei Municipal nº 11.228/15, com a repetição de eventuais valores descontados indevidamente. 3. Em recurso de apelo, a FUNSERV alega que desde o início da vigência da Lei Municipal nº 11.228/15, ocorrida em 03 de dezembro de 2015, deixou de fazer incidir a contribuição assistencial à saúde sobre valores referentes a horas extraordinárias e ao décimo terceiro, em conformidade com o disposto no referido ato normativo. Portanto, a FUNSERV teria agido em completa consonância com a legislação, sendo descabida qualquer repetição de valores pagos. Ademais, sustenta que o reconhecimento, pelo MM. Juízo ‘a quo’, de que, no caso, teria havido sucumbência recíproca, é equivocado, pois agiu sempre segundo o estabelecido pela legislação aplicável. Por fim, aduz que não haveria relação lógica entre o fundamento e a parte dispositiva da r. sentença. 4. Recurso que merece parcial provimento. Alegação de contradição entre a *ratio decidendi* e o dispositivo da r. sentença descabida. Verifica-se, no entanto, que, quando do ajuizamento da presente ação, em 17.09.2015, e da apresentação de contestação pela requerida, em 28.10.2015, a Lei Municipal nº 11.228/15, de 03.12.15, ainda não havia sido publicada. Deve-se, com isso, reconhecer que, até tal data, era correta a utilização de todas as vantagens pecuniárias da requerente, incluindo-se horas extraordinárias e décimo terceiro, na base de cálculo da contribuição assistencial à saúde. Tão logo sobreveio a Lei Municipal nº 11.228/15, a FUNSERV adequou seu comportamento e deixou de fazer incidir tal contribuição sobre horas extraordinárias e décimo terceiro. Portanto, o reconhecimento pela r. sentença do MM. Juízo ‘a quo’ de que teria havido sucumbência recíproca no caso é, data venia, equivocado. Afinal, a FUNSERV, em nenhum momento,

contrapôs-se às disposições legais e não deu causa a presente lide. Caso tal lei não houvesse sido editada, teria ocorrido, na verdade, a improcedência completa dos pedidos autorais. Portanto, pelo princípio da causalidade, deve a autora arcar com a integralidade das custas e despesas processuais e dos honorários sucumbenciais. 5. R. sentença alterada em parte. Recurso da apelante parcialmente provido (**TJSP; Apelação 1026886-37.2015.8.26.0602; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/08/2017; Data de Registro: 09/08/2017**).

Servidor público municipal. Sorocaba. Contribuição de assistência à saúde. Base de cálculo. Pretensão de afastar a incidência da contribuição sobre as verbas de caráter eventual e não incorporáveis aos vencimentos. Inadmissibilidade. Lei Municipal nº 10.965/14 que prevê a remuneração total como base de cálculo. Filiação facultativa ao plano de saúde. Autor que não comprovou a incidência da contribuição sobre as horas extras após a promulgação da Lei Municipal nº 11.228/15, que excluiu os valores recebidos a título de horas extraordinárias para fins de remuneração total e suspendeu a incidência da gratificação de natal nos exercícios de 2015 a 2017. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido (**TJSP; Apelação 1018627-19.2016.8.26.0602; Relator (a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/07/2017**).

Diante do exposto é de se dar provimento aos recursos dos réus para julgar a ação improcedente, diante da ausência de ilegalidade nos cálculos da contribuição de assistência à saúde. Fixo os honorários de 20% sobre o valor da causa, devidos aos patronos dos réus, observado o benefício da gratuidade restabelecido ao autor. E ao adesivo do autor, provimento, em parte, para restabelecimento da assistência judiciária, na forma da lei.

### **Dispositivo**

RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS; RECURSO ADESIVO, também provido, em parte.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006058-86.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÉRGIO ANDRADE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça



de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso do autor, v.u. Sustentou oralmente o Dr. Maurício Vasques de Campos Araujo e a Dra. Rita de Cassia Conte Quartieri”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.680)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Pretensão à condenação da Fazenda Pública no pagamento de indenização por danos materiais e morais, e estéticos, cumulada com pedido de pensão vitalícia, sob a alegação de que teve sua visão lesionada em razão de disparo de arma de efeito moral utilizada por Policial Militar – Descabimento da pretensão – Nexo de causalidade não configurado – Fotógrafo ‘free lancer’ que, exercendo sua profissão em dia de manifestação de rua, foi atingido por objeto não identificado, com perda permanente de seu olho esquerdo – Responsabilidade objetiva do Estado não configurada – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Improcedência da ação mantida, mas por outro fundamento, a fim de afastar a culpa exclusiva da vítima – Recurso do autor não provido.**

## VOTO

Ação de indenização por danos materiais, morais, estéticos e pensão vitalícia movida por Sérgio Andrade da Silva em face da Fazenda do Estado São Paulo, objetivando o ressarcimento pelos danos experimentados por perda do olho esquerdo, em razão de ter sido atingido por bala de borracha disparada da arma de policial militar quando da manifestação de rua ocorrida em 13 de junho de 2013. Pleiteia o recebimento de dano material de R\$ 3.894,67 (três mil oitocentos e noventa e quatro reais, e sessenta e sete centavos), dano moral de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), dano estético de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), e pensão mensal vitalícia de R\$ 2.350,05 (Dois mil, trezentos e cinquenta reais, e cinco centavos) (fls. 01/37).

A r. sentença de fls. 334/335, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação, por entender ter havido causa de exclusão da responsabilidade civil do

Estado, no caso a culpa exclusiva da vítima.

Inconformado, apela o autor, às fls. 337/342. Sustenta que estava exercendo sua profissão como fotógrafo ‘free lancer’ na manifestação de rua quando foi atingido por bala de borracha disparada da arma de Policial Militar, causando-lhe a cegueira de um dos olhos, decorrendo daí o imprescindível arbitramento de verba indenizatória, reparatória e pensão vitalícia.

Recurso recebido, processado e contrariado (fls. 350/372).

É o relatório.

A improcedência da ação deve ser mantida, porém, por outro fundamento. Senão, vejamos.

Incide na hipótese debatida a teoria da responsabilidade civil da Administração Pública, consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nesse passo, para haver indenização por dano material, moral e estético, indispensável se faz a comprovação de nexos causal entre o comportamento do agente e o dano dele resultante.

Por isso, o art. 37, § 6º, da CF, ao estabelecer a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **não excluiu o nexo de causalidade como pressuposto capaz de ensejar a indenização.**

Confira-se, nesse sentido, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

*“Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima agiu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização”* (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, p. 593)

Adotada a teoria da responsabilidade civil do Estado, conforme estabelecido na Carta Magna, a responsabilidade do Estado independe de dolo ou culpa de seus agentes, bastando a demonstração da existência do nexo causal entre o dano e o fato lesivo imputável à Administração Pública.

Entretanto, no caso em testilha, em que pese a dor e o sofrimento experimentados pelo autor e, conquanto incontroversa a ocorrência da manifestação de rua no dia 13 de junho de 2013 nesta Capital, não restou configurado o nexo causal entre a conduta estatal e a gravíssima lesão sofrida em seu olho esquerdo. Isto porque, do exame dos documentos acostados aos autos, bem, ainda, do Laudo Médico Judicial (fls. 298/317), não restou demonstrada

qualquer prova, mesmo que indiciária, de que a fratura na órbita ocular esquerda do autor seja decorrente de disparo de arma de efeito moral utilizada por Policial Militar.

Com efeito, os documentos de fl. 09, fotografias do rosto do autor, certamente evidenciam a lesão, sem, contudo, esclarecer que objeto contundente deu causa ao dano.

Já os documentos de fls. 46/48 e 83/85, consistentes de reportagens jornalísticas, dão a narrativa da imprensa acerca do confronto ocorrido na Manifestação de Rua do dia 13 de junho de 2013, com afirmação de que uma bala de borracha acertou o olho do jornalista Sérgio, porém nada disso restou conclusivo pelas provas dos autos.

Além do que, não há qualquer relatório oficial dos fatos ocorridos, sequer a lavratura de Boletim de Ocorrência. Por outro lado, os relatórios médicos do Hospital de Olhos Paulista e Hospital Nove de Julho (fls. 49/71) realmente concluem que houve a fratura de órbita ocular, sem, porém, decifrar o objeto que atingiu o olho esquerdo do autor.

Por seu turno, a perícia judicial realizada nos autos, Laudo Médico Legal elaborado pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (fls. 298/317), de forma expressa enfatizou que a “deformidade estética e debilidade permanente da função visual” do autor pode ter sido causada por “qualquer agente vulnerante”, sem concluir, no entanto, que o grave ferimento foi efetivamente causado por bala de borracha:

**“Em relatório com timbre do Hospital de Olhos Paulista, onde consta carimbo identificado como sendo a Dra. Elisabeth N. Martins, CRM/SP 87.346, datado de 19/06/2013, informando que estaria o então paciente sob seguimento desde 14/06/2013, após trauma em olho esquerdo e que teria sido submetido a exploração cirúrgica sob anestesia geral, haveria apresentado tomografia com fratura de parede medial e assoalho de órbita esquerda e ao exame apresentava edema e hematoma de pálpebras à esquerda, abrasão de córnea, luxação de cristalino, hemorragia vítrea e diminuição de tónus ocular.**

**Tal descrição é compatível com ação vulnerante por pressão em um plano do corpo, a órbita, podendo ter sido causada por qualquer agente vulnerante que tivesse essa ação, tais como, por exemplo: pau, pedra, mão, cabeça, bolas de gude, bolas de futebol, bolas e taco de bilhar, projéteis de “paintball”, coronha de armas, máquina fotográfica próxima ao olho para fotografia e até mesmo projéteis de arma de fogo feitos de borracha ou de elastômero”** (fl. 311) (g.n.).

Como se vê, mesmo que a situação posta nos autos seja dramática e, infelizmente, de consequências desastrosas ao autor, não é possível desvendar

se o objeto que atingiu seu olho esquerdo fora realmente um projétil de bala de borracha como afirmado na inicial desta ação, não havendo como admitir, agora, a condenação da Fazenda do Estado por danos materiais, morais, estético e pensão vitalícia com base em suposições, em afirmações completamente dissociadas de provas, ou exclusivamente em matérias jornalísticas (fls. 46/48, e 83/85).

Desse modo, não basta a demonstração do dano, porquanto imprescindível para condenação do Ente Público Estadual a clara comprovação de que o agente público tenha produzido o apontado dano, o que no caso concreto não ocorreu.

Decorre disto a falta de hígidez do nexu de causalidade entre o dano produzido ao autor e a prova de que o ato danoso tenha, efetivamente, sido praticado por agente público, sendo certo que o Estado não pode ser condenado com base em afirmações unilaterais e esparsas lançadas no processo.

Ou seja, embora o direito pátrio tenha acolhido o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, artigo 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>1</sup>, isso não significa que a Administração tenha de indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido por particular.

Não se olvide de que 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 nexu de causalidade rompe o dever de indenizar, pois imprescindível a demonstração de todos os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil.

Confira-se, nesse sentido o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES: *“Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexu causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima agiu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização.”* (In Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 1999, p. 593).

Assim, nas hipóteses de danos decorrentes da omissão estatal, a sua responsabilização se dá quando o ente público deixou de agir de forma diligente, adotando as cautelas necessárias para impedir a ocorrência do dano.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conclui que *“a culpa do*

1 Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano” (“Curso de Direito Administrativo”, 20ª edição, 2006, Malheiros Editores, p. 968).

O que se tem a salientar é que uma das causas que rompem o nexo de causalidade é quando não demonstrado o nexo de causalidade, ou seja, não comprovado o comportamento danoso produzido pelo Estado.

## INFORMATIVO Nº 122

### TÍTULO

Responsabilidade Civil do Estado

### ARTIGO

Não ofende o art. 37, § 6º, da CF (“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,...”) decisão que, afirmando a **culpa** exclusiva da vítima, exime o Estado do dever de reparar o dano sofrido, **pela inexistência de nexo de causalidade entre a ocorrência do dano e a conduta do agente público**. Com esse entendimento, a Turma confirmou acórdão do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro que negara o direito à pretensão indenizatória dos pais de menor que fora eletrocutado quando viajava no teto de vagão ferroviário. Precedente citado: RE 120.924-SP (DJU de 27.8.93). RE 209.137-RJ, rel. Min. Moreira Alves, 8.9.98.

Tratando-se de hipótese de **responsabilidade civil** objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, necessária a demonstração da ação governamental, **nexo de causalidade** e dano. (REsp nº 134.7136-DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, j. 11/12/2013).

Há precedentes deste E. Tribunal de Justiça, no sentido de que a ausência do nexo de causalidade rompe o dever de indenizar, como se constata:

***RESPONSABILIDADE CIVIL. Fazenda do Estado. Indenização por danos material, moral e estético. Autor atingido por disparo de arma de fogo. Alegação de que o autor dos disparos seria policial militar. Provas documental e testemunhal insuficientes para a comprovação da autoria. Nexo de causalidade não comprovado. Ônus probatório do autor, que dele não se desincumbiu. Indenização que, na hipótese, só poderia fundar-se na responsabilidade subjetiva. Omissão dos agentes do Estado não comprovada. Falha do serviço não caracterizada. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso não provido.*** (Apelação nº 0006809-65.2013.8.26.0223, Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 4 de setembro de 2017).

***Apelação – Ação de indenização por danos morais e materiais –***

***Responsabilidade civil do Estado – Autora que foi alvejada por tiro supostamente partido de arma de Policial Militar – Nexo causal – Não demonstrado o nexos de causalidade, ausente o dever de indenizar – Sentença mantida – Recurso desprovido.*** (Apelação nº 0006554-35.2013.8.26.0053, Des. RENATO DELBIANCO, j. 7 de fevereiro de 2017).

***RESPONSABILIDADE CIVIL – Pretensão à condenação estatal ao pagamento de indenização por danos morais – Filho da autora que teria sido atingido fatalmente por disparo de arma fogo efetuado por agente da Força Tática – Procedência do pedido pronunciada em primeiro grau – Decisório que não merece subsistir – Ausente o necessário nexos de causalidade – Única testemunha inquirida em juízo que nada esclareceu acerca da procedência do tiro que atingiu a vítima – Confronto balístico, por outro lado, que restou inconclusivo – Confusão generalizada em Heliópolis no dia dos fatos – Sentença reformada – Recurso fazendário provido, prejudicado o da autora.*** (Apelação nº 0024880-43.2013.8.26.0053, Des. Rubens Rihl, j. 22 de julho de 2015).

***Apelação Cível – Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais – Pretensão de recebimento de indenização, face lesão corporal sofrida em evento carnavalesco, alegando ter sido vítima de disparo de arma de fogo de Policial Militar – Documentação suficiente nos autos a demonstrar a ausência de nexos causal entre o ocorrido com o apelante e a conduta policial – Fragilidade probatória – Decisão que julgou improcedente a demanda, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil – Sentença escoreita – Inexistência do dever de indenizar – Manutenção, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça – Agravo Retido não conhecido, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC.*** (Apelação nº 0011315-17.2010.8.26.0053, Des. Eduardo Gouvêa, j. 16 de dezembro de 2013).

Portanto, na apreciação do contexto em que inserida a narrativa do autor, realmente não é possível identificar o nexos de causalidade, devendo, por isso, ser mantida a improcedência da ação, por este novo fundamento.

Convém considerar desde já que nenhum cerceamento de defesa houve, ao contrário, todas as provas juntadas aos autos apenas concluem o que relatado pelo Diretor Clínico do Hospital de Olhos Paulista, ou seja, o “Paciente sofreu trauma ocular em olho esquerdo” (fl. 71), sem, no entanto, restar comprovado que a lesão tenha sido causada por disparo de arma de efeito moral utilizada por Policial Militar.

Por fim, quanto aos ônus sucumbenciais, em razão da manutenção da

improcedência da ação, com o não acolhimento do recurso do apelante, cumpre ainda majorar a verba honorária em mais 5% (cinco por cento), nos termos do art. 85, par. 11, do CPC/15, a título de honorários recursais, observando-se a assistência judiciária deferida ao autor às fls. 101/103.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do autor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001973-39.2013.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante MUNICÍPIO DE JABOTICABAL, são apelados DONIZETI APARECIDO DA SILVA e ILSON FRANCISCO DA SILVA.

**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 36.215)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 24 de novembro de 2017.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 1. Evento danoso provocado por ausência de tampa em bueiro, causando acidente fatal a motorista de veículo automotor. Prova suficiente a evidenciar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, notadamente o nexo de causalidade. 2. Manutenção do *quantum* indenizatório a título de danos morais, pois razoável e proporcional às circunstâncias fáticas. 3. Sentença mantida. Recurso não provido.**

## VOTO

Ação de reparação por danos morais ajuizada por Ilson Francisco da Silva e Donizete Aparecido da Silva contra o Município de Jaboticabal, objetivando indenização equivalente a 500 salários mínimos, em razão de acidente automobilístico que causou a morte de seu irmão Benedito Francisco da Silva, por existir bueiro na extremidade de leito carroçável de via pública, desprovido



de grade de proteção, a provocar queda da roda do veículo conduzido pela vítima, causando-lhe ferimentos e consequente óbito.

Julgou-a procedente a sentença de f. 126/34, cujo relatório adoto, para condenar a Municipalidade a pagar indenização no importe de R\$ 15.000,00 para cada um dos autores, com correção monetária a partir da data da sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir da citação (Súmula 54 do STJ), nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.960/2009.

Apela o vencido. Sustenta que a prova documental produzida dá conta da improcedência do pedido, uma vez que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Alega que a responsabilidade civil do estado por omissão é subjetiva, inexistindo evidência de que a via pública não estava em perfeitas condições de manutenção, uso e circulação no momento do acidente. Aduz que o laço de parentesco não é decisivo para admitir a reparação, mas sim o de afeição, o que não restou demonstrado. Afirma que o valor arbitrado a título indenizatório encontra-se excessivo, a merecer redução (f. 137/46).

Contrarrazões a f. 150/161.

É o relatório.

1. Narra a inicial que, em 4.12.2010, por volta das 20:00 hs, Benedito Francisco da Silva, irmão dos autores, conduzia seu veículo e chocou-se contra uma “boca de lobo” na via pública, desprovida de grade de proteção, a provocar queda da roda do automóvel, causando-lhe morte decorrente de hemorragia interna aguda e traumatismo toracoabdominal. Defendem, assim, que a Municipalidade deveria ter mantido o local em boas condições de tráfego e segurança, razão pela qual deve ser reconhecida a responsabilidade civil por todo o abalo impingido, com evidente repercussão psicológica.

A pretensão, de fato, prospera, tendo-o corretamente assentado o provimento hostilizado.

A principal questão posta nos autos diz respeito à existência denexo de causalidade entre a queda do veículo no bueiro destampado e a morte da vítima.

Nesse ponto, o conjunto probatório considerado pelo Juízo de primeiro grau foi suficiente no sentido de assinalar o bueiro destampado, bem como a omissão juridicamente relevante da administração pública, porque não zelou pela adequada conservação das vias de circulação para garantir segurança aos municípios.

O Boletim de Ocorrência relata que, segundo informações de Policial Militar, o veículo *teria se chocado contra uma “boca de lobo” existente no local dos fatos, tendo sido a vítima socorrida pelo resgate do Corpo de Bombeiros junto ao Pronto Atendimento Municipal onde acabou vindo a óbito por volta das 23:55 horas* (f. 34/35).

O Laudo nº 3.319/2010 (f. 36/43), expedido em 13.12.2010 por perito criminal da Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretaria de Segurança Pública, além de trazer desenho esquemático do evento e fotografias do veículo e do bueiro, esclarece *que o local encontrava-se prejudicado, pois o veículo já não estava mais no local dos fatos, tendo constatado, ainda, a existência de atritamentos metálicos na superfície do leito carroçável* (f. 37). Ademais, ao vistoriar o automóvel na residência da vítima, assere apresentar *danos de amolgamentos, relacionados com o evento e orientados de frente para trás, da direita para a esquerda e de baixo para cima, comprometendo guarnição da lateral direita. Seus sistemas de segurança para o tráfego, quando testados (direção, freios e elétricos), encontravam-se prejudicados pelo evento e, seus pneumáticos apresentavam-se em regular estado para rolamento* (f. 38).

Em audiência, os relatos testemunhais de dois moradores próximos ao local dos fatos confirmam que o bueiro estava destampado no dia do evento, embora a grelha de proteção tenha sido posteriormente recolocada.

Não há, pois, informação contraditória no conjunto probatório como alega o Município, pois não é possível precisar quando exatamente a Polícia Técnica compareceu no local e se estava adequadamente preservado para os trabalhos periciais.

Existe, sim, em contrapartida, divergência fotográfica quanto ao estado de conservação da grade de proteção do bueiro entre aludido Laudo nº 3.319/2010 (f. 40/41) e o Termo de Vistoria Técnica elaborado pelo Município (f. 68/71), o que se leva a concluir ter havido posterior manutenção no local, a indicar que a grade poderia, de fato, não estar adequadamente encaixada, expondo as pessoas que se utilizam da via pública.

Nesse particular, forçoso reconhecer a responsabilidade do Município por sua conduta negligente, tornando-se descabida a alegação de ter havido fato exclusivo de terceiro a retirar a grade de proteção, seja por usuário de drogas ou por outro transeunte. Enfim, nada restou provado.

Também não procede a alegação de exclusão donexo causal por fato exclusivo da vítima. Com efeito, o fato de o condutor circular próximo à calçada, por si só, não é fator decisivo – ou causa adequada – à ocorrência do evento danoso.

Bem por isso, o ilustre Juízo *a quo* anotou que (f. 130/132):

“Estabelecidas essas premissas, observo que no caso dos autos estão presentes todos os elementos da responsabilidade do **MUNICÍPIO DE JABOTICABAL**, considerando-se que lhe competia zelar pela adequada preservação das vias de circulação, bem como, conforme já indicado acima, operar os sistemas de drenagem de águas pluviais o que implica, necessariamente, fazê-lo de forma adequada, estando presente, assim,

o dever legal de evitar a ocorrência de eventos como o dos autos, bem como que, no caso concreto, a Administração Pública poderia impedir a sua ocorrência.

Com efeito, as testemunhas arroladas pelos requerentes afirmaram que, no dia dos fatos, a grade de proteção do bueiro havia sido retirada do seu local, não havendo motivos para o requerido impugnar essa informação, sob a alegação de que ela seria contraditória com aquilo que foi apurado no laudo pericial, considerando-se que, do teor do referido laudo, não é possível saber-se quanto tempo depois do acidente a Polícia Técnico-Científica esteve no local, muito menos se o sítio do evento estava devidamente preservado para os trabalhos da perícia.

**Observo, ainda, que a testemunha Valdir Aparecido Tavares, arrolado pelo requerido, disse em seu depoimento, quando questionado a respeito da divergência do estado de conservação da grade de proteção ao bueiro presente às fls. 40/41 e 69 disse que ela poderia ser decorrente de uma manutenção no local, a indicar, portanto, para a falta de manutenção no local que permitiu a remoção da referida grade, seja por ação de terceiros, pela força das águas ou pelo trânsito de veículos, com a exposição a risco das pessoas que se utilizam da referida via pública, com a caracterização da omissão da atuação estatal e, conseqüentemente, a sua responsabilização.**

A alegação do requerido, no sentido de que o acidente teria decorrido por culpa exclusiva da vítima ao circular com seu veículo automotor muito próximo à calçada não pode ser acolhida, pois não foi esse o fator decisivo para a ocorrência do resultado e, assim, não é suficiente para excluir o nexos causal.

Realmente, estabelece o Código de Trânsito Brasileiro que o condutor de veículos deve *'guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação do veículo e as condições climáticas'* (art. 29, II).

Todavia, é intuitivo que referida norma tem por finalidade evitar que o trânsito de veículos automotores possa trazer risco à segurança de ciclistas e motociclistas, que devem, via de regra, transitar pela extremidade direita do leito carroçável, bem como de pedestres que estejam, eventualmente, na calçada, próximos ao meio-fio, para atravessar a via pública, e não para resguardar a integridade dos próprios condutores de veículos automotores, considerando-se que a existência do buraco representado pelo bueiro destituído da sua grade de proteção, incrementa de forma severa o risco inerente ao trânsito de veículos automotores, bicicletas e pedestres.

Em outras palavras, o fato de a vítima ter inobservado a referida norma de trânsito poderia, em tese, ser causa de acidente de outra natureza, como, por exemplo, um atropelamento, mas não do acidente que a

vitimou, pois a inobservância da norma do art. 29, II do CTB não tem nenhuma relação de causa e efeito com o evento objeto dos presentes autos.

Nesses termos, estando presentes todos os elementos da responsabilidade da Administração Pública, passo a quantificar o dano moral experimentado pelos requerentes, entendendo, como relevante, para tanto, o fato de se tratarem de irmãos da vítima, vínculo menos estreito daquele comumente observado entre pais e filhos e cônjuges, bem como a informação, fornecida pelas testemunhas arroladas pelos próprios requerentes, no sentido de que eles não mantinham relação de proximidade com a vítima, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende como idôneos os referidos parâmetros (...)” (**destaques meus e do original**).

O § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra a teoria do risco administrativo como causa suficiente para responsabilização do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, mesmo que tenham agido com a mais absoluta correção, posto que somente nos casos de dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso contra o responsável.

Nos dizeres da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado calcada na teoria do risco *baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por algum membro da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público*<sup>1</sup>.

No caso aferido nos autos, restou inconteste a falha no cumprimento do dever legal de o Estado evitar o acidente fatal, concluindo-se pela existência de nexos causal.

A relação de causalidade, consistente na ligação entre ação ou omissão do sujeito e o resultado danoso, também está caracterizada. É dizer, verifica-se no caso dos autos o necessário liame subjetivo entre o evento danoso e a ação que o produziu. Ou seja, a má conduta do Município foi apta e eficaz a produzir o evento morte. De outro lado, não se demonstrou circunstância inevitável hábil a caracterizar situação de fortuito externo e, conseqüentemente, afastar a responsabilidade civil.

Conclui-se, pois, pela existência de nexos de causalidade entre o dano injusto extrapatrimonial experimentado pelos autores e a omissão culposa estatal – na modalidade negligência –, fazendo-se presente pois, o dever de reparar.

2. Quanto ao prejuízo extrapatrimonial experimentado pelos autores,

1 *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 515.

verifica-se, diante do conjunto probatório, que o *quantum* indenizatório – no valor de R\$ 15.000,00 para cada um – é adequado e proporcional à extensão dos danos, observado o disposto no art. 944 do Código Civil.

Cumpra-se destacar que o laço de parentesco entre os autores e a vítima indica sim terem sofrido natural abalo moral indenizável, tornando-se descabida a tese de que não teriam os irmãos laços de afetividade. A propósito, nem sequer pretendeu o Município fazer prova alguma nesse sentido, tendo declarado na audiência de instrução não haver mais o que produzir (f. 101).

O dano moral, no caso, é presumido e emerge *in re ipsa*, tornando-se descabida a alegação de ausência de prova a esse respeito. Confirma-se:

*Em outras palavras, não se exige a prova do dano moral, mas prova do fato que gerou o dano moral, posto se tratar de dano in re ipsa, caracterizado pelo simples fato de sua ocorrência, ou seja, do ato ilícito, independe de questionamentos de sua existência ou extensão; vincula-se à prova do fato lesivo<sup>2</sup>.*

Malgrado essa indenização nada compense, seu objetivo é tão somente atenuar a dor íntima do credor, caracterizando-se, assim, como simbólica.

Resulta que a sentença deu solução correta à lide, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Posto isso, agregados os demais fundamentos da sentença, nego provimento ao recurso. Mercê da sucumbência recursal, elevo a honorária a 12% do valor atualizado da condenação (art. 85, § 11, do CPC).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003016-27.2000.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARUJÁ, é apelado MAURO BOLLARI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.856)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

EUTÁLIO PORTO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal ISS e Taxas do exercício de 1996 – Ação proposta em novembro de 2000, antes da alteração da redação do art. 174 do CTN, que previa a interrupção da prescrição somente pela citação do devedor – Citação não efetivada – Jurisprudência do STJ – Retroação do marco prescricional – Impossibilidade, em decorrência da inércia da Municipalidade – Inexistência de morosidade que possa se atribuir ao Poder Judiciário – Impossibilidade de aplicação da Súmula 106 do STJ – Cabe à parte e não ao Judiciário promover os atos de impulso processual – Inércia da exequente por lapso superior ao prazo prescricional previsto no art. 174, do CTN, que revela desinteresse em prosseguir na busca do seu direito – Sentença mantida – Recurso improvido.**

## VOTO

### RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal proposta em novembro de 2000 pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ARUJÁ em face de MAURO BOLLARI, para a cobrança de ISS e Taxas do exercício de 1996, no valor de R\$ 1.277,22.

O executado não foi citado.

Em 24/04/2017, sobreveio a sentença de fls. 17/20, proferida pela MM. Juíza Naira Blanco Machado, cujo relatório se adota, que reconheceu de ofício a prescrição e julgou extinta a execução fiscal, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Inconformada, a Municipalidade apelou às fls. 23/29, requerendo a reforma da sentença, sustentando que deveria ter sido intimada pessoalmente para dar andamento ao feito, antes da extinção.

Recurso tempestivo e isento de preparo, sem contrarrazões.

Este é, em síntese, o relatório.

### VOTO

O recurso não merece provimento.

No caso dos autos, a execução fiscal para cobrança de ISS e Taxas do exercício de 1996, foi proposta em novembro de 2000, portanto, antes da alteração do art. 174 do CTN, sem citação do executado até a presente data.

Consoante vinha entendendo o Superior Tribunal de Justiça, a alteração do art. 174, CTN, pela Lei Complementar nº 118/2005, cingia-se em observar o seguinte: 1º) tendo a propositura da ação ocorrido dentro do prazo prescricional

e o despacho ordenatório da citação efetivado à luz da antiga redação do art. 174 do CTN, mesmo na vigência da nova lei, prevalece como marco interruptivo da prescrição a citação, aplicando desta forma a lei anterior; 2º) caso a ação tenha sido proposta na vigência da lei anterior e o despacho tenha ocorrido à luz da lei nova, o marco interruptivo da prescrição é caracterizado pelo despacho ordenatório, aplicando desta forma a nova lei, consoante jurisprudência da lavra do Ministro Luiz Fux, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTIVO. PRECEDENTES.

(...)

5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação. (...)”

(Resp 999.901/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

Não obstante, por intermédio de um outro recurso repetitivo, a orientação jurisprudencial passou a indicar que a nova redação do art. 174 do CTN deveria ser interpretada em consonância com o que era disposto pelo art. 219 do CPC/73.

De forma que, proposta a ação de execução fiscal, mesmo na vigência da lei anterior, a interrupção da prescrição deve retroagir à data da propositura da ação, consoante previsão contida no art. 219 do CPC/73, reproduzida pelo art. 240, § 1º, do CPC/15.

No entanto, para que a interrupção da prescrição retroaja à data da propositura da ação, a citação deveria ocorrer dentro de 10 dias, ou 90 dias, caso assim o juiz tenha determinado e se isso não ocorreu, a prescrição não é interrompida, aplicando-se, destarte, os termos do art. 219, § 4º, do CPC/73, reproduzidos pelo art. 240, § 2º, do CPC/15.

E no caso da execução fiscal ajuizada após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar nº 118/2005, o despacho que ordenar a citação retroage à data do ajuizamento da ação, desde que ocorrida dentro do prazo prescricional.



Isto é o que se extrai da *ratio essendi* do REsp nº 1.120.295-SP, submetido ao regime dos recursos representativos de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC/73, cujo item 14 da ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

“14. O Codex Processual, no §1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser compreendida no prazo prescricional.”

E quanto à necessidade de promover a citação dentro do marco estabelecido no art. 219, § 2º, do CPC/73, consta no item 17 da ementa o seguinte:

“17. Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC)”.

De forma que é necessário que se analise a seguinte questão: se a ação foi proposta na antiga redação do art. 174 do CTN, mas mantém o seu trâmite na vigência da Lei Complementar nº 118/2005, deve ser aplicada a redação do art. 219, § 1º, do CPC/73, correspondente à do art. 240, §1º, do CPC/2015, desde que a citação tenha ocorrido dentro do prazo de 10 dias, caso contrário, há de se examinar a culpa pela demora da citação; sendo ela imputada ao Poder Judiciário, a prescrição retroage à data da propositura; sendo a demora imputada à própria exequente, ou seja, Fazenda Pública, impõe-se, neste caso, o reconhecimento da prescrição.

E é esse o sentido que tem dado o STJ após o julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.120.295-SP, pois, em decisão do Min. Castro Meira, de 27/09/2011, ficou consignado o seguinte:

“Cumpre enfatizar nos casos tais em que a demora na citação ou a sua não efetivação é imputada à exequente não se aplica o quanto decidido no REsp 1.120.295/SP, segundo o qual ‘a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN’. O próprio precedente ressalta que ‘Outrossim, é certo que ‘incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário’ (artigo 219, 2º, do CPC)’. Todavia, se a mora é atribuída ao credor, como na espécie, deixou certo o decisório atacado ao afastar a incidência da Súmula 106/STJ, descabe a retroatividade da interrupção da prescrição à data da

propositura da ação fiscal” (REsp 1.248.609/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011).

No caso em tela, verifica-se que a execução foi ajuizada em 22/11/2000, portanto, antes da alteração da redação do art. 174 do CTN, que autorizava a interrupção da prescrição pela citação pessoal feita ao devedor.

Como não ocorreu a citação do executado até a presente data, não há, portanto, marco interruptivo da prescrição, de tal sorte que não há que se falar em retroação à propositura da ação, nos termos do art. 240 do CPC/2015.

É certo que a demora na citação não pode, em princípio, resultar em prejuízo da Fazenda Pública, salvo se comprovada estreme de dúvida a sua inércia, situação que se encontra evidenciada de forma cabal nos autos, eis que, não obstante a propositura da execução no prazo legal, a Municipalidade não demonstrou interesse em buscar seu direito, não logrando êxito na localização do executado.

De sorte que, não obstante a ação ter sido proposta dentro do quinquídio legal, a citação não se efetivou até a data da prolação da sentença, ou seja, 24 de abril de 2017, não podendo ser imputada ao mecanismo da justiça a demora da citação.

Senão por isso, em que pese o disposto no art. 25 da Lei nº 6.830/80, não se pode olvidar que cabe à exequente promover os atos que darão impulso ao andamento processual, requerendo o que for de direito para que a execução alcance seu objetivo.

Quanto à necessidade da parte manter-se sempre diligente quanto ao processo, o STJ, ao julgar o REsp 502.732/PR, expôs entendimento no sentido de que: “A movimentação da máquina judiciária pode restar paralisada por ausência de providências cabíveis ao autor, uma vez que o princípio do impulso oficial não é absoluto”.

Por isso, no caso *sub judice*, a sentença deve ser mantida.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0504354-66.2014.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO, é apelado CLARO S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.937)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

RAUL DE FELICE, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – Exceção de pré- executividade – Taxa de fiscalização dos exercícios de 2010 e 2011 – Município de Campos do Jordão – Lei Municipal nº 1400/83 – Base de cálculo da taxa que leva em consideração a capacidade potencial e econômica do contribuinte, bem como o número de empregados e o número de ocupação – Inexistência de relação com o poder de polícia – Lei Municipal declarada inconstitucional pelo órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0034111- 93.2012.8.26.0000) – Ilegalidade na exação – Precedentes do STF. Honorários advocatícios recursais – Sentença proferida em novembro de 2016, sob a égide do CPC/2015 – Majoração da verba honorária – Possibilidade – Inteligência do § 3º, inciso I e do § 11, do art. 85 do CPC/2105 – Honorários majorados para 11% (onze por cento) sobre o valor atribuído à causa – Sentença mantida – Recurso não provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO** em face de **CLARO S/A**, objetivando a cobrança da Taxa de fiscalização dos exercícios de 2010 e 2011, no valor de R\$ 9.571,65, conforme se verifica às fls. 2.

Citada, a executada apresentou exceção de pré-executividade às fls. 9/14, alegando, em síntese, a ilegalidade na cobrança uma vez que a base de cálculo que compõe referida taxa leva em consideração a capacidade econômica do contribuinte, o número de empregados ou de unidade de ocupação e a natureza

do negócio, afrontando, destarte o art. 145, inciso II da Constituição Federal bem como o art. 77 do CTN. Aduziu ainda que a Lei Municipal nº 1400/83 já foi declarada inconstitucional pelo órgão Especial deste Tribunal de Justiça quando do julgamento do Incidente nº 0034111- 93.2012.8.26.0000.

Impugnação do Município às fls. 26/29 sustentando a legalidade na cobrança.

A sentença de fls. 33/36, julgou extinta a execução fiscal nos termos dos artigos 485, inciso VI do CPC/2015 em razão da ilegalidade da cobrança.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 38/42), acolhidos para declarar a sentença e condenar a Municipalidade ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A Municipalidade de Campos do Jordão apelou às fls. 46/53 requerendo a reforma da sentença. Sustentou que a cobrança é devida, porquanto calculada em razão do exercício do seu poder de polícia que é relacionado à natureza da atividade da empresa e não ao seu poder econômico. Requereu o provimento do apelo e o prosseguimento da execução fiscal.

Contrarrazões às fls. 56/64.

### **É O RELATÓRIO.**

O presente recurso não merece ser provido.

Trata-se de execução fiscal objetivando a cobrança da Taxa de funcionamento dos exercícios de 2010 e 2011, conforme se verifica das CDA's de fls. 3/6.

Como é cediço, a Constituição Federal, no inciso II do art. 145, dispõe que os Municípios poderão instituir *“taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços, públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”*.

Outrossim, o art. 77 do Código Tributário Nacional prevê que o fato gerador das taxas é o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição, enquanto o art. 78 do CTN, define que o “poder de polícia” é “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

No caso *sub judice*, a controvérsia não está centrada na efetiva

comprovação do exercício de polícia pelo Município e sim na base de cálculo utilizada pela Municipalidade de Campos do Jordão para a cobrança da taxa de fiscalização, que considera como elementos capacidade ou potencial econômico do contribuinte, o número de empregados ou de unidade de ocupação ou ainda a natureza do negócio.

Assim, verifica-se que os critérios utilizados pelo Município de Campos do Jordão não guardam qualquer relação com o custo do exercício regular do poder de polícia, fulminando, destarte, com a ilegalidade da cobrança.

O STF, em diversas oportunidades, já considerou ilegal a cobrança da taxa de fiscalização quando a base de cálculo é composta pelo número de empregados do estabelecimento, conforme se verifica das ementas abaixo transcritas:

*“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Taxa de Licença de Localização e de Funcionamento. Base de cálculo. Número de empregados. Inconstitucionalidade. Precedentes. 1. A Corte adota entendimento no sentido da inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Licença de Localização e de Funcionamento pelos municípios quando utilizado como base de cálculo o número de empregados. Precedentes. 2. Os fundamentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão ora agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo ao processo, em detrimento da eficiente prestação jurisdicional. 3. Agravamento regimental não provido”* (STF – RE nº 614.246 AgR/SP – 1ª Turma – Rel. Ministro DIAS TOFFOLI – publicado no DJe de 15/03/2012).

*“TRIBUTÁRIO. TAXA. FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO, FUNCIONAMENTO E INSTALAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. NÚMERO DE EMPREGADOS. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. 1. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, com a qual o acórdão recorrido está em desacordo, é defeso ao município instituir a taxa de fiscalização, localização, instalação e funcionamento com base no número de empregados do estabelecimento. 2. Recurso especial conhecido e provido”* (STJ – REsp nº 172.222/SP – 2ª Turma – Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – publicado no DJ de 19/05/2003).

Senão por isso, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça acolheu a arguição de inconstitucionalidade (processo nº 0034111- 93.2012.8.26.0000, julgado em 25/4/2012), para declarar a inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 1400/83 e 1581/83 do Município de Campos do Jordão, em razão da base de cálculo da taxa de fiscalização levar em consideração o número de unidades de ocupação e outros elementos que não espelham o custo da atividade estatal do efetivo exercício do poder de polícia, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita, de relatoria do Des. Walter de Almeida Guilherme, que dispôs:

*“Constitucional e Tributário – Incidente de Inconstitucionalidade –*

*Arguição da 15ª Câmara de Direito Público em face das Leis nºs 1.400/83 e 1.581/86 do Município de Campos do Jordão – Acolhimento – Não pode o Município adotar como base de cálculo da Taxa de Licença de Funcionamento de estabelecimento hoteleiro o número de unidades de ocupação e outros elementos que não espelhem o custo efetivo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia – Arguição julgada procedente.”*

Assim, eventuais controvérsias que pudessem existir acerca dos dispositivos legais ora combatidos, foram afastadas pelo órgão máximo desta Corte, sendo, de rigor seu acatamento.

Quanto aos honorários advocatícios, verifica-se que a sentença foi proferida em 30/11/2016 e declarada em 3/2/2017, sob a égide do CPC/2015, com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Assim, considerando-se a simplicidade da causa, a verba honorária fica majorada em um ponto percentual de acordo com o disposto no inciso I e § 11, do artigo 85, do CPC, equivalendo a verba honorária final a 11% (onze por cento) do valor da causa que é inferior a 200 (duzentos) salários mínimos (§ 3º, inciso I, do art. 85 do CPC).

De rigor, então, a manutenção da sentença de acolhimento da exceção de pré-executividade e extinção da execução fiscal.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso do Município**, nos termos do voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007965-40.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO – DER, é apelada ROSELI ADLUNG DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.959)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

**Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. Pretensão de anular multa de trânsito, por trafegar pelo acostamento em rodovia, sob o argumento de que não estava na cidade na data da autuação. Inadmissibilidade. Ausência de comprovação da inexistência da infração. Extrato do dispositivo “Sem Parar” não é suficiente para comprovar suas alegações. O uso deste sistema não é obrigatório. Não há no extrato qualquer indicação de uso do sistema no dia da multa. Presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos não elidida. Sentença alterada. Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER contra a r. sentença que julgou procedente a ação ordinária proposta por Roseli Adlung da Silva, objetivando a anulação da multa de trânsito imposta.

Recorre o apelante, alegando a autuação obedeceu todo trâmite legal; que os extratos do dispositivo “SEM PARAR” não comprova que o veículo não poderia estar em local diverso daquele, já que este dispositivo não tem a função de localizador de veículo; que não houve dano moral.

Contrarrazões apresentadas às fls. 139/145.

### É o relatório.

1. Cuida-se de ação anulatória de multa de trânsito lavrada contra a autora em decorrência de transitar com o veículo pelo acostamento da rodovia (fls. 11).

Sustenta a apelada que referida multa deve ser anulada, já que tem instalado em seu veículo o aparelho “Sem Parar”, que demonstra que ela estava em outra cidade no momento da suposta prática da infração de trânsito.

A r. sentença julgou procedente a ação, anulando a multa e condenando a ré ao pagamento do valor da multa paga e por danos morais.

2. O recurso merece provimento.

Depreende-se dos autos que a autora é proprietária do veículo Ford/Ka, de placas ENY 2013 e foi autuada por ter transitado com o veículo no acostamento da Rodovia SP 098, Km 076, no Município de Biritiba Mirim.

Sustenta que o seu veículo é dotado do equipamento para pagamento automático de pedágio (Sem Parar) e que inexistente indicação de que a autora passou no local indicado no auto de infração.



Afirma, ainda, que passou o final de ano na casa de familiares nas cidades de Ribeirão Preto e Barretos, viajando com seu esposo no dia 29/12/2013 e retornando no dia 06/01/2014, sendo impossível ter transitado pela rodovia SP 098 na data da autuação.

A autora trouxe aos autos o comprovante da fatura de serviços, as fls. 15/16, para demonstrar que trafegou pela rodovia Colina Km 407 no dia 30/12/2013 e no dia 04/01/2014.

Todavia, **a data da infração é 03/01/2014** (cf. fls. 11).

Note-se que a fatura de fls. 15/16 não demonstra que a autora não passou pela rodovia 098 no dia 03/01/2014, **já que o uso do “SEM PARAR” não é obrigatório**, podendo o condutor do veículo ter pago o pedágio, não havendo o seu registro.

Também é possível que a autora tenha estado em Colina no dia 30/12/2013, viajado para outras localidades e retornado para Colina no dia 04/01/2014.

Ora, o simples extrato do dispositivo “SEM PARAR” não comprova que a autora não saiu do Município de Colina durante o período narrado na inicial.

Tal extrato só seria hábil para afastar a autuação se demonstrasse que em 03/01/2014 o veículo com o sistema do “Sem Parar” tivesse sido utilizado em outro local, distante do local da infração.

Desta forma, **não pode se considerar o extrato prova suficiente para comprovar que o veículo da autora não trafegou pelo acostamento da rodovia SP 098, Km 076, no dia 03/01/2014.**

Neste caso, a recorrida não se desincumbiu de sua obrigação processual prevista no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, não restando ilidida a presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos de imposição de penalidade por infrações à legislação de trânsito.

Verifica-se, portanto, que **caberia à autora comprovar que era impossível estar no Município de Biritiba Mirim no dia 03/12/2014, como, por exemplo, ter passado pelo pedágio de Colina no mesmo dia, em horário próximo ao da autuação.**

Não basta apenas alegar a existência do contrato de natureza privada realizado com a empresa “Sem Parar” e indicar a inexistência de pagamento de pedágio no local da autuação.

Neste contexto, importante ressaltar que se deve atentar pela presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, com bem observa o Prof. Hely Lopes Meirelles:

“A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos,

para só após dar-lhes execução”; **“Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca”** (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 30ª ed., Cap. IV, item 2.1, pág. 158).

A C. 13ª Câmara de Direito Público já analisou esta questão, no julgamento da Apelação Cível nº 0046308-82.2008.8.26.0562, sendo relator o eminente Des. Ricardo Anafe, j. 05.10.2011, neste sentido:

“2. A respeitável sentença merece reparo.

É fato incontroverso que a autora é proprietária do veículo marca Toyota, modelo Fielder XEI 1.8 Flex, ano 2007, fabricação 2008 (fl. 161) e que em 20.04.2006 firmou contrato de adesão com o sistema “Sem Parar” (fl. 20).

A autora recebeu notificação de imposição de penalidade de multa decorrente do Auto de Infração nº 1M0967801, lavrado pelo DER, vez que o veículo de sua propriedade acima citado, ao trafegar pela Rodovia SP055, 250km + 464m, no Município de Santos, sentido oeste, em 04.05.2008, às 13h53min, evadiu-se sem pagar pedágio, infringindo o artigo 209 da Lei nº 9.503/97.

Sustentando que a passagem sem parada pela praça de pedágio é própria do funcionamento do sistema “Sem Parar”, sendo os valores devidos a título de pedágio regular e diretamente debitados na conta-corrente do administrador da sociedade, inexistindo razão para a autuação, que se revela insubsistente, a autora ajuizou a presente ação, postulando a anulação do auto de infração.

Julgado procedente o pedido pela respeitável sentença de fl. 182/186 para anular o auto de infração e condenar o requerido ao pagamento das despesas processuais, atualizadas desde o dispêndio, e de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00, insurge-se o DER, buscando a inversão do julgado e bem como a redução da verba honorária arbitrada, que reputa excessiva (fl. 187/194).

E, com a devida vênia, assiste-lhe razão.

O sistema “Sem Parar” é um serviço de pagamento eletrônico que permite a passagem de veículos pelos pedágios e estacionamento convenientes, sem parada e sem o pagamento imediato de qualquer valor, mediante a instalação de um dispositivo eletrônico de identificação, fixado no pára-brisa, denominado tag, que permite o registro automático de presença do veículo, a liberação de sua passagem e a contabilização do valor devido, cobrado ao final do mês mediante débito em conta-corrente ou no cartão de crédito do proprietário ou responsável pelo pagamento.

Este serviço de identificação automática de veículos é gerido pela empresa STP Serviços e Tecnologia de Pagamentos S.A., na qual o Grupo CCR, grupo privado que atua nas áreas de concessão de rodovias,

transporte de passageiros e inspeção veicular ambiental, tem 38,25% de participação (Endereço eletrônico constante do texto original).

Bem se vê, pois, que o contrato de adesão celebrado entre a autora e a empresa que gere o sistema “Sem Parar” é *res inter alios* para o DER e como tal não pode aproveitar nem prejudicar a terceiros, mormente em se cuidando de autarquia que integra a administração pública direta, cujos atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e legalidade que só pode ser elidida por prova inequívoca, o que não ocorreu na espécie, haja vista que dos comprovantes de pagamento das despesas decorrentes da utilização do sistema carreados aos autos não consta o registro da passagem do veículo da autora pelo pedágio na data da lavratura do auto de infração, fazendo presumir uma falha do sistema eletrônico de identificação, falha pela qual, à evidência, não responde o DER.

Por epítome, de rigor o provimento do apelo do requerido a fim de julgar improcedente o pedido, carreados à autora o pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em valor correspondente a um salário mínimo vigente nesta data.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso interposto”.

Certo é, portanto, que a recorrente não se desincumbiu do ônus probatório, que lhe competia, como demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC, razão pela qual, de rigor a improcedência do pedido deduzido na ação.

3. Por fim, inexistindo ilegalidade na autuação impugnada, não há que se falar em indenização pelos danos morais sofridos e em reembolso do valor da multa paga.

4. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **o recurso é conhecido e provido**, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, condenando a autora ao pagamento da verba honorária fixada em 15% do valor atualizado da causa, considerando também a sucumbência recursal, observando-se o art. 98 do CPC, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (cf. fls. 17).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003080-95.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante

COMPUSOFTWARE INFORMÁTICA LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

**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 da Relatora, que integra este acórdão. (**Voto nº 22.238**)

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, Presidente e Relatora

**Ementa: Ação anulatória de ato administrativo que incluiu a autora no Cadastro de Contribuintes Mobiliários (CCM) paulistano.**

**ISSQN. A autora presta serviços no ramo de informática e cessão de uso de softwares.**

**A tributação dos serviços ocorre no local onde está localizada a sede do estabelecimento prestador.**

**Controvérsia acerca da localização deste estabelecimento – se em Cotia ou em São Paulo.**

**A apuração minuciosa (auditoria municipal, laudos) concluiu que a autora, apesar de declarar que seu estabelecimento é em Cotia (estabelecimento simulado), mantém estabelecimento prestador em São Paulo.**

**Regularidade da inscrição de ofício no CCM, bem como dos atos administrativos decorrentes.**

**Sentença mantida.**

**Nega-se provimento ao recurso.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação declaratória ajuizada por **Compusoftware Informática Ltda.** em face do **Município de São Paulo**. Ante a sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa (fls. 1865/1869).

É da inicial que a autora ajuizou ação visando anular inscrição (chamada de “cadastro de contribuinte mobiliário CCM”) promovida de ofício pelo Município apelado, bem como todos os atos dela decorrentes. Informa na inicial

ter sido referida inscrição aberta sem seu conhecimento.

Alega que é sediada em Cotia, mas que presta serviços para vários clientes de São Paulo, sendo que o apelado entende que sua sede é no território paulistano. Nessa esteira, com a abertura da inscrição no Município de São Paulo, a autora tem, para todos os efeitos, sede em tal localidade, de modo que seus fornecedores e clientes não conseguem emitir nota fiscal eletrônica com os dados corretos, relativos ao Município de Cotia. Aduz que tal inscrição é falsa e arbitrária.

Em contestação, o Fisco alegou que houve simulação da existência de estabelecimento prestador em Cotia e defendeu a inclusão do ora apelante no cadastro de contribuintes municipais.

Houve produção de prova pericial.

Sobreveio sentença de improcedência. Entendeu o juiz que ficou caracterizado que a sede da autora é no município de São Paulo, de modo que a abertura de cadastro como contribuinte desta municipalidade é devida, bem como os atos decorrentes.

Inconformada, apela a autora (fls.1884/1898). Repete os mesmos termos aduzidos na inicial, notadamente: i) ausência de conclusão das diligências administrativas; ii) arquivamento do processo administrativo do CCM em 09.09.08; iii) jamais esteve estabelecida no município de São Paulo; iv) validade das conclusões do laudo pericial; irrelevante o fato das duas empresas terem o mesmo sócio; v) notas fiscais comprovam que o maior mercado do apelante é fora da cidade de São Paulo; vi) por ter sede efetiva fora do Município de São Paulo é que se inscreveu no “cadastro de prestadores de serviços de outros municípios”; vii) a sentença tratou de “guerra fiscal”, mas isso não foi objeto do processo, eis que a alíquota utilizada pelos Municípios de Cotia e São Paulo é igual; viii) o serviço de cessão de direitos de uso de software deve ser tributado no local da sede, que no caso é Cotia. Pede a reforma da sentença e a inversão da sucumbência.

Contrarrazões a fls. 1914/1919.

### **É o relatório.**

Primeiramente, cabe registrar que o processo tramitou e foi processado sob a égide do CPC/73, sendo interposto o presente recurso, que será julgado à luz do citado diploma legal (art. 14 do CPC/15).

A sentença solucionou corretamente a lide e merece ser mantida.

Cinge-se a controvérsia à definição do local físico da sede do estabelecimento prestador da apelante: se em Cotia (como a própria apelante afirma) ou em São Paulo (como o apelado justifica). Disso decorre a validade ou não da inscrição de ofício da apelante no Cadastro de Contribuintes Mobiliários (CCM) de São Paulo e demais atos decorrentes.

Em relação à competência tributária, deve ser aplicada a legislação tributária vigente ao tempo dos respectivos fatos geradores, ou seja, a Lei Complementar 116/2003. O artigo 3º desse diploma possui a seguinte redação:

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;

X – (vetado)

XI – (vetado)

XII – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços

descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XVI – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congêneres a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferropuerto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

§ 1º No caso dos serviços a que se refere o subitem 3.04 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, objetos de locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não.

§ 2º No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.

§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Ademais, o artigo 4º da Lei Complementar em questão definiu o conceito de estabelecimento prestador para efeito de definição da competência tributária, nos seguintes termos:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Sob esse enfoque, oportuno colacionar ao corpo de deste voto, julgado do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, *verbis*:



TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA. FATO GERADOR. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço. 2. *In casu*, verifica-se que a prestação de serviços de informática (comércio de produtos novos e usados e locação de equipamentos de informática) é fato gerador, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço. 3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp. 1.280.592/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.04.2012).

Também no julgamento do Recurso Especial nº 1.117.121/SP, submetido ao regime do 543-C do CPC, o STJ assentou que o imposto é devido, como regra geral, no local do estabelecimento prestador. A Corte Superior, na oportunidade, asseverou o que segue:

“(…) Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras:

1ª) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador, compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas;

2ª) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador. Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação);

3ª) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção. (…)

Assim, no caso de serviços de informática e cessão de softwares, Município que detém a competência tributária é aquele da sede do estabelecimento prestador.

Fixada tal premissa, pode-se agora analisar em qual Município está localizada sede: se em Cotia ou São Paulo.

Para tanto, mister analisar questões fáticas, perícia e laudo do assistente técnico, bem como demais elementos contidos nos autos capazes de indicar a

solução da questão.

De início, ao contrário do dito pelo apelante, consigne-se que o Município de São Paulo não promoveu – por iniciativa própria – o cancelamento do CCM da autora, ora apelante, na data de 09.09.08. O que aconteceu foi a cancelamento em virtude da liminar proferida nestes autos.

Quanto à inscrição propriamente dita, consta dos autos que esta decorreu de diligência (Ordem de Serviço nº 87.022.192) efetivada no intuito de se confirmar a existência de eventual estabelecimento prestador da autora sediado na Av. Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 828, 9º andar, Capital, SP.

No cumprimento da Ordem de Serviço, o auditor municipal constatou no logradouro retrocitado a existência da “Compusotware Informática Ltda.”, ora autora/apelante.

Inclusive a fiscalização apurou que no *site* da autora consta a informação de que o endereço desta é, de fato, o de São Paulo (fls.272 e 401).

Saliente-se que esta relatora, numa simples pesquisa no buscador Google encontrou vários anúncios na internet da *Compusotware* (autora), todos indicando o mesmo endereço de São Paulo, qual seja, Av. Eng. Luis Carlos Berrini, 828 – 9º andar. A tese da simulação de endereço ganha corpo, apesar dos esforços argumentativos da autora.

Nesse contexto, a autora alega que no endereço citado funciona outra empresa, qual seja, a *Constantine Serviços de Informática Ltda.* Contudo, compulsando os autos, verifica-se que um dos sócios da empresa *Constantine* é o sr. José Maurício Neves Rey (9.999 cotas) e o outro sócio é justamente a autora, ora apelante. Sabe-se que o sr. José Maurício também é sócio da empresa autora. Tal fato, isoladamente analisado, não possui muita significância.

No entanto, analisando o contexto dos autos e o teor da fiscalização efetuada, chega-se à conclusão apontada pelo Município, de que “*a autora possui o mesmo endereço da empresa Constantine Serviços de Informática – sediada em São Paulo – o que não é difícil de entender o porquê; além de disporem do mesmo objeto social como afirmado pelo perito, ambas estão sob controle comum da mesma pessoa, sr. José Maurício Neves Rey (fls.498). (...)*” (fls.1911-v).

Outro indício de simulação de estabelecimento é a análise do espaço físico aonde funcionam as instalações da autora. Esta alega ter aproximadamente 40 funcionários. No entanto, o assistente técnico da Municipalidade afirmou que no estabelecimento em Cotia cabem apenas 7 pessoas. Já o endereço de São Paulo é capaz de abrigar o número de funcionários informado (40).

Outrossim, importante frisar que a perícia judicial, que alcançou conclusões em muitos pontos favoráveis a autora, não pode ser considerada como apta a validar as alegações desta. É que fora realizada anos após a diligência do

auditor municipal, fato que traz incertezas e, obviamente, muitas discrepâncias.

Tecidas tais considerações e analisando sobretudo as conclusões do assistente técnico (fls.1095/1123), conclui-se que a autora tem estabelecimento simulado em São Paulo, local onde pratica seus serviços. Disso decorre a validade da abertura de cadastro parte do fisco paulistano.

Deve, portanto, ser mantida a sentença atacada.

Apenas a título de argumentação, consoante disposição do art. 14 do NCPC, “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Assim, de acordo com a teoria do isolamento dos atos processuais consubstanciada no artigo transcrito, a fixação da verba honorária deve ser analisada à luz do CPC/73, vigente à época da prolação da sentença em observância ao direito processual adquirido e à segurança jurídica. Logo, deixa-se de aplicar a majoração prevista no § 11 do art. 85 do NCPC. É que tal regramento só é cabível nos recursos interpostos a partir da vigência do Novo Código, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF/1988). Entendimento em sentido contrário implicaria em admitir aplicação retroativa de ônus processual não passível de previsão pelas partes quando consumado o ato que inaugurou a fase recursal.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003170-41.2017.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante IRMANDADE DE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOROCABA, é apelada VERA LUCIA DA CRUZ.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso e determinaram a redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 6.288**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

**Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação de reparação de danos decorrentes de falha de serviço médico-hospitalar na prestação de serviço por hospital privado. Competência das Câmaras da Seção de Direito Privado. Precedentes. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado.**

## VOTO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por *Vera Lucia da Cruz* em face da *Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sorocaba* aduzindo, em síntese, que no dia 02 de dezembro de 2015, realizou exames médicos na ré, e que, posteriormente, em junho de 2016, tomou ciência através de divulgação na imprensa regional e nacional que o médico que realizou os exames, *Katiuce Arantes Martins*, era um falso médico. Requereu indenização por danos morais no valor de R\$150.000,00 (fls. 01/12).

A r. sentença de fls.132/139, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido, o pedido para condenar a ré a pagar à autora indenização por dano moral no montante de R\$14.055,00, devidamente corrigida, nos termos da tabela prática do TJ/SP, e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença. Ante a sucumbência parcial, as custas e despesas processuais foram proporcionalmente distribuídas entre as partes, determinando-se que cada parte arcasse com os honorários de seu respectivo patrono, nos termos do artigo 86, caput, do Código de Processo Civil, deferindo-se os benefícios da assistência judiciária gratuita à requerida.

### É o relatório.

O recurso não comporta conhecimento.

Trata-se de pretensão jurisdicional voltada ao recebimento de indenização por danos morais decorrentes de atendimento prestado por falso médico nas dependências da entidade ré.

Ocorre que o serviço foi prestado por Hospital Particular e não por ente público, conforme se depreende dos estatutos sociais da ré às fls. 58/94.

Assim, não havendo ente público participante da relação processual, o art. 5º, item I.24, da Resolução nº 623/2013, com redação dada pela Resolução

nº 736/2016, ambas do C. Órgão Especial, dispõe que a competência seria da Subseção de Direito Privado I, conforme disposto abaixo:

*“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.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”.*

Já o mencionado item I.7 do art. 3º dispõe que as ações de responsabilidade civil do Estado são de competência da 1ª à 13ª Câmara de Direito Público. No entanto, tratando-se de serviço prestado por entidade privada, a competência para processa e julgar a ação é da Seção de Direito Privado.

Nesse sentido as decisões abaixo desse E. Tribunal de Justiça:

“COMPETÊNCIA RECURSAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRETENSO ERRO MÉDICO – Alegação de deficiência no atendimento particular prestado, especificamente, pela Santa Casa de Misericórdia – Associação Civil, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, conveniada ao SUS – Competência recursal da Colenda Primeira Subseção de Direito Privado (1.ª a 10ª Câmaras) – Precedentes. Apelo não conhecido, com determinação de redistribuição.” (Apelação nº 0015438-55.2013.8.26.0602/Relator(a): Spoladore Dominguez/Comarca: Sorocaba/Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público/Data do julgamento: 05/07/2017).

“COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação indenizatória – Erro médico – Danos morais e materiais decorrentes de realização de cirurgia desnecessária – Hospital particular – Competência para julgamento pertencente a uma das Câmaras de Direito Privado, nos termos do art. 5º, item I.24, da Resolução nº 623/2013 – Precedentes – Recurso não conhecido – Remessa determinada para redistribuição.” (Apelação nº 0000137-38.2003.8.26.0596/Relator(a): Manoel Ribeiro/Comarca: Serrana/Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público/Data do julgamento: 01/06/2016).

“COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil. Indenização. Erro médico. Ação movida em face de médico e da Santa Casa de Misericórdia de Tupã, que é entidade filantrópica, mas de direito privado. Inexistência de qualquer ente público no polo passivo. Matéria atinente à 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 5º, inc. I.24 da Resolução nº 623/2013. Casos análogos julgados pela C. Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça. Precedente do Órgão Especial. Recurso não conhecido com determinação.” (Apelação

nº 0000383-27.2011.8.26.0637; Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi; 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento:16/02/2016).

“Apelações cíveis. Ação indenizatória. Atendimento médico hospitalar. Alegação de erro de diagnóstico e de que atendimento especializado e exames prescritos, no pronto atendimento, não foram prestados ao autor. Danos e sequelas permanentes. Responsabilidade civil. Matéria afeita à competência da 1ª Subseção de Direito Privado. Inteligência do art. 5º, item I. 24, da Resolução 623/2013. Precedentes do Órgão Especial. Recursos não conhecidos.” (Apelação nº 0102237-48.2008.8.26.0547; Rel. Des. Ronaldo Andrade; 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/04/2016).

Ante o exposto, não se conhece do recurso, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras Julgadoras da Seção de Direito Privado.

## Apelações/Reexames Necessários

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0512052-12.2010.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e Apelante JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado/apelante MARIA ALZIRA FRANCO BASTOS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Decisão mantida, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 31.164**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

DANILO PANIZZA, Relator

**Ementa: DEVOLUÇÃO DE AUTOS PARA ADEQUAÇÃO – CASO ESPECÍFICO QUE NÃO COMPORTA TAL FIM – SITUAÇÃO FÁTICA**

**DIVERSA DO CASO PRECEDENTE QUE NÃO PERMITE SUA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO.**

**ADEQUAÇÃO NÃO ACOLHIDA.**

**DECISÃO MANTIDA.**

**VOTO**

Vistos.

Trata-se de devolução de autos à Turma Julgadora, sob a consideração do julgamento proferido no REsp nº 1.111.202/SP, Tema 122, do STJ, publicado no DJe em 18.06.2009, que reconheceu a legitimidade passiva, tanto do possuidor (promitente comprador) do imóvel, quanto do seu proprietário (promitente vendedor), pelo pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, conforme encaminhamento da Presidência da Seção de Direito Público, sob a regra decorrente do inciso II, do art. 1.030, do atual Código de Processo Civil.

Ocorre que, o caso específico julgado por esta 1ª Câmara de Direito Público ponderou que a executada alegara ilegitimidade passiva, arguindo que o imóvel, objeto de cobrança do IPTU dos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009 e de taxa de limpeza pública do exercício de 2007, fora desapropriado pela Petrobrás, em 21.12.1977, sendo que parte fora objeto de alienação à empresa Lotesa Empreendimentos Imobiliários Ltda. em data de 29.01.1987, e outra parte objeto de contrato particular de compra e venda com a empresa Maziterra Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. em data de 05.09.1991, conforme contrato juntado às fls. 64/66.

Mais adiante, o v. aresto salienta que a apelante juntara aos autos cópia da escritura de instituição de servidão de passagem e de compra e venda, fls. 56/63vº, e do contrato de compromisso de compra e venda (fls. 64/66), embora não registrado no Cartório de Registro de Imóveis, celebrado em 05.09.1991, contou com a providência de demanda da executada contra Manziterra Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., na qual objetivara compelir a ré na realização da obrigação de fazer consistente no recebimento da escritura definitiva, com a expedição do competente mandado ao 2º Oficial de Registro de Imóveis de Santo André para o devido registro. Esta demanda é originária de fevereiro de 2009, contando com sentença favorável de junho de 2010 (fls. 80), que transitou em julgado.

Apesar deste último ato consistente na prestação jurisdicional seja posterior ao exercício dos tributos exigidos, há o reconhecimento judicial de que o bem fora negociado em 1991, muito anterior aos exercícios fiscais de 2006 a 2009 (objeto de execução fiscal).

Por todo esse contexto, a Turma Julgadora acabara por concluir pela



ilegitimidade passiva *ad causam* da executada para responder pela execução do tributo municipal.

Nesta sequência, descabe a adequação, implicando na manutenção do julgado.

Com isto, resta **mantida** a decisão originária.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1050341-92.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelada CHRYSSANTHI ROUSSEAU.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 19 de novembro de 2017.

SOUZA MEIRELLES, Relator

**Ementa: Tributário – Demanda anulatória – Pretensão à invalidação de lançamento fiscal de débito de ITCMD – Reconhecida a ilegitimidade da requerente para atuar tanto na figura de contribuinte quanto na condição de responsável tributário – Imposto não-incidente na hipótese de transferência de ativos vindos do exterior, recebidos em decorrência de herança – Necessidade de edição de lei complementar que disponha sobre a matéria para viabilizar a exigibilidade – Inconstitucionalidade da cobrança do imposto sobre declarada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso desprovido**

## VOTO

Apelação cível manejada pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo

nos autos de demanda anulatória que tramitou perante a 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, cujos pedidos foram julgados **procedentes** para anular crédito tributário de ITCMD incidente sobre a herança recebida do exterior, no valor de **R\$ 63.881,62**.

Vindica a apelante a desconstituição da r. sentença, a fim de que seja reconhecida a higidez do lançamento fiscal. Sustenta a constitucionalidade do art. 4º, I, b, da Lei Estadual 10.705/00, em razão da competência legislativa plena do Estado, ante a ausência de lei complementar editada pela União.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 127/130).

Tal, em abreviado, o relatório.

Conforme dos autos se deduz, a demanda foi proposta pelo requerente objetivando a declaração de nulidade de lançamento, em seu desfavor, de crédito tributário decorrente de **ITCMD** (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação) incidente sobre a quantia de R\$ **882.204,57** (oitocentos e oitenta e dois mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e sete centavos), constante da sua declaração de ajuste anual de Imposto de Renda a título de transferências patrimoniais recebidas.

Em sua inicial, alegou a requerente que efetuou a declaração do imposto de renda de 2011, informando erroneamente o recebimento de numerário vindo do Exterior, decorrente de herança recebida de sua tia, residente na Suíça.

Em 23.10.2016, a apelante recebeu a **Notificação Fiscal nº 259/2016**, consubstanciando o lançamento do imposto incidente sobre a referida herança.

Diante deste cenário, o requerente aduziu ser descabida a exação do ITCMD, sustentando sua ilegitimidade para responder pelo débito fiscal, por não gozar da qualidade de responsável tributário, bem como a inexistência de lei complementar estadual voltada a ditar as regras empregáveis ao recolhimento do imposto quando o numerário advier de herança de *de cujus* não residente ou domiciliado no país.

Como mencionado alhures, a r. sentença julgou procedente o pedido, acolhendo, na íntegra, a fundamentação do requerente.

Desafiando o r. julgado, insurge-se a Fazenda Pública em apelação, sustentando que o ITCMD é devido nas doações e nos inventários, de modo que escorreito o lançamento, até porque lastreado na declaração de imposto de renda da requerente, não sendo suficientes os elementos trazidos para elidir o trabalho fiscal.

Porém, em que pese ao inconformismo da requerida, o apelo não comporta guarida.

Conforme dispõe a **Lei Estadual nº 10.705/2000 (art. 2º, I e II e §§ 1º ao 5º)**, editada em atenção à competência conferida aos Estados pelo **art. 155, I** da

**CRFB**, o ITCMD tem por fato gerador a transmissão de bens ou direitos a título de sucessão (legítima ou testamentária) e doação.

O requerente foi autuado pelo não-pagamento de ITCMD porquanto tenha, em sua declaração de ajuste anual do Imposto de Renda, informado ter recebido, no exercício de 2011, certa quantia a título de transferências patrimoniais, de modo que o Fisco Estadual, tomando conhecimento de tanto, julgou ser devido o imposto sobre tal movimentação financeira, ao fundamento de que caracterizado o fato gerador do tributo.

Ocorre que, não há se falar na incidência do imposto, tendo havido equívoco no lançamento, sendo certo que a requerente não é pessoa legítima a constar como contribuinte ou responsável tributário pelo recolhimento do imposto exigido em decorrência da lavratura de auto de infração.

De igual modo, **não se encaixa o requerente como responsável tributário**, conforme previsto nos arts. 129 e seguintes do CTN, com especial destaque às hipóteses do art. 134 deste diploma legal.

Desta feita, adequada a r. decisão terminativa ao acolher o pleito de ilegitimidade.

A inexigibilidade do tributo igualmente se funda na **ausência de comando legal, competente, que institua o imposto em caso de recebimento de ativos providos do exterior**.

Sob esse prisma, oportuno anotar que **somente lei complementar federal portaria aptidão para tornar exigível o tributo, por força do que estabelece o art. 155, § 1º, III, “a”, da CRFB**.

Exatamente pelo fato de a **CRFB** ter condicionado a exação do imposto a antecedente edição de lei complementar federal, o **C. Órgão Especial** deste **E. Tribunal de Justiça** houve por bem declarar a inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre transmissão de bens localizados no exterior, bem como de doador ou *de cujus* residentes e/ou domiciliados fora do país ou no caso de inventário processado no exterior, com base na **Lei Estadual nº 10.705/2000**, na **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000**, julgada em 30.3.2011, de Relatoria do perínclito Desembargador **GUERRIERI REZENDE**: *in litteris*

**“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 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 cujus ou do lugar aonde se processou o inventário.”***

Seguindo este norte, tem julgado esta C. Câmara:

**MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. Bens do exterior, herdados por falecimento da avó, que residia na Alemanha. Inexigibilidade. Inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Estadual 10705/2000, em face do artigo 155, § 1º, III, da Constituição Federal. Precedente do Órgão Especial desta Corte. Segurança concedida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1000401-80.2016.8.26.0564; Relator (a): Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/03/2017; Data de Registro: 01/03/2017).**

**APELAÇÃO CÍVEL – Anulação de débito – Incidência de Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD na sucessão hereditária de bens de “de cujus” residente no exterior e cujo inventário foi lá processado (artigo 4º da Lei nº 10.705/2010) – Impossibilidade Órgão Especial que se pronunciou no sentido de que o imposto de transmissão “causa mortis” não incide sobre bens localizados no exterior, porquanto inexistente lei complementar nacional regulando a matéria, como exige o artigo 155, §1º, III, da Constituição Federal (Arguição de inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.000) Decisão de aplicação obrigatória pelas Turmas e Câmaras do Tribunal, a teor do artigo 949, parágrafo único, da Lei 13.105, de 16.03.2015 Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1008433-69.2015.8.26.0577; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/06/2016; Data de Registro: 07/06/2016).**

**ITCMD. Ação declaratória de inexigibilidade de crédito fiscal. Preliminar de não conhecimento do recurso e pedido para sobrestamento do julgamento rejeitados. Recolhimento do tributo sobre importância recebida a título de herança do de cujus residente**

**no exterior – Inadmissibilidade – Inteligência do disposto no artigo 155, inciso I, parágrafo 1º, inciso III, alínea “b”, da CF – Exigência de Lei Complementar, ainda não editada – Inconstitucionalidade das disposições insertas no art. 4º, incisos I e II, da Lei Estadual nº 10.705/00 reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte. Ação julgada procedente em 1º grau – Decisão mantida em 2ª instância. RECURSO CONHECIDO e DESPROVIDO.**

(TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1020544-08.2015.8.26.0053; Relator (a): Isabel Cogan; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/05/2016; Data de Registro: 23/05/2016)

Avaliando a hipótese ventilada aos autos, resta evidente que a cobrança emerge de vindicação fundada em lei declarada inconstitucional e, por derradeiro, não há que se falar na incidência do tributo, o que arreda a pretensão recursal fazendária.

Por derradeiro, não se ignora que o **E. STF** reconheceu a Repercussão Geral sobre o tema ora em apreço, nos autos do **RE nº 851109-SP**. No entanto, esclarece-se que o reconhecimento de repercussão geral sobre determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outras demandas com o mesmo objeto, devendo, em verdade, ficar sobrestado eventual recurso extraordinário a ser interposto.

Isso porque, conforme já decidiu o **A. STJ** “*O reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Assim, nada impede, p. ex., o julgamento de recursos especiais interpostos nesses processos. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que deverão ser sobrestados*”. (REsp 1.143.677, Min. Luiz Fux, j. 2.12.09, DJ 4.2.10).

À luz do exposto, imperativa a integral manutenção do r. julgado, inclusive por seus próprios e judiciosos fundamentos.

Como consectário lógico do julgamento, cumpre majorar a verba honorária em cinquenta por cento (50%), a título de honorários recursais, nos termos do **art. 83, §11 do CPC/15**, observada a gratuidade.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

## Embargos de Declaração

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1008109-02.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante JOSE SIMÃO DE ALMEIDA, é embargado O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso acolhido, sem efeito modificativo, para sanear a omissão e fixar os honorários recursais, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.477)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

MAGALHÃES COELHO, Relator

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Existência de omissão no v. acórdão no tocante aos honorários advocatícios recursais – Recurso acolhido, sem efeito modificativo, para sanear a omissão e fixar os honorários recursais.**

### VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de embargos de declaração opostos, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o v. Acórdão foi omissivo quanto à aplicação dos honorários advocatícios recursais.

II. Daí o porquê requerem o acolhimento dos embargos.

III. Não foi apresentada resposta.

**É o relatório.**

Trata-se, na origem, de embargos à execução de sentença opostos pelo **Departamento de Estradas de Rodagem - DER**, em face de **José Simão de Almeida**, em que sustenta, em síntese, a ocorrência da prescrição intercorrente, uma vez que o processo de conhecimento transitou em julgado em 2005 e o requerimento para a apresentação das planilhas, objetivando iniciar a execução

dos valores foi feito apenas em 2014.

Os embargos foram julgados improcedentes, condenando-se o embargante nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados por equidade em dez por cento sobre o valor dado aos embargos.

A sentença, por sua vez, foi mantida por este E. Tribunal de Justiça, no entanto, os honorários recursais não foram fixados, conforme preceitua o inciso I, §3º e §11º do artigo 85 do CPC.

Assim, neste recurso, a embargante sustenta que tal determinação é omissa, pois não houve a majoração prevista legalmente.

Tem razão a embargante.

Dessa maneira, atento ao previsto no inciso I, §3º e §11 do artigo 85 do CPC, determino a majoração dos honorários advocatícios de 10% para 15% sobre o valor dado aos embargos.

Daí o porquê, acolhem-se os embargos de declaração, sem efeito modificativo, para o fim de sanear o acórdão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2123848- 97.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Americana, em que é embargante MÁRIO ALVES BANDEIRA, é embargado MUNICÍPIO DE AMERICANA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos em parte. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.214)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão e nulidade – Inocorrência – Nome de uma agravante que não constou do cadastro do recurso, e, consequentemente, do v. acórdão – Mero erro material – Inexistência de nulidade, pela ausência de prejuízo – Agravantes todos representados pelo**



**mesmo advogado, devidamente intimado de todos os atos do processo, e que defendeu os interesses da referida agravante – Erro material, contudo, que deve ser sanado, inclusive com retificação do cadastro do processo – Erro material sanado, sem alteração no resultado do julgamento – Embargos parcialmente acolhidos, com determinação.**

## VOTO

Trata-se de *embargos de declaração* opostos por *Antônia Clarete de Moura Alves Bandeira* e *Mário Alves Bandeira* contra o v. acórdão de fls. 165/170 (autos digitais em apenso), por meio do qual foi negado provimento ao agravo de instrumento por eles interposto contra o *Município de Americana*.

Os embargantes, em síntese, alegam a existência de omissões no v. acórdão e de nulidade processual. Afirmam que o nome da agravante Antônia não constou da distribuição do agravado de instrumento e tampouco do v. acórdão embargado. Sustentam que tal lapso acarretou nulidade processual. Requem, assim, seja refeita a distribuição do recurso, bem como todos os atos processuais posteriores (fl. 02/05).

Instado a se manifestar, o embargado apresentou resposta (fls. 10/14).

É o relatório.

Conheço dos embargos declaratórios, porque tempestivos e os acolho, em parte, mas sem efeitos modificativos.

De fato, por um lapso, não constou do v. acórdão o nome da agravante *Antônia Bandeira*, mas apenas de seu marido *Mário Alves Bandeira*.

Contudo, isso não conduz à conclusão de que houve nulidade processual.

Afinal, o advogado das partes é o mesmo (cf. procuração de fls. 29/30 e 31), defendeu os interesses de ambos, e não alegou qualquer vício no momento da distribuição, e nem mesmo após, quando a publicação da inclusão do recurso em pauta para julgamento foi realizada somente em nome do agravante *Mário Bandeira*.

Nesse sentido, não há que se cogitar de prejuízo para agravante Antônia, uma vez que, sendo ela representada pelo mesmo advogado de seu marido, todos os atos praticados em nome dele, pelo patrono comum, também a beneficiaram.

Portanto, ausente prejuízo na defesa de seus interesses, fica afastada a alegação de nulidade processual.

Houve, na realidade mero erro material no v. acórdão, decorrente do erro do cadastro do agravo de instrumento, que, aliás, deve ser retificado.

Assim, os presentes embargos devem ser acolhidos em parte, apenas para

sanar o erro material verificado, o que determino de ofício.

Portanto, no v. acórdão de fls. 165/170, onde se lê apenas “*Mario Alves Bandeira*”, deve-se ler “*Mário Alves Bandeira e Antônia Clarete de Moura Alves Bandeira*”.

Ademais, o cadastro do agravo de instrumento – bem como destes embargos – deve ser corrigido, **para que ambos, Mário e Antônia, constem como agravantes e embargantes.**

Ante o exposto, pelo meu voto, **acolho parcialmente estes embargos, apenas para sanar o erro material acima consignado, sem qualquer alteração no resultado do julgamento, com determinação de correção da autuação do agravo de instrumento e destes embargos, nos termos supra.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1014391-22.2016.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é embargada NANCI APARECIDA FERRARI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 27.909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

**Ementa:** *Embargos de declaração – Contradição, obscuridade ou omissão no acórdão não configuradas – Descabimento – Os embargos de declaração sujeitam-se aos limites traçados pelo artigo 1022 do Código de Processo Civil – Embargos apenas para fins de questionamento.*

***Embargos rejeitados.***

## VOTO

Opôs o embargante, os presentes embargos de declaração, não apontando contradição obscuridade ou omissão no v. acórdão, pretendendo apenas prequestionamento, alegando que o v. acórdão não observou a aplicação da Lei 11960.2009 para a correção e juros sobre as condenações, porque o Tema 810 do E. STF ainda não teria tido pronunciamento definitivo.

Segundo dispõe o artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.

A decisão embargada deixou claro o improvimento do recurso do embargante.

Todavia, informo ao Embargante que o v. acórdão do E. STF em sede de Repercussão Geral, sobre o Tema 810, referente a juros e correção monetária incidentes sobre as condenações judiciais da Fazenda Pública, objeto do RE nº 870947, julgado em 20.09.2017, foi publicado no dia 20.11.2017.

Ressalte-se finalmente que, mesmo quando a intenção do recorrente é apenas a de prequestionar, para obter acesso a outros meios processuais de revisão do julgado, o cabimento dos embargos de declaração está adstrito às hipóteses legais acima referidas.

Diante do exposto, rejeitam-se os embargos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001616-85.2016.8.26.0566/50000, da Comarca de São Carlos, em que é embargante LUCÍLIA CINTIA DE FATIMA GASPARINO (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.366)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

**Ementa: Embargos de Declaração – Rejeição de rigor – Ausência de obscuridade, omissão ou contradição**

**– As argumentações inseridas no corpo dos Embargos de Declaração e relativas às pretensas omissões não prosperam na medida em que as teses aventadas foram objeto de apreciação do “decisum”, ainda que de maneira sucinta ou reflexa – Desnecessidade de esclarecimentos do julgado – Embargos declaratórios rejeitados.**

## VOTO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela autora contra o acórdão de fls. 316/321, por meio do qual esta Câmara negou provimento ao seu recurso voluntário, mantendo a r. sentença que julgou improcedente a ação indenizatória.

Afirma a embargante que foi impedida de indicar provas a produzir, em especial prova testemunhal, configurando-se cerceamento de defesa. Alega que não requereu o julgamento antecipado da lide, ao contrário do que constou no acórdão (fls. 01/03).

Intimada a se manifestar, a embargada apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 08/14.

É o relatório.

2. Os presentes embargos de declaração não merecem acolhimento.

Pela singela leitura das petições dos embargos em confronto com o acórdão embargado, não se vislumbra a existência de qualquer vício e, como cediço, os embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento, prestam-se a esclarecer, se for o caso, obscuridades, omissões ou contradições do julgado, não se enquadrando como via adequada para modificar a decisão.

Em que pesem as afirmações colacionadas pela embargante, é certo que não apontou ela qualquer vício no acórdão que justificasse a oposição dos presentes embargos.

Cabe observar que, de fato, equivocada a afirmação de que a própria apelante teria requerido o julgamento antecipado da lide, o que, em verdade não ocorreu.

Contudo, tal ocorrência não tem o condão de implicar a reforma do acórdão. Não há como sobrepor o valor de prova testemunhal eventualmente produzida nos autos àquilo que foi apurado no inquérito policial, que, aliás, já fornece os depoimentos das pessoas que presenciaram os fatos.

Confira-se, por oportuno, decisão recente do E. STJ acerca da fundamentação da decisão judicial:

*O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas*

*pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.*

*O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.*

*Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.*

*STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585).*

No mais, as alegações contidas no recurso foram satisfatoriamente examinadas e decididas, substancialmente, pela Turma Julgadora, que, por unanimidade, proferiu o acórdão embargado.

Acresce salientar que mesmo no âmbito dos embargos de declaração, na expressão de MÁRIO GUIMARÃES, “*não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que, se o juiz acolhe um argumento bastante para sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não*” (in *O Juiz e a Função Jurisdicional*, p. 350). Demais, não se exige do Juiz “*que rastreie e acompanhe pontualmente toda a argumentação dos pleiteantes, mormente se um motivo fundamental é poderoso a apagar todos os aspectos da controvérsia*”<sup>1</sup>.

A propósito, esta Corte já teve oportunidade de decidir que não está o Tribunal obrigado a “*ater-se aos fundamentos indicados pela parte e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os requisitos da decisão judicial não estão subordinados a quesitos. A motivação da decisão, observada a “res in iudicium deducta”, pode ter fundamento jurídico e legal diverso do suscitado.*”<sup>2</sup>.

No mais, como é cediço, “*Os embargos de declaração não se prestam a correção de error in iudicando nem tão pouco à impugnação do entendimento sufragado pelo voto condutor do acórdão hostilizado. Sua função específica é integrar o julgamento, esclarecendo-o, quando presentes omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão ou obscuridades na motivação*” (*Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 141.778 – SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª Minª Nancy Andrighi, em 15/2/00, DJU de 20/3/00, pág. 62*).

Assim, exaurida na fundamentação do v. acórdão embargado a matéria ventilada no recurso, impõe-se a rejeição dos embargos declaratórios.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

1 RT 413/325.

2 RJTJESP 111/114.

## Habeas Corpus

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2185091-42.2017.8.26.0000, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é impetrante RENILTON DE ANDRADE E SILVA e Paciente JOSÉ BORGES DOS SANTOS, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CÍVEL DO FORO DA COMARCA DE ITAQUAQUECETUBA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem de *habeas corpus*. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

RENATO DELBIANCO, Relator

**Ementa: *HABEAS CORPUS* – Tutela inibitória em Ação Civil Pública – Pretensão do impetrante em resguardar a liberdade de ir e vir do paciente, principalmente de poder adentrar em seu estabelecimento comercial – Inexistência de alteração fática a justificar o manejo do remédio heroico em relação à impetração anterior – Ausência de *periculum in mora* – Ordem denegada.**

### VOTO

Trata-se de segunda ordem de *habeas corpus* rogada em favor de JOSÉ BORGES DOS SANTOS, em face de quem restou deferida, em sede de ação civil pública, tutela inibitória para proibir a sua presença em área de loteamento clandestino, sob pena de desobediência e multa diária no importe de R\$ 5.000,00, tendo em vista informação prestada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, autor da aludida ação, no sentido de que o paciente recalcitraria sistematicamente em violar ordens judiciais.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente foi cerceado em sua liberdade de ir e vir, principalmente de poder vir a adentrar em seu estabelecimento

comercial, localizado em loteamento onde supostamente estaria praticando a venda ilegal de lotes a terceiros.

Foi indeferida a liminar (fls. 16/17). Vieram informações (fls. 21/24) e parecer ministerial opinando pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, pela denegação da ordem ou que se julgue prejudicada a impetração (fls. 28/30).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

### **É o relatório.**

Inicialmente, reporto-me às considerações explanadas na impetração anterior (feito de n.º 2105369-61.2014.8.26.0000) no tocante ao cabimento da ordem de *habeas corpus* em face de decisão de cunho eminentemente civil.

Quanto ao mérito, consoante informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, o MM. Juiz da Primeira Vara cível do Foro da Comarca de Itaquaquecetuba (fls. 21/24):

“(...)”

*Às fls. 2977/2978 foi concedida a medida pretendida para proibir a presença do corréu José Borges dos Santos na área do loteamento clandestino descrito na inicial, bem como na área maior do imóvel, sob pena de multa diária.*

*A patrona do corréu informando que o mesmo exerce o comércio na região pleiteou a autorização para que seu constituinte adentrasse em seu estabelecimento, o que foi deferido (fls. 2989).*

“(...)”

Não houve, portanto, qualquer alteração fática a justificar o manejo do remédio heroico em relação à impetração anterior.

E, conforme bem apontado pela douta Procuradoria de Justiça, em seu judicioso parecer de fls. 28/30:

“(...)”

*O habeas corpus anteriormente apresentado pelo impetrante em favor do paciente (processo n.º 2105369-61.2014.8.26.0000) restou reconhecidamente prejudicado em razão do Juízo coator ter prolatado decisão por meio da qual autorizou a entrada do paciente em seu local de trabalho.*

*Pelo que se verificou e como consta das informações prestadas, na demanda originária, ação civil pública por meio da qual busca-se desconstituir loteamento clandestino, não foi proferida nenhuma nova decisão que gere constrangimento ao direito de ir e vir do paciente.*

*Também não houve o relato de qualquer outra situação que justifique ou demonstre necessária a utilização do presente remédio constitucional, não sendo descrita qualquer nova situação de restrição, mas apenas a impossibilidade de entrada no local de trabalho, o que já tinha sido garantido por meio de decisão proferida pelo juízo civil.*



(...)”.

Em sendo assim, à vista da ausência de *periculum in mora* a justificar a interposição de um novo *habeas corpus* em favor do réu (nos autos da ação civil pública originária), imperativa a denegação da ordem.

Assim posta a questão, pelo meu voto, conheço, porém **denego** a ordem de *habeas corpus*.

## Reexames Necessários

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1000026-91.2017.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é recorrente JUIZO *EX OFFÍCIO*, é recorrida ADRIANA MORATELLI.

**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 reexame necessário. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 23.486**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

RUBENS RIHL, Relator

**Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Infrações de trânsito que culminaram no procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir da impetrante – Ausência de notificação das infrações de trânsito – Fato negativo impossível de ser demonstrado (prova diabólica) – Inexistência de comprovação da efetiva ciência da notificação do infrator de modo a lhe assegurar o seu direito de defesa antes da imposição da sanção – Mera indicação por sistema próprio que não tem o condão de substituir a exigência prescrita no art. 282, do CTB – Aplicabilidade da Súmula 312 do STJ – Cerceamento de defesa caracterizado (art. 5º, LV, CF) – Circunstância que impõe a declaração**

**de insubsistência das autuações e, por consequência, a nulidade do procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir – Sentença de procedência decretada em primeiro grau – Decisório que merece subsistir – Reexame necessário desacolhido.**

## VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por ADRIANA MORATELI em face do DIRETOR DO DETRAN/SP, objetivando a declaração de nulidade do procedimento administrativo instaurado para suspensão de sua carteira nacional de habilitação.

Ar. sentença de fls. 37/40, cujo relatório ora se adota, concedeu a segurança pleiteada para anular o ato administrativo que determinou a suspensão do direito de dirigir da impetrante, tornando definitiva a liminar concedida na fase inicial do processo.

Ausente recurso das partes, os autos vieram conclusos para reexame necessário.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do E. TJ/SP.

É o relatório.

Por primeiro, considera-se interposto o reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei federal 12.016, de 2009 (Lei do Mandado de Segurança).

Bem examinada a questão posta em Juízo, entendo que deve ser mantida a r. sentença em reexame.

Isto porque reza o parágrafo único do art. 281 do Código de Trânsito Brasileiro que o auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente, nas seguintes hipóteses:

***I - se considerado inconsistente ou irregular;***

***II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação.*** (g.n)

Assim, tem-se que a expedição tempestiva da autuação constitui requisito de validade do auto de infração. E mais, exige-se também a ciência do infrator, por qualquer meio idôneo de comunicação, conforme dispõe do art. 282 desse mesmo diploma normativo, *in verbis*:

***Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.***

***§ 1º A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo será considerada válida para todos os efeitos.***

Ora, dos dispositivos legais, depreende-se ser imprescindível a prévia notificação do proprietário do veículo, que deve ter ciência da infração a ele imposta, a fim de que possa exercer seu direito de defesa, através do contraditório e ampla defesa, conforme determina o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

***“A legalidade das sanções administrativas por infração de trânsito assenta-se no pressuposto de regular notificação do infrator para que possa defender-se resguardado pelo devido processo legal”***.

Assim, para a validade das infrações impostas à recorrida, imperioso que a autoridade de trânsito demonstrasse o cumprimento dos requisitos impostos pelo sistema de sanções prescrito no Código de Trânsito Brasileiro, que determina a notificação e ciência do indigitado infrator.

Ressalte-se que não cabia à autora a prova da inexistência de notificação, fato negativo impossível de ser demonstrado (chamada prova diabólica). O ônus era todo da impetrada, que haveria de comprovar a efetiva notificação. Contudo, não demonstrou que o fez, por qualquer das formas admitidas em lei, razão pela qual a anulação do procedimento de suspensão do direito de dirigir era mesmo de rigor.

Cumprir destacar, por oportuno, que os documentos de fls. 22/31 não podem ser aceitos como prova da efetiva notificação do infrator, já que não se pode afirmar se realmente houve a entrega das notificações expedidas ao correio, e nem se este órgão procedeu ao seu respectivo cumprimento, uma vez que as entregas das notificações não podem ser presumidas por uma simples listagem dos atos praticados, sem que haja qualquer outro documento que corrobore a alegação.

É certo que os atos administrativos presumem-se verdadeiros. Todavia, tal presunção é relativa e pode ser desafiada pelo administrado, como o fez a recorrida.

Assim é que a impetrada não comprovou que as notificações das penalidades foram regularmente realizadas, nem tampouco a ciência do infrator, dados imprescindíveis para a validade das multas impostas e do posterior procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir, haja vista o ônus da prova que lhe recaía, estando, pois, correta a concessão da segurança pronunciada em Primeiro Grau.

Esse entendimento, por sinal, encontra-se cristalizado na Súmula 312 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

***“No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena***

*decorrente da infração”.*

E, com o mesmo entendimento, já decidi esta Primeira Câmara de Direito Público:

**“Nulidade de Procedimento de Suspensão de Dirigir – Ausência de comprovação da remessa da notificação dupla das infrações de trânsito que deram ensejo à instauração do procedimento – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça – Recurso não provido.”** (TJSP; Apelação 1012418-03.2014.8.26.0344; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/10/2016; Data de Registro: 01/11/2016).

De tudo resulta, pois, que correta a r. sentença em reexame.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí por que, em tais termos, desacolhe-se o reexame necessário.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0006758-44.2015.8.26.0430, da Comarca de Paulo de Faria, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido TÂMARA DA CRUZ SOUZA SARAIVA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não acolheram o reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.288/2017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

JARBAS GOMES, Relator

**Ementa: SAÚDE. Internação Compulsória. Dependente químico. Admissibilidade, ante a existência de elementos comprobatórios da necessidade da medida. Inteligência dos artigos 196 e 198, inciso II e § 1º, da Constituição Federal, 3º, 8º e 9º da Lei nº 10.216/01. Ação procedente. REEXAME NECESSÁRIO NÃO ACOLHIDO.**

## VOTO

Trata-se de reexame necessários da r. sentença de fls. 75-76, que julgou procedente ação de obrigação de fazer, proposta por *TÂMARA DA CRUZ SOUZA SARAIVA*, em face do *MUNICÍPIO DE RIOLÂNDIA*, visando à internação compulsória de seu companheiro *ÉDER LUIZ OLIVEIRA DOS SANTOS*, toxicômano, em instituição especializada no tratamento de dependentes químicos.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 107-110).

É o relatório.

As indicações subscritas por médicos da rede municipal de saúde (fls. 17-18) não deixam dúvidas quanto à internação de Éder ser imprescindível; tanto assim que o réu não se opôs a providenciá-la.

Cuida-se, à evidência, de prover tratamento adequado a condição patológica fora de controle e que põe em risco a incolumidade física de Éder e daqueles com quem tenha contato.

Esse é o foco da Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Exige o legislador para os casos de internação compulsória apenas a autorização de “*médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM do Estado onde se localize o estabelecimento*”, condicionando o término da medida à “*solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento*” (artigo 8º,

§ 2º).

Por seu turno, à internação compulsória, determinada por ordem judicial, basta que seja observada a legislação vigente e sejam sopesadas *“as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários”* (artigo 9º), exatamente como ocorreu na espécie.

Nada mais.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde constitui direito público subjetivo do cidadão, competindo a todos os entes federativos concretizá-lo, prestando atendimento *“integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”* (artigo 198, inciso II).

Com efeito, *“é assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõem os arts. 2º e 4º da Lei n. 8.080/1990. A Constituição Federal é clara ao dispor sobre a obrigação do Estado em propiciar ao homem o direito fundamental à saúde, de modo que todos os entes federativos têm o dever solidário de fornecer gratuitamente medicamento ou congêneres às pessoas carentes. Qualquer um dos entes federativos tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de saúde”* (AgRg no AREsp nº 489.421/RS, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 6.5.2014).

Alinha-se, ainda, à concepção constitucional o artigo 3º da referida Lei nº 10.216/01, ao ditar ser *“responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais”*.

Diante desse cenário, outra solução não havia, senão o decreto de internação.

Registre-se que, ao determinar o cumprimento de preceito constitucional, como aqui fez, o Poder Judiciário não ofende o princípio da Tripartição dos Poderes, e, evidentemente, não altera a forma de utilização de verbas. Vela, antes, pela eficácia da salvaguarda instituída pela Carta da República, à qual deve respeito o Administrador.

Remata a questão debatida o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que *“o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição*

*da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos (...) o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes (...) dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade” (AgR no RE nº 271.286, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000).*

Isto posto, não se acolhe o reexame necessário.

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, facultado às partes, no momento da apresentação do recurso, oporem-se à forma do julgamento ou manifestarem interesse no preparo de memoriais.

No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1018418-62.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é



recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido ALVO VALE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. - EPP.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.445)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

**Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – Município de São José dos Campos – 1) Atividade de incorporação direta – Construção feita pelo incorporador em terreno próprio, por sua conta e risco – Venda de unidades autônomas – Ausência de prestação de serviço – Empreendimento que não se enquadra ao regime de administração, empreitada ou subempreitada – Precedentes desta Corte e do STJ – 2) Habite-se – Expedição condicionada ao prévio pagamento de ISS – Ilegalidade – Precedentes neste sentido – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.**

## VOTO

1. Cuida-se de Remessa Necessária contra r. sentença (fls. 89/94) proferida em Mandado de Segurança impetrado por ALVO VALE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. - EPP contra ato de responsabilidade atribuída ao Secretário da Fazenda do Município de São José dos Campos, por meio da qual o impetrante pretende a concessão da segurança a fim de que: (i) seja declarada a inexigibilidade de ISS, porquanto realizou obra de construção civil em terreno próprio, por sua conta e risco; (ii) concessão do “Habite-se”, independentemente do pagamento tributário de ISS.

2. A r. sentença proferida pelo MM. Juiz Silvio José Pinheiro dos Santos concedeu a segurança para reconhecer a inexigibilidade de ISS, anulando o lançamento tributário efetuado, bem como determinou o afastamento da vinculação da certidão de visto fiscal como condição para conceder à impetrante o “Habite-se” da referida obra.

3. Sem apresentação de razões recursais pela parte impetrada, houve

recurso oficial, nos termos do art. 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

### **É o relatório.**

4. O recurso oficial não comporta provimento.

Com efeito, depreende-se dos autos que a impetrante edificou prédio em seu próprio terreno, por sua conta e risco, utilizando-se de seu próprio capital e adotando a modalidade de incorporação direta, nos exatos termos do art. 41 da Lei nº 4.591/64. Dessa forma, não houve a prestação onerosa de serviços a terceiros, mas sim a prestação de serviços em benefício da própria autora, que por sua vez promoveu a venda direta dos imóveis construídos.

Enfrentando o assunto, o STJ já se manifestou no sentido de que em casos análogos ao discutido nestes autos, não há que se falar em incidência de ISS, visto que na incorporação direta não há prestação de serviço a terceiros. As figuras do incorporador e a do construtor são reunidas em uma única pessoa, que se comprometem a construir em seu próprio terreno, individualizar as unidades e vendê-las. Vê-se, portanto, que se trata de alienação de coisa futura consubstanciada por um contrato de compromisso de compra e venda, e não prestação de serviço, conforme a tese esposada pela apelante.

Nesse sentido:

### **“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO, POR SUA CONTA E RISCO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO.**

1. A incorporação imobiliária é um negócio jurídico que, nos termos previstos no parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/64, tem por finalidade promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

2. Consoante disciplina o art. 48 da Lei 4.591/64, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: (a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (Lei 4.591/64, art. 55); (b) por administração ou “a preço de custo” (Lei 4.591/64, art. 58); ou (c) diretamente, por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (Lei 4.591/64, art. 41).

3. Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços. Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, o exercício da atividade enquadra-se no item 32 da Lista de Serviços, configurando situação

passível de incidência do ISSQN.

4. Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por “preço global”, compreensivo da cota de terreno e construção. Ele assume o risco da construção, obrigando-se a entregá-la pronta e averbada no Registro de Imóveis. Já o adquirente tem em vista a aquisição da propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada, e, para isso, paga o preço acordado em parcelas.

5. Como a sua finalidade é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador não presta serviço de “construção civil” ao adquirente, mas para si próprio.

6. Logo, não cabe a incidência de ISSQN na incorporação direta, já que o alvo desse imposto é atividade humana prestada em favor de terceiros como fim ou objeto; tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. As etapas intermediárias são realizadas em benefício do próprio prestador, para que atinja o objetivo final, não podendo, assim, serem tidas como fatos geradores da exação.

7. Recurso especial não provido.” (REsp nº. 1166039/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 11/06/2010).

Aliás, em casos semelhantes, já decidiu esta C. 15ª Câmara de Direito Público no mesmo sentido. Confira-se:

**“APELAÇÃO – ISSQN – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA – EDIFICAÇÃO REALIZADA PELA PRÓPRIA INCORPORADORA EM TERRENO DE SUA TITULARIDADE – VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – NÃO INCIDÊNCIA – RECURSO PROVIDO. (Apelação nº. 0007648-91.2012.8.26.0428 - Relator: Fortes Muniz; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/08/2015; Data de registro: 18/08/2015).**

**ISS – Construção civil – Município de Ribeirão Preto – Ação de repetição de indébito – Incorporação direta – Empreendimento que não se enquadra no regime de administração, empreitada ou subempreitada – Pretensão alinhada ao posicionamento do STJ a respeito do tema – Comprovação satisfatória, ademais, da subsunção**

da incorporação de que se cuida ao regime da contratação direta entre o construtor/incorporador e os adquirentes – Recursos oficial e voluntário não providos. **JUROS MORATÓRIOS – Incidência a partir do trânsito em julgado da ação Súmula nº 188 do STJ. Recursos oficial e voluntário providos.**

**(TJSP, Apelação n. 0014347-92.2011.8.26.0506; Relator(a): Erbeta Filho; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/03/2017; Data de registro: 27/03/2017)**

Desta forma, no caso dos autos, não há que se falar em incidência do ISS, na medida em que a construção civil sob o regime de contratação direta entre os adquirentes das unidades autônomas com o incorporador proprietário do terreno consiste em atividade que não se caracteriza como serviço e, por tal razão, não se enquadra ao critério material da regra-matriz de incidência tributária de ISS.

Com efeito, o item 7.02 da Lista de Serviços anexa à LC 116/2003 prevê a tributação de ISS para *“execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)”*.

Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível que se equipare, por analogia, a empreitada à incorporação por contratação direta, sob pena de violação ao princípio da legalidade tributária.

Ademais disso, essa Corte, por meio de seus órgãos fracionários, tem tido como incabível a exigência de prova de pagamento de ISS referente à respectiva edificação, como condição à expedição de “habite-se”.

O fundamento é ilegalidade, falta de amparo jurídico e as súmulas 70, 323 e 547 do c. STF, as quais vedam comportamento do Fisco tido como meio de coerção ou restritivo da atividade do contribuinte, com vistas à exigência ou o recebimento de tributos.

Com efeito, esta 15ª Câmara já teve a oportunidade de enfrentar questão similar (Apelação 512.058.5/0, Rel. EUTÁLIO PORTO, j. 9/2/2006), ocasião em que ficou estabelecido que:

**“Por derradeiro, cabe ainda enfatizar que a expedição de “habite-se” não se confunde com a exigência do ISS, o primeiro é uma taxa que se cobra para verificação das condições de habitabilidade do prédio, depois de pronto, e o segundo, é imposto incidente sobre prestação**



**de serviço, sendo distintos os fatos que geram um e outro e, por isso, não se pode condicionar a expedição do “habite-se” ao pagamento do ISSQN, quando devido”.**

Dessa forma, de rigor a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso oficial.

## SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

### Agravos em Execução Penal

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Agravo de Execução Penal nº 0015595-93.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.P.F.L., é agravado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso. V.U.” de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.692)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa: Agravo em execução. Pretendida cassação da decisão que determinou a inclusão do preso em Regime Disciplinar Diferenciado. Preliminar absolutamente inconsistente. Inexistência de qualquer nulidade procedimental. Legitimidade de Delegado de Polícia para a formulação do requerimento de inclusão (art. 54, § 1º, da LEP). Pedido ratificado pelo Secretário de Administração Penitenciária, ademais. Mérito. Pretendida insuficiência do conjunto probatório para demonstrar os fatos imputados e o preenchimento dos pressupostos legais do Regime Disciplinar Diferenciado. Inocorrência. Evidências consistentes da prática das condutas descritas, demonstrando envolvimento ativo do sentenciado em organização criminosa, assim como risco relevante à ordem e à segurança do estabelecimento penal e da sociedade. Inclusão em regime disciplinar diferenciado, que pode e deve ser decretada. Inteligência do art. 52, §§ 1º e 2º, cc. art. 53, V, da LEP. Decisão acertada. Agravo**

**improvido, rejeitada a preliminar.****VOTO****Visto.**

Agravo tirado dos autos de execução de penas do sentenciado M.P.F.L., em cumprimento de penas, em regime fechado, na Penitenciária de Presidente Venceslau II, contra a r. decisão de *f. 909/913*, que autorizou sua inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado, pelo prazo de *360 dias*, com fundamento no art. 52, §§ 1º e 2º, c.c. art. 53, V, ambos da Lei nº 7.210/1984 (*Lei de Execução Penal*).

O inconformismo recursal postula a cassação do decisório, com a consequente desinternação imediata do sentenciado, trazendo matéria preliminar e meritória (*f. 1/9*).

Preliminarmente, alega ilegitimidade das autoridades subscritoras do requerimento.

No mérito, alega, essencialmente, a ausência dos pressupostos legais exigidos para a inclusão do agravante no Regime Disciplinar Diferenciado, em razão da insuficiência de provas quanto ao risco por ele representado à ordem e à segurança e à necessidade de aplicação da medida na hipótese concreta.

Contraminuta anotada (*f. 12/19*), mantida, ao depois, a respeitável decisão atacada (*f. 21*).

Autos distribuídos (*f. 974*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso (*f. 976/981*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **7.jun.2017** (*f. 982*).

É o relatório.

Com **plena razão o caminho trilhado na origem**, devendo ser mantida, integralmente, a r. decisão quanto à manutenção do sentenciado no Regime Disciplinar Diferenciado, pelo prazo de *360 dias*.

A medida foi determinada pelo d. Juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital, que, ao acolher parcialmente o requerimento subscrito por Delegados de Polícia do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo e Interior – Presidente Prudente (*DEINTER 8*), determinou a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, pelo prazo legal máximo, negando, porém, sua transferência a estabelecimento prisional federal.

Conforme se depreende dos autos, o requerimento foi encaminhado com base em evidências robustas apontando o envolvimento e participação ativa do condenado M.P.F.L., vulgo “F.”, “J.”, “M.”, “M.” ou “B.o.”, na organização criminosa “*Primeiro Comando da Capital – PCC*”, associação com atuação



transnacional voltada para a prática de crimes diversos, especialmente o tráfico ilícito de entorpecentes, delitos patrimoniais, posse e porte de armas de fogo, corrupção ativa e crimes contra a vida de agentes públicos, dentre outros.

O requerimento foi justificado pela constatação de que o agravante desempenhava posição de comando no conselho deliberativo do quadro jurídico daquela organização, cujas determinações vinham sendo emanadas de indivíduos detidos em estabelecimento prisional de segurança máxima, isto é, a Penitenciária II de Presidente Venceslau.

Essas evidências foram colhidas no curso das investigações realizadas no bojo do Inquérito Policial nº 108/2015, que embasou o oferecimento de denúncia e consequente instauração de ação penal em desfavor do agravante e de outros 53 indivíduos identificados pela operação “ETHOS”, deflagrada pela Polícia Civil, visando à apuração da prática das infrações penais previstas nos artigos 2º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei nº 12.850/2013 (*integrar organização criminosa armada*), e 333 do Código Penal (*corrupção ativa*).

Com base nesses elementos, o requerimento foi elaborado e subscrito por Delegados de Polícia do DEINTER 8, com integral concordância do “*Parquet*”, acarretando, inicialmente, a inclusão cautelar do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, pelo prazo de *60 dias* (f. 828/833).

Ao final do procedimento, houve a aplicação da sanção de forma definitiva, pelo prazo legal máximo de *360 dias*.

Contra esta decisão, recorre a defesa.

Mas **sem qualquer razão**, *data venia*.

Preliminarmente, nenhuma ***nulidade*** se entrevê no procedimento que culminou na aplicação da sanção.

Como se depreende dos autos, a inclusão do agravante no Regime Disciplinar Diferenciado foi determinada mediante o acolhimento de requerimento formulado por *uma dezena de Delegados de Polícia* em exercício no Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo e Interior de Presidente Prudente (*DEINTER 8*), após a integral concordância do Ministério Público.

Diante disso, diversamente do que alega a combativa defesa, inexistente qualquer óbice à plena legitimidade das autoridades subscritoras do requerimento.

Afinal, segundo dispõe a própria Lei de Execução Penal (*art. 54, § 1º, da Lei nº 7.210/1984*), a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado depende de “*requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa*”.

Assim, forçoso concluir que, da redação desse dispositivo não decorre – *como pretende fazer ver a defesa* – a legitimação supostamente exclusiva do Secretário de Administração Penitenciária, mas, pelo contrário, ampla

legitimação para a formalização do requerimento.

De sorte que, ao referir-se expressamente a lei a “outra autoridade administrativa”, está a conferir legitimação também à autoridade policial.

Nesses termos, excluindo-se interpretações demasiadamente restritivas do dispositivo legal, o requerimento formulado pelos Delegados de Polícia do DEINTER atende as exigências da Lei de Execução Penal.

Ainda a reforçar o argumento, cumpre reprimir que o pedido contou com a integral concordância do Ministério Público, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 68, II, da Lei nº 7.210/1984.

Ademais, vale ainda ressaltar que, a despeito de não ter sido o procedimento iniciado por requerimento do Secretário de Administração Penitenciária, este, após obter regular vista dos autos, *ratificou* o pedido de inclusão do sentenciado no Regime Disciplinar Diferenciado formulado pelos Delegados de Polícia do DEINTER 8, expondo os motivos pelos quais entendia necessária a aplicação da sanção no prazo máximo estabelecido pela lei.

Inexistente, assim, qualquer irregularidade relacionada à legitimidade para a elaboração do pedido.

Dessarte, rejeitando-se a alegação da defesa, conclui-se que o requerimento atendeu fielmente todo o rito previsto nos artigos 53 e 54 da Lei de Execução Penal, em todos seus aspectos.

**Afasta-se**, pois, a preliminar, de nenhum cabimento, *data venia*.

Ao *fundo*.

Ao sentenciado foi aplicada a sanção de inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado, pelo prazo de *360 dias*, tendo em vista seu envolvimento, em posição de comando, na organização criminosa “*Primeiro Comando da Capital – PCC*”, associação com atuação notoriamente transnacional, voltada para a finalidade de prática de crimes diversos, especialmente o tráfico ilícito de entorpecentes, delitos patrimoniais, corrupção ativa, crimes contra a vida de agentes públicos, dentre outros.

O d. Juízo de origem entreviu a necessidade de aplicação da medida, ao apurar que o sentenciado desempenhava posição de comando no conselho deliberativo do quadro jurídico daquela organização, cujas determinações vinham sendo emanadas de indivíduos detidos em estabelecimento prisional de segurança máxima, isto é, a Penitenciária II de Presidente Venceslau.

A decisão recorrida, **amplamente fundamentada**, orientou-se pelas robustas evidências colhidas no Inquérito Policial nº 108/2015, que embasou o oferecimento de denúncia e conseqüente instauração de ação penal em desfavor do agravante e de outros 53 indivíduos identificados pela operação “ETHOS”, da Polícia Civil, pela prática de infrações penais diversas.

Vem a defesa pleitear a cassação do decisório, por suposta **insuficiência de provas**, notadamente quanto ao risco representado pelo sentenciado e à necessidade efetiva de aplicação da gravosa medida.

Irretocável, entretanto, a sanção determinada pelo d. Juízo da Execução, pois efetivamente demonstrada a prática, pelo sentenciado, de **fato definido como crime doloso**, sob as circunstâncias estabelecidas pelos **§§ 1º e 2º do art. 52 da LEP**, que autorizam a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Inexiste, com efeito, insuficiência de provas, na medida em que as investigações levaram à identificação do sentenciado – *mencionado em e-mails interceptados e outros documentos* – como indivíduo que recebia informes regulares sobre a atuação da célula jurídica da facção criminosa, coordenando as ações subsequentes e, ainda, proferindo determinações específicas aos “advogados” da organização sobre tarefas a serem executadas em favor de outros membros.

Apurou-se, assim, que o sentenciado exercia função de comando relativamente a tais assuntos, concluindo-se que, mesmo encontrando-se preso em estabelecimento prisional de segurança máxima, continuava a delinquir, demonstrando, com isso, elevadíssimo grau de periculosidade.

Demais disso, as evidências colhidas expuseram, no quadro jurídico da organização criminosa, comandado pelo sentenciado, a existência de vasta rede de indivíduos integrando a facção na condição de advogados dos presos, observando-se em sua atuação, todavia, ao invés de dedicação profissional na defesa jurídica dos sentenciados, a prestação de auxílio material às atividades criminosas do grupo, assim como a gravíssima cooptação e corrupção do Vice-Presidente do Conselho Estadual de Direitos da Pessoa Humana, funcionário público por equiparação, para que obtivesse informações internas daquele Conselho e atuasse em benefício da organização criminosa fazendo uso da própria máquina estatal.

Fatos tais que – *em atenção à alta periculosidade do preso, indicada pela posição de liderança por ele exercida e a extrema gravidade da empreitada criminosa* – permitem concluir que o sentenciado efetivamente representa **risco elevado à ordem e à segurança do estabelecimento penal, com subversão da ordem e disciplina interna**, a justificar plenamente a aplicação do art. 52, §§ 1º e 2º da Lei de Execução Penal.

Falta disciplinar grave, pois, regularmente caracterizada, com atendimento dos pressupostos legais para a inclusão do agravante em Regime Disciplinar Diferenciado.

Portanto, por quaisquer ângulos que se enxergue a situação, **não tem** qualquer razão o agravante, mostrando-se completamente acertada a r. decisão recorrida.

*Nega-se provimento* ao agravo, *rejeitada a preliminar*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005499-91.2017.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante VINICIUS HENRIQUE INÁCIO DA SILVA, é agravado 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: “rejeitada a preliminar relativa à prescrição e prejudicada a análise das demais, deram provimento ao recurso de Vinicius Henrique Inácio da Silva para excluir de seu prontuário a infração disciplinar de natureza grave ocorrida em 22.09.2015, afastadas as determinações de perda dos dias remidos e de atualização do cálculo de liquidação de penas. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.889)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO MORENGHI (Presidente) e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

VICO MAÑAS, Relator

**Ementa: 1. Falta Grave – Prescrição – Semestralidade prevista na Lei 8.112/90 e prazo previsto em decretos presidenciais – Não aplicação.**

**2. Falta Grave – Imputação de fato previsto como crime doloso – Responsabilidade criminal afastada por sentença absolutória transitada em julgado – Impossibilidade de decisões conflitantes – Exclusão da infração do prontuário do detento.**

## VOTO

Vinicius Henrique Inácio da Silva interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 5ª Região Administrativa Judiciária (Deecrim – 5ª RAJ), Comarca de Presidente Prudente, que, reconhecendo a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinou a perda de um terço dos dias remidos e a atualização do cálculo de liquidação de penas para fins de progressão.

Em preliminar, suscita a ocorrência de vícios no procedimento

administrativo e a nulidade da sentença por ausência de oitiva do sentenciado em juízo. Ademais, identificada infração já atingida pela prescrição. No mérito, aduz que inviável a imputação de falta grave a preso provisório. Busca ainda a absolvição, pois não demonstrada a materialidade da indisciplina e atípica a conduta. Subsidiariamente, postula a redução do prejuízo à remição ao mínimo de um dia.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 32/45) e mantida a decisão combatida (fl. 46), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Para completar a lacuna legislativa decorrente da ausência de previsão de prazo prescricional para as infrações disciplinares em sede de execução, adotava-se o entendimento de que aplicável, por analogia, a semestralidade prevista na Lei 8.112/90 para as faltas administrativas.

No entanto, revistos alguns acórdãos desta C. Câmara pelo E. Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, o proferido no Agravo em Execução nº 0167731-70.2013.8.26.0000, julgado em 11.12.2013.

Analisando a respectiva impugnação (REsp nº 1.457.272- SP), a Sexta Turma da Corte Superior a acolheu para, afastado o reconhecimento da prescrição com base no período de 180 dias, determinar novo julgamento do agravo.

Na mesma linha, a compreensão da Quinta Turma do E. STJ:

“Diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar, deve-se utilizar o disposto no art. 109 do Código Penal, levando-se em consideração o menor lapso prescricional previsto, qual seja, três anos, para os fatos ocorridos na vigência da Lei n.º 12.234/2010, como na espécie. Precedentes desta Corte” (HC nº 242314/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 01.08.2012).

Pela mesma razão, inviável a aplicação, por analogia, do lapso de doze meses previsto em decretos presidenciais concessivos de indulto e de comutação de penas, até porque o período, durante o qual o interessado não pode ter contra si reconhecida infração disciplinar grave para pleitear os benefícios, nada tem a ver com a apuração de faltas.

Assim, torna-se a acompanhar o posicionamento consagrado no sentido de que a prescrição judicial das infrações disciplinares opera-se no menor prazo previsto na lei penal (art. 109, VI, do Código Penal) quando a situação não configurar crime (RJDTACRIM 47/48).

Atribuída ao recorrente falta disciplinar consistente em dano ao patrimônio público, o prazo prescricional é de oito anos (arts. 109, IV, e 163, parágrafo único, ambos do CP).

Verifica-se, portanto, que não se operou a ventilada causa extintiva

da punibilidade, já que entre o episódio negativo (22.09.2015 – fl. 48) e a identificação judicial da falta (16.05.2017 – fl. 133) não decorreu o lapso mencionado.

2. Consta dos autos que o agravante e o preso Claudielcio Pereira da Silva teriam feito buraco no chão da cela que habitavam, ligando-a a vizinha.

Em decorrência, instaurada sindicância para apurar possível dano ao patrimônio público.

Concluído o procedimento, entendeu-se configurada falta disciplinar de natureza grave e impôs-se aos envolvidos as sanções de 30 (trinta) dias de isolamento celular e de suspensão de direitos pelo mesmo período (fl. 97).

O Magistrado reconheceu a prática da infração (fl. 133).

Ocorre, no entanto, que, segundo consulta a folha de antecedentes, o episódio também deu origem ao processo nº 0011682-42.2015.8.26.0481 (51/2015), da 2ª Vara de Presidente Epitácio.

De acordo com certidão de objeto e pé elaborada em 02.10.2017 por servidora do respectivo Ofício, o ora recorrente foi absolvido da imputação de estar incurso nas penas do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, com fundamento no art. 386, V, do Estatuto Processual. A decisão transitou em julgado para as partes no último dia 08 de março.

Diante disso, afastada a responsabilidade criminal do detento em razão de não existir prova de haver concorrido para o delito, inviável manter a identificação da falta disciplinar.

Não se ignora que, em princípio, independentes as diversas esferas judiciais. No caso, todavia, inegável a interferência de uma em outra. Inviável, assim, tratá-las como estanques, sob pena de se chegar a decisões absolutamente contraditórias.

Por conseguinte, reconhecida a inexistência de prova de envolvimento do agravante no delito, a solução só pode ser a exclusão da correlata falta de seu prontuário.

3. Frente ao exposto, rejeitada a preliminar relativa à prescrição e prejudicada a análise das demais, dá-se provimento ao recurso de Vinicius Henrique Inácio da Silva para excluir de seu prontuário a infração disciplinar de natureza grave ocorrida em 22.09.2015, afastadas as determinações de perda dos dias remidos e de atualização do cálculo de liquidação de penas.

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003543-71.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante SILVIO LUIZ DA SILVA LEITE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, apenas para reduzir as penas impostas ao acusado SILVIO LUIZ DA SILVA LEITE para 02 (dois) e 04 (quatro) meses de reclusão, com pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, no mais, mantida a sentença por seus termos e fundamentos. Estabelecida a “culpa”, autorizaram imediato cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, com expedição de Mandado de Prisão e, no seu cumprimento, Guia de Execução. Respeitado, portanto, prazo de eventuais “Embargos” (ou respectivo julgamento), determinaram a comunicação para cumprimento (STF-HC 126.292/SP, de 17/02/2016 e MC nas ADCs 43 e 44, de 05/10-/2016), V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 19 de outubro de 2017.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

**Ementa: PENAL. APELAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.**

**Apelo visando à absolvição por falta de provas, ausência de dolo e pela teoria de perda de uma chance, com pleito subsidiário pela mitigação das penas. Descabimento.**

**1) Provas. Condenação. Cabimento. Autoria e materialidade demonstradas pelo conjunto probatório, inclusive pelo documento de contratação do serviço (aluguel de cadeiras e mesas), que, mesmo sem selo de autenticidade, perfaz prova indiciária. Testemunhos suficientes dando conta do recebimento**



dos objetos e sua não devolução, como combinado.

2) Inaplicabilidade da théorie de la perte d'une chance. Doutrina francesa de matiz, eminentemente civilista, voltada a definir os parâmetros de reparação material em favor de quem deixou de usufruir ganho patrimonial legítimo. Inaplicabilidade na seara penal, ainda mais em favor do acusado.

3) Ausência de dolo. Tese defensiva incabível. A aferição do elemento volitivo do agente dá-se pelo próprio fato, *in re ipsa*, dispensando maior sondagem psicológica.

4) Pena. Dosimetria. Redução. Cabimento. A) Pena-base devidamente fixada e, por isso, mantida. Princípio da motivação das decisões judiciais. Incremento punitivo pela reincidência. B) Comprovação documental de uma única condenação prévia com trânsito em julgado certificado para o réu, cabível o incremento mínimo em 1/6, razão pela qual se dá parcial provimento ao apelo. C) Pela reincidência, ainda que não específica, socialmente desaconselhável a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos. Artigo 44, II e III do Código Penal. D) Regime inicial fechado. Adequação. Réu reincidente e com circunstâncias judiciais altamente desfavoráveis. Obediência à regra do regime fechado (artigo 33, §2º, do CP). E) Indenização. Contraditório respeitado. Fixação indenizatória conforme o artigo 387, IV, do CPP. F) Justiça gratuita. Réu que não logrou provar hipossuficiência econômica. Pleito que deverá ser apresentado no Juízo das Execuções, mesmo porque, em termos de *custas*, pela sucumbência (condenação), não há falar em dispensa dela, mas atenuação, na forma do previsto nos artigos 98 e seguintes do novo Código de Processo Civil.

Parcialmente provido.

## VOTO

### VISTO.

Trata-se de um recurso de “APELAÇÃO”, interposto pelo réu SILVIO LUIZ DA SILVA LEITE, contra sentença condenatória proferida pelo Juízo

da 3ª Vara Judicial da Comarca de Votuporanga (cf. certidão de publicação da sentença, em **13 de julho de 2015**, fls. 130-v).

Consta dos autos que o **acusado Silvio** (qualificado indiretamente a fls. 58/59) foi, inicialmente, denunciado por apropriação indébita porque, em **12 de dezembro de 2013**, em horário incerto, no período matutino, no interior de estabelecimento comercial situado na Rua Pernambuco, nº 3.806, Centro, na cidade e Comarca de Votuporanga, apropriou-se de **vinte** mesas e **oitenta** cadeiras, de plástico, da marca Tramontina, precificadas no valor total **de R\$ 4.000,00** (quatro mil reais – auto de avaliação de fls. 35), pertencentes à empresa **César Festas** (v. denúncia – fls. 1d/2d, recebida na data de **22 de outubro de 2014**, fls. 64).

De acordo com o Ministério Público, o **réu Silvio** dirigiu-se ao local dos fatos e alugou as cadeiras e as mesas supracitadas, comprometendo-se a devolvê-las no dia seguinte. Porém, o **réu** não compareceu na data aprazada ao estabelecimento para devolver os móveis em questão. Por inúmeras vezes, foi procurado, dando respostas evasivas e jamais cumprido o avençado, o que causou considerável prejuízo à empresa-vítima. Seu representante legal, **José César Marques**, lavrou ocorrência policial (fls. 03/04), deflagrando-se a perseguição penal.

Após o devido processamento dos autos, o acusado **Silvio** acabou **condenado** por sua incursão no artigo 168, *caput*, do Código Penal – “**apropriação indébita**”, à pena de **03 (três) anos de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e ao pagamento de **30 (trinta) dias-multa**, no piso legal, sem ulteriores benefícios penais (fls. 135/138).

A sentença transitou em julgado para a Acusação em **20 de julho de 2015** (fls. 192).

Na esfera recursal, o **acusado** pleiteia, no mérito, a **absolvição** com base na **insuficiência de provas**, na **teoria da perda de uma chance** e na **ausência de dolo**. Como pedidos subsidiários, visa à redução das penas, por meio da **redução da pena-base**, da **redução de incremento punitivo por conta da reincidência**, do **abrandamento do regime inicial**, pedindo, ainda, a **substituição da pena corporal** nos termos do artigo 44 do Código Penal, a **mitigação da indenização** fixada em favor da vítima e a **concessão da justiça gratuita** (fls. 168/182).

Contrarrazões a fls. 184/190, opinando a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, pelo **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso (fls. 197/198).

### **É o relatório.**

#### **O apelo comporta parcial provimento.**

No curso da perseguição penal, foram trazidas aos autos as provas amealhadas na etapa policial (como consolidado no relatório final da autoridade

policial, fls. 39), a que se seguiu, na fase judicial, a colheita das provas orais (oitiva de duas testemunhas de acusação e interrogatório do **acusado**, fls. 141/148).

No reexame das provas, encontra-se bem avalizado o édito condenatório, incensurável no tocante à análise da materialidade e da autoria.

A materialidade possui respaldo nas provas orais e, em particular, até no documento acostado a fls. 34, em que se materializa o contrato de mútuo celebrado entre o réu e a empresa-vítima César Festas das **vinte** mesas e das **oitenta** cadeiras. Mesmo que desprovido de selo de autenticidade, o referido documento de fls. 34 mostra-se idôneo como elemento probatório, ainda que meramente indiciário (artigo 239 do Código de Processo Penal) e, nem por isso, inadequado a comprovar o liame contratual entre as partes, do qual se originou a prática delitiva.

A combativa Defesa apontou em apelação a “**ausência de qualquer recibo firme e concreto de que teria sido realmente o apelante quem efetuara o ato imputado na denúncia**” (fls. 169), concluindo tratar-se, aqui, de uma simples declaração unilateral arbitrária da empresa-vítima, desprovida de maior confiabilidade. Seria, porém, completamente desarrozoado considerar que o representante de uma “sociedade empresária”, para utilizar a expressão empregada pela própria Defesa nas razões recursais, estabelecida na comunidade local e licitamente explorando, como objeto social, a organização de eventos, viria eleger, a esmo, um indivíduo qualquer, de modo arbitrário, como autor de um crime patrimonial, sem vantagem alguma, em uma falsa ou temerária atribuição da prática criminosa.

Aliás, conforme a própria Defesa admitiu nas razões recursais, o **acusado** não era conhecido de nenhum dos funcionários da César Festas (fls. 170), o que mostra que, nem mesmo em um plano pessoal, haveria qualquer interesse oculto indireto de qualquer uma das testemunhas em prejudicar o **increpado**.

Por isso, consolidando-se o exame das provas, restou claro que a autoria tampouco daria azo a dúvidas, já que o representante da empresa-vítima, José César Marques (fls. 143/145) e o funcionário e José Celeste Pereira (fls. 141/142), reiterando integralmente os respectivos depoimentos da fase policial (fls. 32/33), sempre foram todos muito coerentes e assertivos em **confirmar** os fatos descritos na denúncia e indicar o **réu** como autor. Além disso, um segundo funcionário da empresa Emílio de Souza Simão (fls. 31), ouvido somente na fase inquisitiva, também apontou o **acusado** como sendo o indivíduo que tomara as cadeiras e as mesas em empréstimo, sem efetuar depois a devolução desses bens. Ainda que sem o selo do contraditório, o depoimento não é destituído de valor probante, porquanto condizente com as provas.

Dessa forma, a mera negativa genérica de autoria (fls. 146/148) não

poderia ser invocada como uma decorrência do **princípio do *in dubio pro reo*** para destronar a tese acusatória, que restou devidamente demonstrada pelo acervo de provas.

Na versão do **acusado**, as cadeiras e as mesas acabaram sendo deixadas no rancho, sem maiores especificações no caso concreto, pertencente a um indivíduo chamado “Carlos”. Embora a defesa faça, aqui, referência ao depoimento de José César Marques (fls. 145), note-se que se trata, somente, da narrativa que a testemunha expôs ter ouvido do próprio réu. Assim, as hipóteses suscitadas pela Defesa (fls. 173) deparam-se com o fato de que nem mesmo a existência de tal indivíduo foi comprovada, sem esquecer que se trata de uma visão dos fatos incompatível com a negativa genérica do acusado, que, em interrogatório, simplesmente negou ter qualquer relação com os fatos.

Acaso se demonstrasse, como pretendia o **réu**, que os bens haviam sido deixados na posse de terceiro, quem quer que seja, esse fato indicaria, no mínimo, uma admissão do liame contratual, descumprido pelo **acusado**, senão um elemento indiciário do dolo específico do tipo.

Inaceitável, por outro lado, pretender que a empresa-vítima trouxesse gravações em vídeo por sistema de monitoramento e vigilância, para se obter a segurança necessária na confirmação da autoria. Ou, por outro lado, que, como “sociedade empresária”, seria indispensável a confecção e apresentação de contrato ou termo de garantia para se comprovar adequadamente a autoria dos fatos, não se podendo pautar a condenação, temerariamente, apenas na “fragilidade” das provas testemunhais.

O processo penal moderno, contudo, não é afeito a qualquer hierarquia probatória, não havendo, por isso, que desqualificar as provas testemunhais, por sua simples natureza, vez que não são menos confiáveis do que elementos probatórios de outra espécie. Como já apontado, os depoimentos são bastante assertivos, não se denotando qualquer átimo de dúvida ou hesitação das testemunhas de acusação ouvidas. Irrelevantes os aspectos empresariais da César Festas. Nada indicaria tratar-se de “sociedade empresária”, mas possivelmente de mera sociedade de fato, sem maiores recursos tecnológicos, nem rigor documental no trato com sua clientela, de modo que não há que se pretender a exigência de outras provas para comprovar do ato ilícito.

A ausência de dolo tampouco é argumento passível de ser acolhido. Comprovada a realização do mútuo, sem a devolução subsequente das cadeiras e mesas tomadas pelo **acusado**, configurou-se claramente a inversão no *animus* da posse (*animus rem sibi habendi*).

A propósito, um ponto bastante ressaltado pelas testemunhas foi a tenaz insistência em se contatar o **acusado** e requerer a devolução dos móveis cedidos em empréstimo, o que não ocorreu.

Portanto, não haveria que se cogitar em falta de dolo, que se deduzisse dos próprios fatos (*in re ipsa*), caracterizando-se o delito de apropriação indébita.

Por fim, no tocante ao mérito, inaplicável a suscitada “teoria da perda de uma chance”

A tese invocada nas razões recursais é um construto doutrinário específico, denominado teoria da perda da chance probatória pelo Estado, que se desenvolve no âmbito do processo penal, segundo o qual a instrução deficiente, por parte da Acusação, ensejaria uma fragilidade probatória, tornando inábil o acervo probatório, **o que não se viu no caso, como já depurado.**

Não se confunde, por certo, com sua matriz doutrinária original, vale dizer, com a *théorie de la perte d'une chance*, originária no seio da doutrina francesa, de matiz eminentemente civilista, com base na qual se erigiram os parâmetros de reparação material em favor de quem deixou de usufruir ganho patrimonial legítimo, logo, inaplicável à seara penal, ainda mais em favor do **acusado**. Seria uma “categoria” de dano, dentro do tema de responsabilidade civil, a qual, embora bem utilizada, ainda é tema de controvérsias, e surge, em tese, quando alguém poderia obter algum ganho e, de alguma forma, não o consegue por irregularidade do responsável, de quem se cobra o pretenso prejuízo (como alguém que, num programa de prêmios, deixar de ganhar o máximo oferecido, por erro na última pergunta, que não teria resposta correta). Evidente que não se aplica ao caso.

Em suma, descabendo concordar com os pontos defensivos invocados, a condenação é de rigor.

A dosimetria das penas comporta pequeno reparo.

Na lógica do modelo trifásico, nos termos do artigo 68 do Código Penal, a pena-base foi estipulada em 02 (dois) anos de reclusão e, proporcionalmente, em 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Com efeito, na sentença (fls. 137), o aumento da pena-base deu-se nos seguintes termos: ***“Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena-base merece exasperação. O réu apresenta personalidade nefasta e conduta socialmente reprovável, pois demonstra modo de agir pernicioso à sociedade com total senso de irresponsabilidade por seus atos. As consequências do crime foram severas à vítima, que se viu prejudicada em R\$ 4.000,00 e sem os próprios objetos que alugava e obtinha renda. Dessa forma, fixo a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa”***.

Apesar de o insigne Procurador de Justiça, Dr. **Eduardo Rheingantz**, ter considerado excessiva a pena-base no patamar apontado (fls. 198), não há que se falar, aqui, em mitigação das penas. O julgador, utilizando sua discricionariedade judicial, adequadamente invocou os critérios legais do artigo 59 do Código

Penal, a exemplo da conduta social e das consequências do crime para a vítima, como justificativa ao incremento punitivo na fase inicial da dosimetria da pena. Pela conformidade com o **princípio da motivação das decisões judiciais**, não caberia, nesse ponto, retificar o elastério que a autoridade sentenciante, valendo-se de suas prerrogativas, sustentou na sentença.

Sorte diversa, contudo, fica reservada à fase intermediária da dosimetria, na qual se aumentou as penas para 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Com efeito, o julgador, indicando inexistirem atenuantes, apontou os feitos 24/87 e 448/15 às fls. 07/08 do apenso de F.A. (fls. 137), como provas da reincidência, elevando-se as penas **em 1/2**.

Porém, conforme se percebe dos documentos, a rigor há, somente para um dos feitos indicados, de modo expresso, a certidão de trânsito em julgado da condenação para o **acusado**. Havendo base documental comprobatória de uma reincidência, cabível a redução da fração de aumento, na etapa intermediária, para o mínimo legal de 1/6, **recalculando-se as penas para 02 (dois) e 04 (quatro) meses de reclusão, e, proporcionalmente, 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo. Inexistindo** causas de diminuição ou de aumento de pena na derradeira fase da dosimetria, tornam-se as reprimendas definitivas no patamar legal expresso.

O regime inicial **fechado** era, mesmo, o mais adequado. Além da reincidência, as circunstâncias judiciais desfavoráveis não autorizavam menor rigor, não se aplicando, aqui, a exclusão da regra (prevista no artigo 33, §2º, do Código Penal, de regimes aberto e semiaberto apenas para “não reincidentes”), prevista na Súmula 269 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Pelo verificado, apresentou-se o **apelante** como infrator contumaz, indiferente às consequências, e que, se quisesse, poderia ter procurado minimizar a gravidade de seus atos, mas nada fazendo a respeito, portanto, não merecendo, pelo verificado atentamente na instância de piso, qualquer benesse do Estado.

Por outro lado, também a substituição da pena corporal (assim como, via de consequência, o sursis das penas) **não** se mostra cabível no caso concreto. Justificando-se, na sentença, o indeferimento com base no artigo 44, II e III, do Código Penal, incensurável se revela a decisão nesse ponto. Com efeito, o **acusado** conta com mais de uma circunstância judicial demeritória, como se viu na sentença, além de ser reincidente, o que torna as penas alternativas socialmente desaconselháveis, ainda que não se trate, aqui, de reincidência específica (artigo 44, § 3º, do Código Penal).

Invocando o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, o Juízo *a quo* ainda estipulou, em favor da vítima, uma indenização mínima no aporte equivalente a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), corrigida monetariamente desde a data dos fatos, em julho de 2012 (fls. 138). Tampouco padece de reforma

o *decisum* atacado nesse aspecto. A exortação à base legal é precisa e sem qualquer vulneração ao **princípio do contraditório**, já que a dimensão do prejuízo patrimonial foi adequadamente mensurada no curso da instrução com base nas provas.

Não se pode olvidar que a fixação de indenização mínima na sentença penal atende ao **princípio da economia processual**, ao perfazer título executivo judicial para a esfera cível, em que não fica obstada, de todo modo, eventual irresignação quanto ao valor, para efeitos de execução, suscetível de impugnação por excesso de execução (artigo 516, III, c/c artigo 524, § 1º, c/c artigo 525, § 1º, V, todos do Código de Processo Civil de 2015).

**DEIXO DE CONCEDER** os benefícios da gratuidade processual. O réu foi assistido por defensor nomeado com base no Convênio entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 99), o que erige mera presunção relativa de hipossuficiência econômica, apenas arguida, mas não demonstrada. A natureza patrimonial (ganhos ilícitos) do crime, por sua vez, associado com o comportamento de resistência a qualquer reparo, não autoriza, em princípio, admitir-se impossibilidade financeira para reparar despesas mínimas decorrentes da ação penal. Assim, incabível o deferimento da benesse, inclusive para efeitos de mitigação das custas processuais, impostas com base na Lei Estadual nº 11.608/2003, que devem ser adimplidas pelo **acusado**, por conta das regras da sucumbência, *ex vi* do artigo 804 do Código de Processo Penal. Nada obsta novo pedido, adequadamente instruído, seja feito em sede de execução penal, contudo, destacando-se a responsabilidade, que não pode ser afastada, decorrente da “sucumbência” (**condenação**), agora adequadamente tratada nos artigos 98 e seguintes do novo Código de Processo Civil. Assim, convém ressaltar ausência de prejuízo, pois não se olvide que a disposição específica do artigo 12 da vetusta Lei nº 1.060/50 foi **ab-rogada** pelo artigo 98, § 3º, do atual Código de Processo Civil, **suspendendo-se**, de toda forma, a exigibilidade dos valores na impossibilidade de adimplemento pelo réu.

Tendo o réu **respondido solto ao feito**, cabível, em coerência com o atual entendimento da Corte Suprema brasileira, a imposição de prisão, ante a presente consolidação da “culpa”.

Observe perfeitamente adequada expedição de mandado de prisão em decisão de 2º grau de jurisdição, preservada que foi, até o momento, a “presunção de inocência” (STF/HC 126.292/SP, de 17.02.2016, posicionamento confirmado em Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADCs 43 e 44 - 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,



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.

Do exposto, por meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para **reduzir** as penas impostas ao **acusado SILVIO LUIZ DA SILVA LEITE** para **02 (dois) e 04 (quatro) meses de reclusão, com pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo**, no mais, mantida a sentença por seus termos e fundamentos.

Estabelecida a “culpa”, autoriza-se imediato cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, com expedição de **Mandado de Prisão** e, no seu cumprimento, **Guia de Execução**. Respeitado, portanto, prazo de eventuais “Embargos” (ou respectivo julgamento), **comunique-se** para cumprimento (STF-HC 126.292/SP, de 17/02/2016 e MC nas ADCs 43 e 44, de 05/10-/2016).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004955-69.2006.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante V.J.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: “rejeitada a preliminar arguida, **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por V.J.S. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 19 de outubro de 2017.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

**Ementa: REGISTRO DE INQUÉRITO POLICIAL. Cancelamento. Impossibilidade. Precedentes dos Tribunais Superiores. Recurso não provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo apelante V.J.S. em face da decisão de fls. 163, que indeferiu o pedido de cancelamento do registro do registro em folha de antecedentes criminais, diante do arquivamento de inquérito policial contra ele instaurado.

Alega a D. Defesa, em síntese, que a permanência do registro na folha de antecedentes criminais tem causado prejuízos à honra e integridade do apelante. Diante disso, requer o cancelamento de registro da existência de inquérito policial arquivado (fls. 183/187).

O Ministério Público apresentou contrarrazões e a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do apelo; no mérito, pugnou pela improvidência do recurso (fls. 194/199).

É o relatório.

De introito, não há falar em não conhecimento do recurso, porquanto sua dedução é cabível com esteio no inciso II, do artigo 593, do Código de Processo Penal.

Rejeito, portanto, a preliminar.

No mérito, todavia, o recurso não comporta provimento.

É certo que, há que se resguardar a intimidade da pessoa que foi absolvida em processo criminal ou teve o inquérito policial arquivado, conforme, inclusive, previsão do artigo 927, Tomo I, das Normas de Serviços da Corregedoria Geral de Justiça:

**“Art. 927. As certidões criminais serão expedidas com a anotação NADA CONSTA, nos casos a seguir enumerados:**

*I - inexistência de distribuição de feitos;*

***II - inquéritos arquivados;***

*III - indiciados não denunciados por expressa manifestação do Ministério Público;*

*IV - não recebimento de denúncia ou queixa-crime;*

*V - declaração da extinção de punibilidade;*

*VI - trancamento da ação penal;*

*VII - absolvição;*

*VIII - impronúncia;*

*IX - pena privativa de liberdade cumprida, julgada extinta, ou que*

tenha sua execução suspensa;

X - condenação à pena de multa isoladamente;

XI - condenação à pena restritiva de direitos, não convertida em privativa de liberdade;

XII - reabilitação não revogada;

XIII - pedido de explicação em juízo, interpelação e justificação;

XIV - imposição de medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial;

XV - suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95;

XVI - feitos relativos aos juizados especiais criminais em que não haja aplicação de pena privativa de liberdade;

XVII - condenação às penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06;

XVIII - representação criminal rejeitada ou arquivada.

*Parágrafo único.* A certidão com a anotação NADA CONSTA não trará qualquer apontamento de feitos.

De outra banda, consigne-se que, consoante artigo 931 das Normas supramencionadas, o artigo 927 sobredito não se aplica às requisições judiciais, ao requerimento do pesquisado ou seu representante legal.

Ou seja, para fins civis (NÃO SE TRATANDO DE REQUISIÇÃO JUDICIAL), em caso de arquivamento de inquérito policial, não deve mesmo haver qualquer apontamento, sendo caso de expedição de certidão com a expressão “NADA CONSTA”.

Contudo, vale registrar que, conforme recentíssimo julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, impossível se afigura a exclusão desse registro dos bancos de dados:

**“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO RICARDO GLUMBLETON DAUNT - IIRGD. ART. 748 DO CPP. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

*I. No caso, o impetrante pretende a exclusão dos dados referentes à Ação Penal 0015427-71.2007.8.26.0073 - na qual a sentença declarou extinta a punibilidade, com base na prescrição -, do Banco de dados do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt - IIRGD.*

*II. Sobre o tema, prevalece, nesta Corte, o entendimento de que “as informações relativas a inquérito e processo criminal (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação. Isso porque tais registros comprovam fatos e situações jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se, evidentemente, que essas informações estão protegidas pelo sigilo” (STJ, RMS 38.951/SP, Rel.*

*Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2015). No mesmo sentido: STJ, AgRg no RMS 44.413/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/02/2014; STJ, AgRg no RMS 41.626/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/06/2013; STJ, AgRg nos EREsp 1.068.527/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 20/08/2014; STJ, AgRg no RMS 44.211/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe de 10/06/2014.*

*III. Agravo Regimental improvido.*

*(AgRg no RMS 45.604/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 03/06/2015)".*

Ante o exposto, rejeitada a preliminar arguida, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por V.J.S.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003837-77.2011.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que são apelantes ANDRÉ IOSHIO WADA, FERNANDO MAMUD ARAUJO, RODRIGO CALMON REIS e WILLIAN NOGUEIRA PAULA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento aos recursos defensivos para absolver aos corréus RODRIGO CALMON REIS, FERNANDO MAMUD ARAÚJO e ANDRÉ IOSHIO WADA, qualificados nos autos, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de infração ao art. 148, § 1º, inciso II, em combinação com o art. 61, inciso II, alínea “g”, e, por duas vezes, ao art. 148, § 1º, inciso II, em combinação com o art. 61, alínea “g”, combinados com o art. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, estendendo a decisão absolutória, com estribo no art. 580 do Código de Processo Penal, ao corréu não apelante ALEXANDRE BARBOSA FONSECA, qualificado nos autos, remanescendo, a expiação de ALEXANDRE BARBOSA FONSECA e ANDRÉ IOSHIO WADA por infração ao art. 14 da Lei nº 10.826/03, combinado como art. 61, letra “g”, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo em prol de instituição a ser definida em sede de execução da pena e, por fim, de ofício, reconhece a extinção da punibilidade do corréu WILLIAN DE PAULA SILVA, qualificado nos autos,

por força da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso VI, do Código Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de ALEXANDRE BARBOSA FONSECA. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.220)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

EUVALDO CHAIB, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – DÚVIDA CONCRETA QUANTO À INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL – QUESTIONAMENTO QUE FAVORECE AOS CORRÉUS – ABSOLVIÇÃO DECRETADA, COM EXTENSÃO AO CORRÉU NÃO APELANTE.**

**APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOTO – EXPIAÇÃO QUE SE MANTÉM – CORRÉUS QUE INCIDIRAM NO CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO – FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR ALTERNATIVA.**

**APELAÇÃO CRIMINAL – CORRÉU NÃO APELANTE QUE FOI BENEFICIADO COM A MITIGAÇÃO DA PENA – ORDEM DE PRISÃO EXPEDIDA APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA QUE DEVE SER CASSADA POR FORÇA DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA NESTE SODALÍCIO – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM TAIS CONDIÇÕES QUE SE JUSTIFICA EM PRO DO CORRÉU ALEXANDRE.**

## VOTO

ANDRÉ IOSHIO WADA, WILLIAN NOGUEIRA PAULA SILVA, FERNANDO MAMUD ARAÚJO e RODRIGO CALMON REIS foram condenados pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de BRAGANÇA PAULISTA, nos autos do Processo nº 275/2011, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Nicole de Almeida Campos Leite Colombini*: a) ANDRÉ, como incurso no artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “g”, e por duas vezes artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, alínea “g”, c.c. o artigo

14, inciso II, todos do Código Penal, em concurso material com o artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, às penas de 05 (cinco) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal; b) WILLIAN, como incurso no artigo 348, “*caput*”, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “b”, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo. Outrossim, foi absolvido da imputação que lhe foi feita como incurso no artigo como incurso no artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “g”, e por duas vezes artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “g”, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; c) RODRIGO e FERNANDO, como incursos no artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “g”, e por duas vezes artigo 148, § 1º, inciso II, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “g”, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, o primeiro, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e o segundo, às penas de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, tendo sido facultado o apelo em liberdade para todos (fls. 1098/1113).

Os apelantes foram processados porque, juntamente com o corréu não apelante Alexandre Barbosa Fonseca, previamente ajustados e agindo com unidade de desígnios, com abuso de poder ou violação do dever inerente ao ofício, privaram Daniel Felipe de Campos da sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado, com a internação da vítima em Casa de Saúde ou Hospital e tentaram privar Augusto Duarte de Oliveira e Felipe Aparecido Pissinato das suas liberdades, por sequestro ou cárcere privado, mediante internação das vítimas em Casa de Saúde ou Hospital, somente não se consumando os delitos por circunstâncias alheias às suas vontades. Consta, ainda, que André e Alexandre, para facilitar ou assegurar a execução de outro crime, portavam, respectivamente, uma pistola “Glock” 380 e um revólver, marca “Taurus”, calibre 38, armas de fogo, acessórios ou munições de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta, também, que Willian, para assegurar a impunidade de outro crime, auxiliou a subtrair-se à ação de autoridade pública André e Alexandre, autores do crime de porte ilegal de arma de fogo.

Apela Rodrigo, assistido por ilustre patrona dativa, aduzindo que a prova recolhida na instrução não lhe compromete em nada, lançando até a pecha de inepta à peça vestibular por imputá-lo crime com estribo somente em infundadas ilações e, de forma subsidiária, postula a desclassificação da conduta para mera tentativa (fls. 1185/1190).

Apela Willian, assistido pela Defensoria Pública, pleiteando absolvição

quanto ao crime de favorecimento pessoal à ausência de prova em seu desfavor. Sustenta, por outro lado, coação moral irresistível por parte do corrêu Alexandre e obediência hierárquica como formas de excludente da ilicitude. Por fim, postula o redimensionamento da pena (fls. 1192/1196).

Apela Fernando, assistido neste caderno processual por ilustre advogada dativa, pleiteando absolvição à precariedade do concerto probatório, máxime porque a prova oral é marcada por gritante contradição. Aduz que os três usuários de entorpecentes fugiram da clínica para fazer uso da droga e atuaram por solicitação dos genitores no resgate, de sorte que inexistiu sequestro (fls. 1204/1212).

Apela André, assistido a partir da fase recursal pela Defensoria Pública, após a advogada dativa, que era a mesma do corrêu Fernando, ser destituída do patrocínio por abandonar o processo, sendo a ela fixada multa de 10 salários mínimos (fls. 1219), pleiteando no recurso ordinário em tela o reconhecimento da atipicidade do fato à ausência de elemento subjetivo, tendo em vista que a privação da liberdade não foi ilícita. Nessa esteira, porque os pacientes, provavelmente viciados, em crise de abstinência, submetidos a tratamento em clínica, tinham se evadido, o suplicante, por seu turno, tinha o ônus de sair no encalço deles, até para preservação da integridade física dos três dependentes químicos que tinham firmado com o nosocômio em que era mero funcionário, contrato de prestação de serviço de internação que está encartado às fls. 368 e seguintes. Aduz ainda que a ação tida como marginal contou com auxílio da Polícia Militar e de familiares dos toxicômanos. De outro lado, postula absorção do porte de arma pelo sequestro e, subsidiariamente, a retificação da reprimenda (fls. 1226/1249).

Contrariados os recursos (fls. 1251/1262), a douta Procuradora de Justiça Dra. Vânia Ferrari Tropia Padilla, opina pelo desprovimento dos recursos de Fernando, Rodrigo e André e pela declaração de extinção da punibilidade de Willian (fls. 1266/1272).

É o relatório.

O Ministério Público resignou-se com a lançada expiação (fls. 1120 – 5º volume). A decisão condenatória também transitou em julgado para o corrêu Alexandre (fls. 1217 – 6º volume). Por sua vez, a expiação do corrêu Willian está alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, na medida em que entre o recebimento da peça incoativa (fls. 204 – 2º volume – 06 de abril de 2011) e a publicação da sentença condenatória (fls. 1186 – 5º volume – 24 de fevereiro de 2016) transcorreu interstício maior que três anos, na forma do art. 109, inciso VI, do Código Penal. Por fim, v. aresto desta Câmara concedeu liberdade provisória aos corrêus (fls. 717/720 – 3º volume).

Os corrêus respondem por sequestro e cárcere privado na forma qualificada



nominada, doutrinariamente, como internação fraudulenta (CLEBER MASSON, Direito Penal, Ed. Método, vol. 02, 3ª ed., 2011, p. 230; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, 14ª ed., 2014, Forense, p. 777, item 36), em que a punição mais severa decorre do estratagema usado pelo infrator, consistente no uso de medicação para construir debilidade física e mental no ofendido para interná-lo em Casa de Saúde. O tipo penal, como ensina o notável doutrinador integrante das fileiras do Ministério Público (op. cit., p. 226), tem como núcleo do tipo o verbo privar, ou seja, tolher, impedir, tirar o gozo, conquanto em parte, a locomoção de outrem, anotando o ilustre professor que o elemento subjetivo é o dolo (op. cit., p. 227), sem finalidade específica, sendo crime permanente e material.

Aos três corréus, ora insurgentes, tal delito é imputado por três vezes (em desfavor dos ofendidos Daniel, Augusto e Felipe), sendo consumado quanto ao primeiro e somente tentado no tocante aos demais, reconhecido, entre todos, continuidade delitiva. O corréu André responde também, em concurso material de crimes, pela infração autônoma de porte ilegal de arma de fogo.

Os fatos remontam ao ano de 2011. Com efeito, Daniel, Augusto e Felipe, toxicômanos, estavam internados por determinação familiar em Clínica de Recuperação, mas de lá fugiram. Os corréus, ora apelantes, responsável legal e seus funcionários no nosocômio em Bragança Paulista, saíram no encalço dos dependentes químicos. O ofendido Daniel foi o primeiro a ser localizado pelo grupo, na companhia da amásia, perambulando à noite pela via pública. Foi ali imobilizado e inserido dentro de veículo automotor. O corréu André, ao tempo da abordagem, exibiu arma de fogo.

Mais adiante, os corréus encontraram Felipe e Augusto, também vagando pela noite na urbe, em via movimentada, defronte a Hotel da região central, ao lado de telefone público. Só que, ao tempo da investida, milicianos, conduzidos pela amásia de Daniel, desembarcaram no local, fato que motivou a evasão dos corréus sem que estes dois últimos precitados ofendidos fossem de fato subjugados. A guarnição policial deslocou-se até a clínica, lá encontrando a vítima Daniel, os corréus, ora expiados, o veículo usado pelo grupo e a arma de fogo.

No caderno processual, sob o crivo do contraditório, colheu-se a oitiva de somente dois dos ofendidos (Augusto, perquirido por precatória, expedida para Comarca de Cáceres, no Estado do Mato Grosso, com mídia encartada às fls. 664, e de Felipe, também ouvido por precatória, expedida para Comarca de Piracicaba, encartada às fls. 767), porque Daniel não foi localizado, mesmo sendo incessantemente procurado nos mais diversos endereços. Note-se que ao tempo da perquirição, estava ele preso em Jundiá pelo cometimento de uma infração penal e, quando requisitado, não estava mais encarcerado naquele local (fls. 851, ofício expedido pelo ilustre Juiz de Direito, Dr. Maurício Garibe).

Este ofendido, por sinal, ao tempo em que encarcerado, declinou residir em Campinas (fls. 854), mas nunca vinha a ser localizado nos múltiplos logradouros por ele pontilhados. Para fiel cumprimento da diligência que seria vital para o deslinde do fato, até porque foi por impulso dele e de sua amásia que se deflagrou o procedimento investigatório, outros endereços de Daniel foram disponibilizados pelo CAOX, órgão do Ministério Público (fls. 856/863), mas até hoje seu paradeiro é ignorado, sendo lavrada uma certidão de que está em local não sabido (fls. 917, no verso, e termo de audiência às fls. 921).

Na instrução ainda foram ouvidas quatro testemunhas de acusação (a companheira de Daniel, dois milicianos e um guarda municipal – fls. 681/711), sete testemunhas arroladas pela defesa (fls. 662 e mídia às fls. 664 – mãe de Augusto; fls. 697/711; fls. 751, precatória de Guarulhos; fls. 768, precatória de Piracicaba – pai de Felipe; fls. 800/806, precatória de Atibaia) e os corréus foram interrogados (fls. 929 – mídia; fls. 964, precatória de Passos, em Minas Gerais), observando-se que Alexandre e Rodrigo foram revéis (fls. 967), valendo assentar ainda que, em dias de hoje, segundo as peças processuais em apenso, Fernando reside na Capital, Rodrigo em Cuiabá, Willian em Passos, Alexandre em Tupã e somente André permanece no sítio dos fatos (fls. 891).

Inicialmente, firma-se a premissa de que sequestro e cárcere privado requestam prova inequívoca da ilegitimidade da retenção (RT 726/620). O busílis na espécie reside quando há o consentimento do ofendido. É fato que tal é restrito se o bem jurídico tutelado é a liberdade e deve ser analisado caso a caso, concretamente. Se houver ofensa à dignidade da pessoa humana ou objetivo ilícito, como se vê nos exemplos enumerados por CEZAR ROBERTO BITENCOURT (Código Penal Comentado, 9ª ed., 2015, Saraiva, p. 642, item 1.2). De outro vértice, pontilha o festejado autor que a prova do dissentimento é imprescindível (op. cit., p. 643, item 3.3) e, precisamente quanto ao tipo penal descrito na peça vestibular, assenta que há de ser provada a “requintada maldade” e o “emprego de meio artificioso ou fraudulento” com o “abuso da boa-fé do ofendido” (op. cit., p. 646, item 7.5).

No mesmo sentido é a orientação de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, expondo em sua obra que o consentimento do ofendido elide o crime, desde que inexista ofensa à ética e ao bom senso (Código Penal Comentado, 14ª ed., 2014, Forense, p. 777, item 33).

Fincada tal premissa, cumpre destacar que o ofendido Felipe assumiu ser dependente químico e estava lá internado por vontade própria e dos próprios pais (fls. 767). Aduz que fugiu porque sofreu crise de abstinência, sucumbiu à terapia, e se alinhou a Augusto e Daniel para a evasão. Note-se que a clausura, em princípio, não era ilegítima. Agora, se houve excesso, isto há que ser apurado noutro caderno processual, inexistindo, destarte, segura prova do sequestro ou cárcere privado, face ao consentimento inicial do ofendido. Observe-se ainda

a fala do pai de Felipe, Marcos Antônio, aduzindo que a internação do filho era imperiosa face à agressividade que desenvolveu no seio familiar pelo uso abusivo de cocaína (fls. 768). Realçou que autorizou os funcionários da clínica saírem no encalço do filho viciado evadido porque temia pela sua vida. Pontuou que a Delegada de Polícia que o informou dos fatos descritos na peça matriz frisou que o filho estava extremamente agressivo nas dependências policiais, e, por fim, aduziu que nunca percebeu qualquer tratamento inadequado na clínica, tanto que, nas visitas que fazia semanalmente com a mulher, encontrava o filho tranquilo, lúcido, com boa aparência, só dele ouvindo pedido para voltar para casa, não por conta de maus tratos, mas porque sentia falta da família no dia a dia.

Em tal cenário, há dúvida concreta e razoável quanto à subsunção da conduta ao tipo penal. E a dúvida, como se sabe, socorre aos inculpadados. Repita-se que não tipifica sequestro e cárcere privado o excesso corretivo, tampouco o excesso para conter evasão. Tais condutas são ventiladas noutros tipos penas, impossível de tergiversação nesta Corte por conta da súmula nº 453 do Pretório Excelso.

Destaca-se ainda que Augusto, hoje morador de Cáceres, tal como Felipe, pontua que se internou na clínica, com anuência da família, para superar o vício em entorpecentes. Fugiu de lá porque sucumbiu à crise de abstinência. Pularam o muro, embrenharam-se numa mata, ingressaram em córregos, tudo para escapar da vigilância dos funcionários. Ficaram lá até o anoitecer e só então foram todos para o centro da urbe perambular. Daniel, por ser morador local, deu-lhes cobertura em casa, mas foram localizados após ele os deixar próximo de hotel central.

A mãe de Augusto narrou o problema crônico do filho com a droga desde os catorze anos de idade e noticiou ser ele habitual frequentador de clínicas de desintoxicação sem êxito em livrar-se do vício. Sempre volta às drogas, sendo este o martírio de sua existência. Queria que o filho voltasse à clínica, mas ele resistiu. Disse que, antes dos fatos em destaque, jamais ouviu de Augusto qualquer reclamação de maus tratos ou violência por parte dos corréus. Tem dúvida quanto à credibilidade do filho no tocante à inculpação dos apelantes, embora não tenha o filho na condição de mentiroso.

Note-se, mais uma vez a tipificação da conduta reside em solo sombrio. Houve de fato consentimento, dos ofendidos e seus familiares, para a internação. Agora, volta-se a repetir, se houve excesso, tal requesta prova noutro processo porque na espécie existe óbice da súmula nº 453 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não se aplicam à segunda instância a exegese do art. 384 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, de maneira a possibilitar uma nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de uma circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Na espécie, conquanto os métodos possam ser questionados, fato inequívoco que os ofendidos se puseram à disposição da clínica, para tratamento da dependência química, com anuência dos familiares, lavrando-se contrato de prestação de serviço para tal desiderato, convenção esta que foi encartada no processo. Pontua-se, em tal quadratura, que a clausura dos ofendidos deu-se por vontade própria, ou seja, espontaneamente, com direito à visitação de familiares.

Também é fato notório que, durante crises de abstinência, os toxicômanos busquem a evasão, denotem irritabilidade e, nesse contexto, podem até fantasiar a existência de maus tratos, o que, por outro vértice, não exclui a possibilidade dos funcionários da clínica cometerem abusos. Sem incursionar extensamente pelos efeitos da droga no seio da família e a problemática do tema, pode ser que tenha ocorrido extrapolação de ambos os lados envolvidos nos fatos, sejam dos funcionários, ora réus, para recaptura dos fugitivos da clínica com anuência da família, seja por parte dos internos, ora ofendidos, que não mais queriam se submeter ao tratamento.

Assim, existe dúvida, razoável, quanto à subsunção da conduta ao tipo penal. Com efeito, este Sodalício já pontilhou em vetusto aresto que inexistente crime de sequestro e cárcere privado quando há consentimento eficaz do sujeito passivo (RT 534/405). Note-se que estes aduziram que estavam internados por vontade própria e anuência dos responsáveis legais, na espécie, os genitores, para o tratamento do vício e, em tal cenário, a evasão deu-se durante mais uma das inúmeras crises de abstinência.

Daí reside o questionamento: está em evidência, de fato, a infração descrita na peça matriz ou o excesso na função corretiva, instituída por contrato, em que o arrebatamento deu-se para com o propósito de zelar pela saúde e integridade física dos toxicômanos?

E se há dúvida, absolve-se.

Não se pode fazer ouvidos moucos para orientação da jurisprudência pontilhada por MIRABETE em sua consagrada obra Código Penal Interpretado (Ed. Atlas, p. 884) no sentido de que o encarceramento, quando tem propósito corretivo, não tipifica o delito inserto na peça vestibular, quando há o excesso.

Em epílogo, não se constata neste caderno processual, à luz da prova oral recolhida, o elemento subjetivo do tipo penal de maneira inquestionável, ou seja, inexistente comprovação segura de que houve consciente vontade para ilícita ou ilegítima restrição da liberdade alheia.

Daí porque se absolvem os corrêus, ora apelantes, André, Rodrigo e Fernando com estribo no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de tripla infração ao art. 148, §1º, inciso II, dois deles em combinação como art. 14, inciso II, todos do Código Penal, estendendo a decisão aqui lançada ao corrêu não apelante, Alexandre, com fundamento no art. 580 do Código de

## Processo Penal.

De outro vértice, a expiação por porte de arma de André é mantida, ficando também imutável neste capítulo a condenação do corréu não apelante, Alexandre. Houve comunhão de designios entre ambos, ou seja, ficou demonstrado com segurança o liame subjetivo entre os agentes, essencial para comprovação da utilização da arma de fogo apreendida de forma compartilhada. O crime de porte ilegal de arma de fogo, conquanto crime de mão própria, de fato, pode ser cometido em concurso de pessoas quando a arma está apta ao uso de quaisquer dos criminosos, como se dá na espécie. Nesse ponto, configurado na hipótese vertente a chamada comosse ou posse compartilhada. Nesse sentido: Apelação nº 0030932-09.2011.8.26.0576, Rel. Des. LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, julgada em 30 de setembro de 2013; Apelação nº 0008840-22.2012.8.26.0505, Rel. Des. LOURI BARBIERO, julgada em 13 de novembro de 2014, Apelação nº 0094678-71.2011.8.26.0050, Rel. Des. MOREIRA DA SILVA, julgada em 12 de fevereiro de 2015.

A prova oral reunida, notadamente os agentes públicos e a amásia de Daniel, afigura-se como uníssona de que estes Alexandre e André empunharam arma de fogo durante a busca aos toxicômanos fugitivos. Daí porque o fato é típico. Com efeito, o crime em tela, de mera conduta e perigo abstrato, em tais condições, aperfeiçoou-se (RICARDO ANTONIO ANDREUCCI, Legislação Penal Especial, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 191). Após 2010, os fatos são todos típicos. Daí porque a controvérsia sobre atipicidade de conduta é finita, notadamente após a edição da súmula nº 513, do Superior Tribunal de Justiça.

O revólver era apto para disparar, de maneira que a potencialidade lesiva é irrefutável. Por outro vértice, o Superior Tribunal de Justiça assentou que, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, tem-se por típica a conduta independentemente de a munição vir ou não acompanhada de arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento pune a conduta do agente que possui ou porta arma ilegalmente, sem deixar margem para maiores discussões, de sorte que a simples execução de um dos verbos descritos pela conduta típica é suficiente para caracterizar a infração criminosa (FERNANDO CAPEZ, Estatuto do Desarmamento, Ed. Saraiva, 3ª ed., p. 44).

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “O crime previsto no art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003 é um tipo penal alternativo que prevê treze condutas diferentes, de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo, assim, a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para a sua consumação. Ora, o legislador ordinário, ao criminalizar os núcleos portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com

determinação legal ou regulamentar, preocupou-se, essencialmente, com o risco que tais condutas, à deriva do controle estatal, representam para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros. Assim, antecipando a tutela penal, pune-se essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto. Ordem denegada” (HC 186594/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 01/02/2012).

O malefício à sociedade, caso todos resolvam andar armados é manifesta. Por isso o tipo penal em apreço tutela a segurança pública e a paz social (STF HC nº 112762, Rel. Min. CARMEM LÚCIA). E na seara analítica do crime, impossível afastar a culpabilidade do apelante sob a escusa da incidência da inexigibilidade de conduta diversa. Ora, eventuais contendas particulares não têm o condão de autorizar indivíduos a portar armamento de fogo ao próprio alvedrio, sob o risco de retrocesso ao sorumbático tempo da vingança privada, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Há que se impor a parcimônia para impedir que se implante de vez a balbúrdia. Agentes tangidos pelo ímpeto criminoso não faltariam a reclamar o direito ao butim.

Destarte, as reprimendas de André e Alexandre são reduzidas para o importe final 02 (anos) e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso inferior, por infração ao art. 14, do Estatuto do Desarmamento, em concerto com o art. 61, inciso II, letra “g”, do Código Penal, anotando-se que a pena-base foi fincada no piso inferior e graduada na fase intermediária por conta da circunstância agravante. Substituiu-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo em prol de instituição a ser definida em sede de execução da pena. O corréu não apelante foi beneficiado com a mitigação da pena e em seu favor há que ser expedido o competente alvará de soltura clausulado, vez que há notícia de ordem de prisão após a prolação da sentença (fls. 1219, 1222 e 1224).

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento aos recursos defensivos para absolver aos corréus RODRIGO CALMON REIS, FERNANDO MAMUD ARAÚJO e ANDRÉ IOSHIO WADA, qualificados nos autos, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de infração ao art. 148, § 1º, inciso II, em combinação com o art. 61, inciso II, alínea “g”, e, por duas vezes, ao art. 148, §1º, inciso II, em combinação com o art. 61, alínea “g”, combinados com o art. artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, estendendo a decisão absolutória, com estribo no art. 580 do Código de Processo Penal, ao corréu não apelante ALEXANDRE BARBOSA FONSECA, qualificado nos autos, remanescendo, a expiação de ALEXANDRE BARBOSA FONSECA e ANDRÉ IOSHIO WADA por infração ao art. 14 da Lei nº 10.826/03, combinado como art. 61, letra “g”, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e

pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo em prol de instituição a ser definida em sede de execução da pena e, por fim, de ofício, reconhece a extinção da punibilidade do corréu WILLIAN DE PAULA SILVA, qualificado nos autos, por força da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso VI, do Código Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de ALEXANDRE BARBOSA FONSECA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0059802-17.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARCHIMINO DE SA E LYRA NETO, 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 defensivo, mantida a r. decisão recorrida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

SÉRGIO RIBAS, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de entorpecentes e condutas afins – Absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Provas hábeis a ensejar a condenação do apelante, nos termos em que proferida, bem delineado o intuito de mercancia – Penas e regime carcerário corretamente fixados – Aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 – Não cabimento – Acusado reincidente, não fazendo jus à benesse – Ausência de violação do princípio “non bis in idem” – Nos termos da jurisprudência do C. STJ, “é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos**



**diversos, conforme previsão legal específica” – Fixação de regime prisional mais brando – Impossibilidade – O regime inicial fechado é o único cabível em razão da reincidência do agente e da gravidade concreta do delito – Recurso desprovido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal, interposta por Archimino de Sá e Lyra Neto, contra a r. decisão de fls. 169/176, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar procedente a ação penal, condenou o réu às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, no piso legal, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, negado o recurso em liberdade.

Inconformada com a r. sentença prolatada, recorre a i. defesa do réu, com razões recursais às fls. 199/205, nas quais requer a absolvição por insuficiência de prova, aduzindo que a condenação foi embasada apenas nos depoimentos dos policiais. Subsidiariamente, pugna pela redução das penas, afastando-se a majoração pela reincidência ou aplicando-se o benefício previsto no art. 33, § 4º, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Por fim, pugna pela fixação de regime prisional mais brando.

Recurso regularmente processado e contrariado manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 226/232, pelo não provimento do recurso interposto.

É o relatório.

Cuida-se de ação penal, onde a exordial refere que, no dia 19 de julho de 2016, terça-feira, por volta de 15h45min, na Rua Dom Macario, altura do número 1052, no bairro Jardim Colina (área do 26º DP), nesta comarca, ARCHIMINO DE SÁ E LYRA NETO, qualificado na cópia de flagrante em apenso a fls. 06, guardava drogas, para consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

ARCHIMINO, que estava do domiciliado no local dos fatos, decidiu permanecer, aguardando a clientela, para oferta de porções de drogas, que ocultou numa pochete que deixava junto à cintura, escondendo no bolso das vestes o dinheiro amealhado desta comercialização.

O réu atraiu a atenção dos milicianos, que ali realizavam patrulhamento de rotina, pois ARCHIMINO estava sentado em uma cadeira em atitude suspeita, em região conhecida por ser local de venda de entorpecentes e por esta razão foi abordado para averiguação, oportunidade em que apreenderam, em uma bolsa, 149 microtubos do tipo Eppendorf, contendo 79g de cocaína (item 1 do laudo

de constatação a fls. 17) e 78 invólucros confeccionados com papel alumínio com 126g de maconha (item 2 de fls. 17); no bolso das vestes R\$35,00, dinheiro obtido das vendas já realizadas; dois celulares, um da marca Samsung e outro da marca Sony.

Patente que ARCHIMINO se dedicava ao narcotráfico, já que portava 227 (= 149 cocaína + 78 maconha) porções de dois tipos diversos de drogas, divididos em diminutas porções, para facilitar seu manuseio e pronta oferta à clientela, além de dispor de celulares.

A materialidade delitiva resulta estampada nos autos com a vinda do auto de prisão em flagrante de fls. 06, pelo Boletim de Ocorrência de fls. 13/15, pelo auto de exibição e apreensão da droga de fls. 16/17, pelo laudo de constatação de fls. 21/23, pelo laudo químico toxicológico de fls. 145/147, bem como pelas demais provas amealhadas aos autos.

No que tange à autoria criminosa, vale dizer que o réu, na fase administrativa, limitou-se a negar os fatos, afirmando que estava apenas sentado no local olhando seu celular.

Em juízo, o réu negou a prática do crime. Disse que voltava de um jogo de futebol e morava na favela onde foi abordado. Não conhecia os policiais até então e as drogas, que somente viu na Delegacia de Polícia, não lhe pertenciam. O dinheiro apreendido era presente de sua mãe e tinha consigo apenas um celular, da marca Sony.

Ora, a versão apresentada pelo réu é deveras mendaz e inverossímil, restando isolada diante das demais provas reunidas aos autos. Na verdade, sua negativa cai por terra diante do restante das provas amealhadas em seu desfavor.

As testemunhas policiais ouvidas em juízo, de fato, são firmes e uníssonas em apontar a responsabilidade do réu pelo delito em apreço, descrevendo em detalhes como se sucederam as diligências que culminaram com sua prisão. Suas narrativas, aliás, se apresentam em total conformidade com o quanto relatado pela exordial acusatória.

Rodrigo Gonçalves dos Santos e Adriano Gonçalves dos Santos atestaram que o local era conhecido como ponto de venda de drogas, o que motivou a abordagem. O acusado estava sentado no local, mexendo no celular, e não percebeu a aproximação dos policiais. Realizada a abordagem, localizaram com ele uma pochete que continha porções de “maconha” e cocaína. Encontraram com o acusado, ainda, certa quantia em dinheiro. Informalmente o acusado confessou o tráfico, informando que tinha em seu poder dois aparelhos celulares, um pessoal e outro para se comunicar com os demais traficantes.

Vale dizer que as declarações judiciais dos agentes policiais, acima ilustradas, apontam para o mesmo sentido daquelas oferecidas anteriormente, em fase extrajudicial, no calor dos acontecimentos, sendo que pequenas diferenças

não são hábeis a retirar-lhes a credibilidade, além do que, são harmônicas e coerentes com as demais provas colhidas.

Consigno não vislumbrar qualquer indício de que as testemunhas ouvidas tivessem interesse em acusar caluniosamente o réu e, em que pese o por ele alegado, não há nos autos elementos que indiquem perseguição por parte dos policiais, valendo lembrar, a propósito, que estes, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

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

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

E ainda:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes” (STJ – Rel. Ministra Laurita Vaz – 5ª Turma – HC nº 223086/SP – DJe 02/12/2013).

Não há porque se dar prevalência à versão isolada do Apelante, reincidente específico, em detrimento dos relatos dos policiais, contra quem nada se comprovou que pudesse justificar conduta inidônea.

Ao que se observa, o conjunto probatório coligido, sob o crivo do contraditório, é suficiente para incriminar o ora apelante, mormente porque robustecido por informes do inquérito policial, constituindo, pois, firmes elementos para convencimento do Juízo.

A condenação, nos termos em que proferida, era mesmo medida de rigor.

As penas e o regime carcerário impostos também não comportam reparos.

Vale dizer que, na primeira etapa da dosimetria, a pena-base do réu foi fixada no patamar mínimo.

Na segunda etapa, devidamente constatada a reincidência do acusado, que ostenta condenação anterior definitiva, também por crime de tráfico (fls. 148), foi promovido acréscimo de 1/6.

Ausentes outras causas modificativas, a reprimenda tornou-se definitiva,

no patamar de cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na terceira etapa do sistema trifásico, realmente impossível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas considerando-se que, além de possuir 149 porções de cocaína e 78 porções de maconha, o acusado, que sequer demonstrou o exercício da atividade lícita, é reincidente específico, circunstância a impedir a incidência do redutor em comento.

Não se pode olvidar, visa a lei, dentre outros objetivos, atingir, com tal redução, o traficante não habitual, que acaba de se inserir no universo do crime, cuja quantidade, variedade e natureza da droga localizada em seu poder se apresentar capaz de atingir apenas pequeno número de pessoas, e com menor grau de devastação, punindo, em contrapartida, com maior rigor, aqueles que representam maior risco à sociedade, pelas razões inversas.

Assim, as particularidades do caso em análise, notadamente a reincidência do acusado, conforme refere expressamente o próprio dispositivo, não autorizam a pretendida diminuição da reprimenda, sob pena de afastar-se o julgador do verdadeiro escopo legal, não havendo falar-se em “bis in idem”.

Isso porque é perfeitamente possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em diversas fases da dosimetria da pena, gerando efeitos distintos conforme previsão legal específica.

Se fosse acatada a alegação de que reincidência gera *bis in idem*, vários dispositivos do Código Penal tornar-se-iam ultrapassados, ou seja, a reincidência não poderia ser levada em conta para fins de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, concessão de “sursis”, fixação de regime prisional de cumprimento da pena, etc.

Repisa-se: trata-se apenas de um mesmo instituto analisado em etapas distintas, tendo em vista a existência de permissivo legal.

Confira-se:

“Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica” (STJ – Relator Ministro Nefi Cordeiro – 6ª Turma – AgRg nos EDcl no REsp nº 1367856/RS – DJe 19/09/2014).

Não há que se falar, também, em regime prisional mais brando, muito menos em substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, eis que, além da gravidade concreta do comportamento delitivo, o réu é reincidente, circunstâncias que exigem tratamento penal enérgico.

O regime prisional fechado para cumprimento da reprimenda afigura-se

como o mais adequado à situação ‘in concreto’, necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir nova recidiva, haja vista que, a par do quantum da pena imposta, e de tratar-se de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade, é o réu reincidente específico, cabendo ao Julgador destinar especial cautela ao caso, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.

E, friso, não se trata de um exame da gravidade abstrata do delito, mas de uma análise cuidadosa do caso específico, em que o réu portava razoável quantidade e variedade de drogas, além de ser reincidente, sendo que a condenação anterior não foi suficiente a desestimulá-lo à reiteração criminosa, carecendo, assim, de regime de pena mais contundente e eficaz.

É caso, pois, da manutenção da r. sentença, nos termos em que lançada, pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Via de consequência, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo defensivo, mantida a r. decisão recorrida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000718-95.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante S&T COMÉRCIO DE PRODUTOS E LIMPEZA, DESCARTÁVEIS E INFORMÁTICA LTDA., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Advogado Dr. Francisco Tolentino Neto 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 28.960)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Apelação criminal. Embargos de terceiro.**

**A prova de que o bem pertence a empresa não envolvida no crime é insuficiente. – A propriedade de**

**bens móveis se transfere com a tradição, nos termos do artigo 1226 do Código Civil.**

**A prova da boa-fé na compra do bem não foi feita. – Ao contrário, dos autos infere-se que houve simulação de venda.**

**Decisão de primeiro grau ratificada por seus próprios fundamentos. – Possibilidade, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

**Recurso desprovido.**

## VOTO

Vistos etc.

**I- S&T Comércio de Produtos e Limpeza, Descartáveis e Informática Ltda.** opôs embargos de terceiro em face do Ministério Público do Estado de São Paulo e de Marcos Divino Ramos, com escopo de evitar a venda judicial e liberar o veículo (*Discovery*) de placas EVY 8886, que foi sequestrado no processo penal que o primeiro embargado instaurou contra o segundo (e corréus).

A embargante sustentou, em apertada síntese, que adquiriu o veículo de boa-fé, antes mesmo da determinação do respectivo sequestro, e que nem ela nem o vendedor (Mário Sá Filho) figuram no polo passivo do processo penal que deu ensejo à cautelar impugnada por estes embargos.

Julgados improcedentes os embargos (fls. 149/151), a embargante apelou (fls. 159/171), sob o fundamento de que há “*ilegitimidade ativa na constrição judicial*”, de que o tempo transcurso impõe a cessação da cautelar e que o bem sequestrado foi por ela adquirido de boa-fé.

Foram apresentadas as contrarrazões recursais pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 199/205) e a ilustrada Procuradoria de Justiça proferiu parecer no sentido de que o apelo seja desprovido (fls 209/211).

Esse é o relatório que se soma ao da r. sentença, proferida pelo d. magistrado André Gustavo Cividanes Furlan.

**II-** A invocação da “*ilegitimidade ativa*” do sequestro é fruto de equívoco. A legitimidade ativa ou passiva diz respeito à pertinência subjetiva da ação, não quanto ao acerto ou desacerto da medida cautelar de natureza real ora em apreço.

Com efeito, a tese da embargante, de que o veículo foi por ela adquirido de boa-fé e que por isso e por não ser demandada no processo penal descabe seu sequestro, diz respeito ao mérito, não a matéria de cunho processual, como o é o tema das condições da ação. E como mérito essa questão será tratada adiante.

**III-** Quanto ao tempo do sequestro, limitado pelo artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal, de proêmio cumpre observar que aquele prazo admite exceção, consoante precedente colacionado nas contrarrazões recursais: **“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA ASSECURATÓRIA DE SEQUESTRO. LEVANTAMENTO DE BENS. 1. A decretação do sequestro observou os requisitos previstos no art. 126 do Código de Processo Penal, ficando demonstrada a existência de veementes indícios da origem ilícita dos bens (...) 2. Ofensa ao art. 131, I, do Código de Processo Penal não evidenciada. Não há violação de direito líquido e certo se o atraso foi justificado pelas peculiaridades da causa, que, no caso revela-se complexa e com pluralidade de autores. Precedentes. 3. Oferecida a denúncia, resta superada a alegação de excesso de prazo na medida assecuratória. Precedentes. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido”.** (STJ – RM 29.188/SP).”

E no caso dos autos, pela complexidade que representa, justifica-se o tempo transcurso.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já assentou a orientação no sentido de que o sequestro pode ser renovado após a propositura da ação (RTJ 78/147) e a denúncia já foi oferecida no caso ora em exame. Assim, ficou prejudicado o exame da inviabilidade da manutenção do sequestro pelo só fato do excessivo decurso do tempo.

**IV-** Quanto ao mérito, observe-se inicialmente, que Marcos Divino Ramos figura como um dos réus do processo n.º 0009847-95.2014.8.26.0564 – controle n.º 718/14 – da 2ª vara criminal de São Bernardo do Campo, sendo-lhe imputada fraude em pregão da Administração Municipal. Naquele processo autorizou-se o sequestro do SUV objeto destes embargos (dentre outros bens) ao argumento de que Mário de Sá Filho (alegado vendedor do veículo à embargante) nunca foi o proprietário desse carro, sim o réu Marcos Divino Ramos, que ocultou e dissimulou recursos obtidos ilicitamente (dentre os quais esse SUV), colocando-os em nome de terceiras pessoas (vulgarmente conhecidos como “laranjas”).

A propriedade de bens móveis se transfere com a tradição, nos termos do artigo 1226 do Código Civil (**“Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”**). O artigo 123 do Código de Trânsito, que determina a expedição de novo certificado de propriedade de veículo automotor quando houver a respectiva mudança de propriedade, cuida do aperfeiçoamento administrativo desse ato, não da transferência de propriedade, tratada no Código Civil. Tanto o é que o artigo 1268 do Código Civil previu (e o fez em especial para atender prática comum na venda de veículos) a possibilidade até mesmo da alienação da propriedade ocorrer pela tradição feita por quem não é o proprietário da coisa, conquanto realizada dentro das circunstâncias nele estabelecidas (**“Art. 1268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade,**



*exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono. § 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. § 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo”.*

Em síntese, a circunstância do certificado de propriedade do veículo achar-se em nome de determinada pessoa não significa seja ela a detentora do domínio desse bem.

No caso *sub examine* é relevante o fato de que apesar de Marcos Divino Ramos nunca ter figurado como proprietário da *Discovery* de placas EVY 8886, e da empresa a ele pertencente já não figurar como proprietária desse SUV, com ele foram localizados recibos de pagamento de multas de trânsito referentes a esse veículo, pagas em maio, agosto, outubro e novembro de 2013. Era ele, portanto, quem continuava a usar o veículo, o que favorece a tese Ministerial de que Marcos Divino Ramos não vendeu o SUV, mas fez mera transferência registrária no Detran para ocultar seu domínio. Bem por isso, aliás, não houve prova da transferência financeira dos valores constantes nos recibos.

A tudo se some que o fato de Marcos Divino Ramos e Mário de Sá Filho serem representados pelos mesmos advogados na ação penal (inclusive pelo que recebeu o veículo no documento de fls. 36) revela a proximidade de ambos no que concerne à *Discovery*.

Assim, o quadro dos autos conduz à conclusão de que o veículo, ao ser vendido à embargante, ainda era de domínio do réu Marcos Divino Ramos.

V- Assentado que o veículo pertence a Marcos Divino Ramos, passa-se ao exame da boa-fé que ampara a pretensão da embargante. E a análise da prova não autoriza o reconhecimento dessa boa-fé, cuja comprovação, aliás, incumbia à embargante.

Com efeito, a embargante admitiu, já na inicial, que a compra do veículo deu-se “*por indicação*” do ora embargado, Marcos Divino Ramos. Se Marcos era o verdadeiro proprietário do veículo, não é crível que sua participação no negócio se cingisse à indicação do testa de ferro.

Mais, causa espécie que os recibos de compra apresentados estejam com as datas de 18/12/2013, 19/12/2013, 20/12/2013, 2/1/2014 e 8/1/2014 (periodicidade incomum que não teve explicação) e tenham formato absolutamente idênticos (só mudando as datas e os valores das parcelas), a indicar que foram feitos em conjunto, bem como que o alegado distrato da sustentada venda que Mário teria feito à embargante (que já causa estranheza porque haveria entrega do veículo sem devolução do dinheiro) fosse realizado com documento para tanto inidôneo.

Some-se que a compra do bem, segundo a embargante, foi no valor de R\$ 215.000,00 e nenhuma movimentação financeira que o comprovasse (o que se faria sem nenhuma dificuldade se o negócio fosse verídico) foi demonstrada.

Acresça-se que a sentença bem examinou o tema: “*Os elementos probatórios carreados aos autos permitem concluir que a embargante não agiu de boa-fé conforme alegado. A empresa atua no ramo de licitações e o representante legal conheceu MARCOS DIVINO RAMOS nesse segmento, fato incontroverso. Foi MARCOS, réu na ação penal principal, quem indicou a compra do veículo (fls. 03). Tendo o embargado MARCOS estreita relação com o negócio, conclui-se que a embargante, com o mínimo de diligência, podia verificar que o automóvel seria alvo de constrição: decisão proferida por MM. Juiz de Direito da comarca de Londrina-PR havia ordenado o bloqueio do veículo conforme documentos de fls. 136/137. Não por acaso MÁRIO DE SÁ FILHO, vendedor do veículo à embargante, figura como réu em ação penal que tramita neste juízo por prática, em tese, do crime de lavagem de dinheiro, tendo realizado acordo de colaboração premiada. Ao que consta a empresa que figura na cadeia de proprietários do veículo em discussão (antecessora de MÁRIO DE SÁ FILHO) pertencida a MARCOS DIVINO RAMOS, a indicar que a embargante, que atua no ramo de licitações, tinha como saber da possibilidade de sequestro.*”.

Assim, nada mais precisa ser consignado, não obstante disponham os artigos 381, inciso III, do Código de Processo Penal e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal que toda decisão será motivada. A opção do constituinte, que só encontra restrição no veredicto do Conselho de Sentença e no processo de *impeachment*, tem por escopo assegurar ao condenado a ciência das razões de sua punição, bem como satisfazer a necessidade social de compreender o julgado. A Lei Teto, assim, prestigia o sistema de valoração da prova adotado pelo processo penal brasileiro (persuasão racional – artigo 155 do Código de Processo Penal), na medida em que identifica como expressão de respeito à dignidade humana as razões que conduziram a atuação do Poder Judiciário.

A fundamentação dos atos decisórios, portanto, não tem por escopo exaltar o formalismo exacerbado, que não serve como regra de garantia mas favorece à burocracia causadora da morosidade processual e que o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal pretendeu afastar. Bem por isso a motivação não precisa de longos arrazoados (“*não se deve confundir fundamentação sucinta com falta de motivação, pois assim como a prolixidade não é penhor de fundamentação, concisão não é sinônimo de ausência de motivação*” – Habeas Corpus nº 990.09.172066-6), nem importa na necessidade de destaque a todos os argumentos invocados pelas partes (“*a decisão, ao abranger motivadamente toda a matéria posta a apreciação, pode fazê-lo sem destaque a todos os argumentos, bastando que a eles se prestigie, ou se oponha, com a linha de explanação do provimento jurisdicional*” - Embargos de Declaração n.º 1.025.372.3/2), menos ainda afasta a adoção de expressões já constantes

do processo, a chamada motivação *per relationem* (“observe-se não haver óbice legal à fundamentação que reproduz exame detalhado e aprofundado da questão, ainda que emanado de parte, seja por cópia no corpo da decisão, seja por menção ao que nos autos já consta” - Habeas Corpus n.º 1.030.001-3/2).

Nessa linha, os artigos 46 e 82, parágrafo 5º, da Lei nº 9.099/95 preveem que a motivação da sentença (que também dispensa relatório – artigos 38 e 81, parágrafo 3º) possa ser prestigiada e meramente reiterada em grau recursal, favorecendo a economia e celeridade processuais (Art. 46: *O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.* Art. 82, § 5º: *Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.*). Esses dispositivos, assim, evitam a repetição de argumentos ou de explicações já suficientemente expostos pelo Judiciário.

Atento a essa atualidade, o artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe que “nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”. Na mesma trilha segue o artigo 158, inciso VII, do mesmo Regimento: “Do acórdão constarão os fundamentos de fato e de direito, ressalvado o disposto no art. 252 deste Regimento”. Assim, estabelece o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, havendo no provimento impugnado satisfatório enfrentamento dos temas suscitados no processo e não existindo no recurso questão que não estivesse ali resolvida, se viabiliza a manutenção da sentença pelas razões nela expostas. O Regimento Interno desta Corte, portanto, realçou a necessidade da paixão à palavra ceder ao amor às ideias, pois a primeira pode ser vazia, enquanto estas últimas elucidam.

Aliás, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de ser suficiente a motivação da decisão de segundo grau que, alinhada à sentença, utilize os argumentos desta como razões de decidir: “Não se pode dizer não fundamentado o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeira instância, incorporados como razão de decidir e, por isso, a confirma” (RE 179.557);

“A parte recorrente alega que ‘a decisão ora guerreada feriu dispositivo constitucional, qual seja: o artigo **93**, inciso **IX**, da **Constituição Federal**, ao utilizar como único fundamento de sentença as razões de decidir do juízo de primeiro grau, ao arrepio do que determina o referido artigo legal’ (...) O recurso é inadmissível, tendo em vista que, no tocante à alegação de ofensa ao art. **93**, **IX**, da **Constituição**, a decisão impugnada está devidamente fundamentada (...) A jurisprudência do Plenário deste Tribunal assentou o entendimento de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões” (AI

nº 835.547);

*“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 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” (AI nº 791.292-QO-RG/PE).*

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025073-38.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JULIO CEZAR OLIVEIRA PINTO, ALEXANDRO MORAES DE LIMA e JAIR DE CASTRO, 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: “Rejeitaram as preliminares, negaram provimento ao recurso interposto pelo acusado Jair de Castro, e deram provimento aos recursos dos corréus, para absolver Alexandre Moraes de Lima e Julio Cezar Oliveira Pinto da imputação pela prática do crime previsto no art. 297, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, com base no art. 386, inc. VII, do CPP. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

AMARO THOMÉ, Relator

**Ementa: FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EM CONTINUIDADE DELITIVA – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUSCITADAS – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 41, DO CPP – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR**

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – MÉRITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO EM RELAÇÃO AO RÉU JAIR – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – ACOLHIMENTO PARA OS CORRÉUS ALEXANDRO E JULIO – PROVAS INSUFICIENTES QUANTO AO ENVOLVIMENTO DOS ACUSADOS NA FALSIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS – INADMISSÍVEL O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO ACUSADO JAIR – RECURSO DE JAIR NÃO PROVIDO E PROVIDOS OS APELOS DE ALEXANDRO E DE JULIO.**

## VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por **Jair de Castro, Alexandre Moraes de Lima e Julio Cezar Oliveira Pinto** contra a r. sentença de fls. 545/550, que os condenou ao cumprimento de **02 anos e 04 meses de reclusão**, em regime inicial aberto, e ao pagamento de **20 dias-multa**, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 297, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de mais 10 dias-multa.

Em suas razões, a defesa de Julio postula a absolvição, alegando insuficiência de provas (fls. 556/561).

A defesa de Jair requer sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, busca a redução da pena e, em consequência, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (fls. 577/580).

Por sua vez, a defesa de Alexandre suscita, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia e a declaração de nulidade da r. sentença por violação ao princípio da correlação. No mérito, requer a absolvição, alegando estar provado que o réu não concorreu para a infração (fls. 593/599).

O recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público (fls. 606/623).

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos recursos (fls. 629/633).

### **É o relatório.**

Rejeito a preliminar de inépcia da denúncia.

A inicial acusatória contém todos os elementos necessários a preencher os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, viabilizando que

os acusados tivessem plena ciência dos fatos que lhes foram imputados, o que permitiu que exercessem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, da denúncia consta expressamente que os réus estão sendo processados porque concorreram para a falsificação de documentos públicos, sendo que, ao contrário do alegado pela defesa, a inicial acusatória descreve de forma minuciosa os fatos e a forma pela qual os acusados praticaram os delitos.

No mais, a denúncia indica, da forma possível, as datas em que os fatos provavelmente ocorreram. Não se pode olvidar que a própria natureza do delito torna difícil precisar os dias e horários em que as falsificações efetivamente foram praticadas. Porém, a inicial acusatória se mostra precisa o suficiente para permitir a plena compreensão em relação a quais fatos foram imputados aos réus.

Também não é o caso de se declarar nulidade por violação ao princípio da correlação, uma vez que da simples leitura da r. sentença e da denúncia depreende-se que os réus foram condenados pela prática dos mesmos fatos imputados na inicial acusatória.

O fato de a sentença indicar que o dolo dos acusados Alexandre e Julio era, no mínimo, eventual, não representa violação ao princípio da correlação, uma vez que mantida descrição de conduta dolosa por parte dos réus.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito dos recursos.

Os réus foram denunciados (fls. 01d/06d) porque, em local incerto, mas nesta Capital, em 03 de maio de 2010 e em 14 de janeiro de 2011, concorreram para a falsificação de dois documentos públicos.

A materialidade restou comprovada pelos seguintes elementos de prova: boletim de ocorrência (fls. 03/05), auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), cópia do auto de licença e de funcionamento (fls. 12/13), cópia de contrato e de recibo (fls. 18/20), exame documentoscópico (fls. 62/66), auto de licença de funcionamento (fl. 75), ofício da ANP (fls. 171/197), assim como pela prova oral amealhada aos autos.

A autoria é certa apenas em relação ao acusado Jair.

Em Juízo, sob o crivo do contraditório, o réu **Jair de Castro** negou a prática dos delitos, alegando que fazia serviço de despachante, mas que apenas deu entrada nos procedimentos para obtenção de alvarás perante a Prefeitura. Não obteve nenhum dos documentos falsificados. O corréu Julio lhe forneceu os documentos para entrar com os requerimentos de licença de funcionamento (mídia de fl. 467).

O corréu **Alexandro Moraes de Lima** negou a prática dos crimes, alegando que apenas trabalhava como promotor de venda na empresa Copagás e que a própria empresa contratou Jair para tratar de documentação de revendedores. Julio Cezar era gerente comercial da Copagás (mídia de fl. 467).



**Julio Cezar Oliveira Pinto** negou seu envolvimento com a falsificação de documentos, alegando que a Copagás contratou os serviços do corréu Jair, para que ele regularizasse a situação de revendedores que buscavam licença de funcionamento. Não sabia que os documentos adquiridos por Jair eram falsos. Informou que a Copagás enviou os documentos em questão para a ANP e a própria agência não percebeu a falsificação. Intermediava a atuação do corréu Jair em razão de determinação da Copagás (mídia de fl. 467).

A testemunha **Edson Luiz Serrano Maia** relatou que Alexandro e Julio eram seus subordinados na empresa Copagás. O corréu Jair de Castro se apresentou na empresa como despachante, alegando que trabalhava na Prefeitura de São Paulo, e afirmando que poderia regularizar a documentação de revendedores. Na época, os revendedores tinham dificuldade para obter na Prefeitura o alvará de funcionamento. Alexandro e Júlio informavam para Jair o nome dos revendedores que precisavam de regularização. Afirmou acreditar que Alexandro e Júlio não praticaram os crimes imputados (fls. 323/325).

**Reginaldo Martins da Silva** disse que trabalhou com Alexandro e Julio Cezar na empresa Copagás. Disse que dois clientes da empresa foram fiscalizados pela polícia, oportunidade em que se constatou que as licenças de funcionamento desses estabelecimentos eram falsas. Ficou sabendo sobre os fatos pelo noticiário da televisão. O réu Jair foi contratado pela Copagás para realizar serviço de despachante, ajudando a regularizar as revendedoras. Acredita que os corréus Alexandro e Julio desconheciam que os alvarás eram falsos (mídia de fl. 408).

A testemunha **Debora Xavier de Lima** informou que os réus Alexandro e Júlio trabalhavam na empresa Ccopagás. Jair foi contratado pela empresa para ajudar na liberação de alvarás de funcionamento para revendedores. Os alvarás eram enviados para a Copagás e a empresa os enviava para a ANP. Afirmou acreditar que Alexandre e Júlio apenas estavam seguindo a determinação da empresa em que trabalhavam (mídia de fl. 435).

**José Francisco Jannarelli** afirmou que a fiscalização apurou que os documentos de licença objetos do presente processo eram falsificados. As pessoas ouvidas apontavam que o réu Jair era a pessoa que conseguiu os documentos. O acusado cobrava R\$ 7.000,00 pelas licenças. Jair foi funcionário da Prefeitura de São Paulo, mas, em época anterior aos fatos apurados, foi punido com exoneração em procedimento disciplinar (mídia de fl. 359).

A testemunha **Emídio Lucas Faria** relatou que era fiscal da Prefeitura e que as empresas constantes da denúncia foram fiscalizadas, tendo sido apurado que ambas não tinham licença para funcionamento. A empresa de Germiniana apresentou um documento de licença, que apresentava inconsistências (mídia de fl. 408).



**Daniel de Andrade Santos** narrou que à época era policial militar e que apenas acompanhou os fiscais que foram até a empresa que estava com alvará falsificado (mídia de fl. 359).

**Edna Maria de Oliveira Alves** narrou conhecer o acusado Alexandro, representante da empresa que lhe fornecia gás. Disse que era proprietária de uma empresa que vendia gás e que, por telefone, seu marido adquiriu de Jair a licença, pelo valor de R\$ 7.000,00. O réu Alexandro forneceu o telefone do corréu Jair. Somente descobriu que a licença era falsa quando ocorreu a fiscalização por agentes da prefeitura. Não pagou nenhum valor a Alexandro pelo serviço em questão (mídia de fl. 359).

**Germiniana Rodrigues da Silva Paula** informou que o réu Cezar indicou o corréu Jair para fornecer documento de licença. Jair cobrou R\$ 7.000,00 para a obtenção do alvará, mas depois ela descobriu que o documento fornecido era falso. Foi o acusado Cezar que manteve todo o contato com Jair e que entregou para ela a licença requisitada (mídia de fl. 359).

A exculpatória do acusado Jair em Juízo é pueril, restou infirmada pelo restante dos elementos de prova – sendo a prova oral uníssona no sentido de que foi ele quem obteve os documentos falsificados para as empresas – e, inclusive, está em contradição com a sua confissão em sede administrativa (fls. 22/23).

Contudo, a prova é insuficiente em relação ao envolvimento dos acusados Alexandro e Julio, na prática dos delitos.

Não se olvida que Jair, na fase inquisitorial, disse que eles desconfiavam da falsidade dos documentos.

Porém, não há nos autos elementos de prova que confirmem, de forma segura, que os dois agiram em conluio com Jair para obtenção de documentos falsificados.

A prova oral indica que Alexandro e Júlio eram funcionários da empresa Copagás e que indicavam Jair aos revendedores por determinação da própria empresa, que o contratou para ajudar na regularização das vendas. Nesse sentido, é possível que estivessem agindo de boa-fé e que desconhecessem a atuação ilícita de Jair.

Reforça a dúvida quanto ao envolvimento dos réus Alexandro e Júlio na prática dos delitos a ausência de indício consistente sobre obtenção de lucro ou alguma vantagem com a obtenção dos documentos falsificados.

Inclusive, no processo nº 0025071-68.2011.8.26.0050 (fls. 415/419), que trata de fatos idênticos, mas referentes a documento de outro estabelecimento comercial, os dois réus também foram absolvidos por insuficiência de provas quanto ao dolo de suas condutas.

Deste modo, é de rigor a absolvição de Alexandro Moraes de Lima e Julio Cezar Oliveira Pinto, com base no art. 386, inc. VII, do CPP.

Passo, então, à dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no patamar mínimo de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias- multa, uma vez que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis.

Na segunda fase, embora presente a atenuante relativa a idade do acusado Jair, inviável sua aplicação para reduzir a reprimenda para patamar aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231, do Col. STJ: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Na terceira fase, reconhecida a continuidade delitiva, nos termos do art. 71, do CP, mantenho a majoração da pena de Jair em 1/6, resultando em 02 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Considerando o *quantum* da pena imposta e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial aberto.

Por fim, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que estão preenchidos os requisitos legais do art. 44, do CP, e estas penas se mostram proporcionais às circunstâncias do caso concreto.

Não assiste razão à defesa ao postular a declaração da extinção da punibilidade do réu, uma vez que não transcorreu nenhum dos lapsos prescricionais.

A denúncia foi recebida em 30 de setembro de 2013 (fls. 210/211) e a r. sentença foi publicada em 31 de agosto de 2015 (fl. 551).

Deste modo, não transcorreu entre nenhum dos intervalos temporais o prazo prescricional de 04 anos, previsto no art. 109, inc. IV, c. c. o art. 115, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, rejeito as preliminares, **nego provimento** ao recurso interposto pelo acusado Jair de Castro, e **dou provimento** aos recursos dos corréus, para absolver Alexandro Moraes de Lima e Julio Cezar Oliveira Pinto da imputação pela prática do crime previsto no art. 297, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, com base no art. 386, inc. VII, do CPP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004005-13.2015.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes MAICON CRISTIAN ROMÃO, RODRIGO DE FREITAS FRANCO, JOÃO ANGELO

DA SILVA IGNACIO, JENIFER FERNANDA AZENHA BERCHOL, FABIO HENRIQUE TOME, RODRIGO PEREIRA, JOSE RUSTER DE OLIVEIRA, MARCOS ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA e SUELI DE SOUZA, 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: “Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos dos réus, mantida a r. sentença condenatória, também por seus próprios fundamentos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 23 de novembro de 2017.

SÉRGIO COELHO, Relator

**Ementa: Apelação. Associação para o tráfico e tráfico de drogas. Preliminares. Nulidades. Inocorrência. Mérito. Recursos defensivos que buscam a absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação do réu nos moldes em que proferida. Benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Descabimento. Réus pertencentes a grupo criminoso dedicado ao tráfico. Penas e regime prisional mantidos. Substituição não compatível com as graves circunstâncias judiciais. Preliminares rejeitadas e recursos não providos.**

## VOTO

Pela r. sentença de fls. 1371/1400, cujo relatório fica adotado: **1) RODRIGO DE FREITAS FRANCO** foi condenado a 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.333 dias-multa, no mínimo legal, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, “caput” e 35, “caput”, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69, CP; **2) JOSÉ RUSTER DE OLIVEIRA** a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **3) MAICON CRISTIAN ROMÃO** a 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.020 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **4) JOÃO ÂNGELO DA SILVA IGNÁCIO** a 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de

816 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **5) JENIFER FERNANDA AZENHA BERCHOL** a 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.225 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **6) SUELI DE SOUZA** a 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **7) RODRIGO PEREIRA** a 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **8) JOSÉ ORLANDO DA SILVA** a 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **9) MARCOS ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA** a 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.050 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **10) MARCELO DE SOUZA MARQUES** a 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.020 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06; **11) FÁBIO HENRIQUE TOME** a 04 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.088 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06.

Inconformados, recorrem Maicon Cristian Romão, Rodrigo Pereira, José Ruster de Oliveira, João Ângelo da Silva Ignácio, Jenifer Fernanda Azenha Berchol, Fábio Henrique Tomé, Rodrigo de Freitas Franco, Marcos Rogério Nunes de Oliveira e Sueli de Souza (não recorreram José Orlando e Marcelo de Souza).

Fábio Henrique busca a absolvição por falta de provas e, subsidiariamente, pede a fixação do regime inicial aberto, considerando-se a detração (fls. 1481/1488).

Jenifer Fernanda, em sede preliminar, protesta pela falta de perícia de identificação de voz e pede a transcrição integral dos diálogos interceptados. No mérito, pede a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas (fls. 1529/1541).

Rodrigo Pereira busca a absolvição por falta de provas (fls. 1573/1575).

Maicon Cristian pugna pela absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, pela incidência do redutor do § 4º, do artigo 33 da lei de drogas, em seu grau máximo, com substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, fixação de regime prisional mais brando e redução da multa (fls. 1630/1641).

Rodrigo de Freitas Franco pede a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06, reduzindo-se a pena a quem do mínimo legal pelas favoráveis circunstâncias judiciais (fls. 1661/1670).

Marcos Rogério Nunes de Oliveira aponta a insuficiência do conjunto probatório a sustentar a condenação. Subsidiariamente, pede a redução da pena-base ao mínimo e diminuição do valor da multa (fls. 1680/1685).

José Ruster pede a absolvição por falta de prova, a redução da pena, fixação do regime inicial aberto e a substituição da privativa por restritivas de direitos, ressaltando as favoráveis circunstâncias judiciais (fls. 1710/1717).

João Ângelo busca a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a redução da pena, a fixação do regime aberto, e a substituição por restritivas de direitos (fls. 1719/1728).

Sueli de Souza pleiteia a absolvição por insuficiência de provas (fls. 1750/1752).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 1730/1734 e 1755/1760), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (fls. 1762/1776).

#### **Este é o relatório.**

Cumprе ressaltar, desde logo, que o processo teve andamento regular e foi assegurada amplitude de defesa, de acordo com o devido processo legal.

Dito isso, observo que eventual exame de espectrografia de voz não se mostrava imprescindível, na medida em que a condenação dos réus não teve como suporte exclusivo as interceptações telefônicas, mas sim outras provas analisadas e individualizadas pela digna Magistrada sentenciante, restando inequívoca a falta de interesse na realização de tal procedimento. A propósito, não é outro o entendimento desta Colenda 9ª Câmara Criminal, retratado no voto do Eminentе Desembargador Penteado Navarro, nos autos da apelação criminal nº 0009895-50.2009.8.26.0428, julgada em 29/05/2014, onde ficou assentado que *“a Lei nº 9.296/96 não impõe que a gravação dos diálogos captados na escuta telefônica seja objeto de perícia (= espectrograma), para a identificação das vozes dos interlocutores (STF, HC 100.653/SP; LexSTJ, 151/290; STJ-RT, 854/558)”*.

Ademais, como se verá mais adiante, com a análise da prova oral, a identificação dos interlocutores foi efetivada não só porque parte dos aparelhos estavam registrados em nome dos próprios réus e seus parentes, mas, também, porque, por várias vezes, seus nomes foram referidos nas conversas, além do que os policiais que participaram das investigações, após ter o conhecimento do teor dos diálogos, diligenciaram nos locais citados e confirmaram a presença dos réus e ratificaram suas identidades.

Por outro lado, as resenhas das gravações, contendo apenas os diálogos que interessavam à investigação, foram devidamente anexadas aos autos, em conformidade com o artigo 8º, “caput”, da Lei nº 9.296/96. Cabe aqui ressaltar que transcrição integral das gravações não é obrigatória e muito menos necessária, pois, caso contrário, inviabilizaria todo e qualquer processo penal. Nessa quadra, cumpre mencionar o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, esposado no Inquérito Policial nº 2424/RJ, onde se decidiu que *“é prescindível a transcrição integral das interceptações telefônicas, sendo imperioso, tão somente, a fim de assegurar o amplo exercício da defesa, que se permita às partes o acesso aos diálogos captados, o que ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes do STJ e do STF”* (STJ – HC nº 197.882/RJ – Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze – 5ª Turma – j. 14/02/2012).

Ademais, não há qualquer indício que coloque em dúvida a fidelidade das transcrições realizadas pelos policiais civis e a identificação dos investigados, revelando-se vazia de conteúdo qualquer arguição de vício ou nulidade sob esse fundamento. Nesse sentido, já se decidiu que: *“É válida a prova obtida por meio de interceptação de comunicação telefônica, quando a autoridade policial observa todos os requisitos exigidos pela Lei 9.269/96, que, ressalte-se, não determina que degravação das conversas interceptadas seja feita por peritos oficiais”* (STJ – HC nº 136.096/RJ – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima – 5ª Turma – j. 18.05.2010). Destacamos.

Ainda que assim não fosse, no caso de comprovada a existência de alguma irregularidade grave, o que não ocorreu no caso em comento, nunca é demais lembrar que possíveis vícios cometidos durante o inquérito não maculam a ação penal, já que aquela peça se reveste de mero caráter informativo. Em outros termos, cediço que o inquérito policial se constitui em mero procedimento inquisitorial, de sorte que não lhe são aplicáveis os princípios relativos às nulidades, só cabíveis à ação penal, pelo que eventuais irregularidades praticadas no inquérito não contaminam a ação penal subsequente. Releva notar, ainda, por oportuno, que a lei processual penal adota o princípio constituído no vetusto brocardo *pas de nullite sans grief*, ou seja, de que sem prejuízo não se anula ato processual (art. 563 do CPP), de modo que compete à parte provar a existência de nulidade, bem como demonstrar o dano que lhe adveio dos atos supostamente viciados, mostrando a influência sobre o mérito da causa, na sua essência e substância, o que também não ocorreu no caso vertente.

De mais a mais, a defesa técnica não apontou nenhuma distorção na colheita dessa prova no decorrer da instrução probatória (v.g., falsidades, emendas ou omissões indevidas), tampouco impugnou, de forma objetiva e analítica, eventuais trechos que reputasse parciais ou inverídicos, mesmo estando a sua disposição as mídias digitais referentes aos diálogos captados. Logo, não se vislumbra qualquer vício, nulidade ou cerceamento de defesa,

mormente porque os advogados dos réus tiveram amplo acesso a essa prova, mesmo depois de concluída a sigilosa investigação.

Rejeito, pois, as preliminares arguidas.

No mérito, merece subsistir a r. decisão recorrida, malgrado o esforço e a combatividade dos nobres defensores.

Colhe-se dos autos que, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, José Ruster de Oliveira, Maicon Cristian Romão, João Ângelo da Silva Ignácio, Jenifer Fernanda Azenha Berchol, Sueli de Souza, Rodrigo Pereira, José Orlando da Silva, Marcos Rogério Nunes de Oliveira, Marcelo De Souza Marques, Fábio Henrique Tomé e Emerson Willian Ramos associarem-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Consta ainda, que Rodrigo de Freitas Franco, no dia 26 de março de 2015, na hora e local indicados na denúncia, tinha em depósito, para fins de tráfico, 18,2g de *Cannabis sativa L* e 0,8g de cocaína, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que todos os réus negaram a prática do crime de tráfico de drogas ou de associação para o tráfico (fls. 1051/mídia).

Maicon Cristian Romão disse que é comerciante, trabalhava no “Bar do Eraldinho” e conhecia os corréus porque a cidade é pequena. Esclareceu que foi usuário de entorpecente no período entre 2009 a 2010.

Jenifer Fernanda Azenha Berchol afirmou que somente conhece os corréus Sueli, para quem trabalha a noite, e Fábio, com quem tem uma filha. Estava na casa de Sueli quando ela foi presa, mas não tem conhecimento da participação dela em atividades criminosas.

Sueli de Souza afirmou conhecer os corréus Jenifer, que era sua dama de companhia, Maicon e Marcelo, que moram na rua de sua casa. Esclareceu que o dinheiro apreendido em sua residência era proveniente de sua pensão, enquanto que as anotações eram referentes a contas a pagar e gastos com cartão de crédito. Foi apreendido seu celular, além de outros dois aparelhos.

Fábio Henrique Tomé disse que é ex-amásio de Jenifer, com quem tem uma filha, e conhece os corréus, mas não mantinha contato telefônico com eles. Estava foragido na época dos fatos e foi à residência de Jenifer para ver sua filha, mas não manteve contato telefônico com ela.

João Ângelo da Silva Ignácio negou envolvimento com o tráfico e disse que conhece os corréus de vista, mas nunca manteve contato telefônico com nenhum deles. Acrescentou que é usuário de cocaína.



José Orlando da Silva disse que conhecia os corrêus, mas nunca manteve contato telefônico com eles. É pedreiro e estava trabalhando quando foi preso. Tem o apelido de “Japão”, mas outras pessoas possuem idêntico apelido em Itapuí.

Marcelo de Souza Marques falou que conhece os corrêus de vista, nunca teve nenhum contato com Rodrigo Pereira ou João Ângelo, encontrava-se com Orlando às vezes em virtude de serviço, e manteve contato telefônico com Jenifer porque ela vendia roupas e era cliente dela.

Rodrigo de Freitas Franco esclareceu que conhece os demais réus de vista e afirmou que o entorpecente localizado em sua casa era para seu uso. Não tem envolvimento com os acusados e não se comunicavam por telefone.

Rodrigo Pereira afirmou que estava preso na época dos fatos e que não mantinha contato telefônico com os demais réus, que conhece apenas de vista.

José Ruster de Oliveira narrou que os réus frequentavam seu estabelecimento comercial. Conhecia “Bolinha” e “Capacete” porque cresceram no bairro, e os demais somente de vista. Seu celular foi apreendido, mas não se recorda qual era o seu número.

Marcos Rogério Nunes de Oliveira disse que conhece os demais corrêus de vista, mas não mantinha contato telefônico com eles. Tem o apelido de “Cheroso”, mas ninguém o chamava assim na cidade. Tinha celular, não apreendido, mas não lembra o número.

As versões escusatórias apresentadas pelos réus, sobre serem inverossímeis e de escassa credibilidade, restaram escoteiras nos autos, em aberto conflito com a realidade probatória.

Ora, os relatos das testemunhas acusatórias Mário Koiti Kassama Filho e Henrique Volpe (fls. 1051/mídia), acrescidos do auto de prisão em flagrante (fls. 02/33), autos de busca e apreensão (fls. 261/262, 263/264, 267/268 e 271/272), transcrições das ligações realizadas durante interceptação telefônica (apenso), fotografias (fls. 273/279) e laudo do exame químico-toxicológico (fls. 590/593) não deixam dúvida de que os fatos ocorreram exatamente conforme descreve a denúncia, servindo como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituindo em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

O policial civil Mário Koiti Kassama Filho contou que as investigações tiveram início através de denúncia anônima que informava sobre o tráfico de entorpecentes perpetrado por “Cheroso”, que é o acusado Marcos Rogério. Foram autorizadas as interceptações telefônicas, por meio das quais se constatou que os demais corrêus eram responsáveis pelo tráfico em determinados “setores” da cidade. “Cheroso” ficava no bairro Irmão Franceschi e as conversas demonstravam a existência de uma espécie de cooperativa de

drogas, com o fornecimento de entorpecentes entre os réus. Marcos Rogério mantinha bastante contato com Jenifer e “Japão”, que é José Orlando da Silva, a respeito de drogas. “Japão” foi preso em Bauru com grande quantidade de cocaína. A linha inicial de “Cheroso” estava registrada em seu próprio nome, porém ele trocou o número, sendo ainda possível seu reconhecimento pela voz. A identificação dos demais envolvidos foi realizada pessoalmente, mediante deslocamento dos policiais até onde os suspeitos marcavam encontro. Em uma das ligações, Orlando disse a “Cheroso” para entregar um dinheiro perto da casa deste, então o depoente passou pelo local e identificou os envolvidos. Em outra oportunidade, Jenifer ligou para Maicon pedindo carona até um mercado, então foi ao lugar mencionado e conseguiu identificar os interlocutores. Jenifer também possuía a linha em seu nome. A de Rodrigo, que também tinha contato com “Cheroso”, estava em nome de sua mulher. Na operação foram apreendidos celulares. Participou de campanas e, em uma das ligações de Jenifer, em que um usuário solicitava droga, dirigiu-se ao local em um carro descaracterizado e conseguiu abordar o comprador, que confirmou a aquisição de entorpecente de Maicon e Jenifer, bem como de outro indivíduo. Foi realizado flagrante na casa de Rodrigo, onde foi encontrada grande quantidade de drogas embaladas e prontas para comercialização. Segundo este réu, havia mais de doze mil reais em entorpecente. Ouvindo as interceptações, pode identificar que ele ligou para “Cheroso” oferecendo a droga. As anotações apreendidas na casa de Sueli indicam os nomes, quantidade e espécies de drogas. A interceptação durou cerca de seis meses, mas eles já traficavam antes mesmo desse período. Ruster tinha uma lanchonete e aparece em ligações conversando com “Cheroso” e “Bolinha” – este último o acusado João Ângelo – que lhe pediam drogas. A lanchonete era ponto onde os entorpecentes eram deixados para que outros pegassem. Nas informações da Polícia, consta que Ruster, além de usuário, guardava droga na lanchonete para entrega a outros traficantes. Maicon trocava constantemente de aparelho e *chip*, porém seu número aparecia nas anotações de Sueli e foi encontrado dinheiro escondido em sua casa. Em uma das ligações, Jenifer comenta com Fábio Tomé que Maicon pegou entorpecente e estava vendendo a um determinado valor. João Ângelo e “Cheroso” mantinham contatos frequentes, e as ligações deixavam clara sua participação no tráfico. Sueli facilitava o tráfico, tendo conhecimento da ação da Jenifer e servia como olheira, informando a presença da Polícia. Marcelo trabalhava diretamente com Jenifer no tráfico, existindo uma gravação de diálogo em que ela o questiona sobre a localização das drogas. Não participou da busca na residência de José Orlando e não se recorda o que foi apreendido. Na época ele já estava preso em Bauru. Durante o período de investigação viu o réu José Orlando recolhendo dinheiro em moto por várias vezes.

O policial civil Henrique Volpe disse que, ao chegar a cidade de Itapuí,

a operação já estava em andamento. Participou da degravação da interceptação de Jenifer, na qual restou demonstrado o tráfico de drogas por ela exercido no Jardim Alvorada. Jenifer estava envolvida com José Orlando da Silva, conhecido como “Japão”, que foi preso em Bauru com drogas que distribuiria para os demais, com exceção de Sueli, que era informante de Jenifer, mulher de Fábio Henrique Tomé. Conversavam sobre drogas, mencionando Maicon, que também realizava o comércio espúrio. Foi efetuada uma campana, onde um usuário confirmou ter adquirido entorpecentes de Jenifer, concluindo pelas interceptações que ela possuía um “disk-drogas”. Participou de operações para identificação de alguns dos interlocutores, deslocando-se às residências de “Capacete”, Marcos Rogério, Jenifer, Sueli e Maicon. Com a prisão de Sueli, foi localizado um caderno com anotações do grupo e referência a Maicon, com quem foi localizada quantia em dinheiro proveniente da prática ilícita do grupo. Sueli disse que a caderneta era de Jenifer. José Ruster tinha uma lanchonete próxima à residência de “Bolinha” e “Capacete” e, em algumas conversas, estes afirmavam que deixariam entorpecentes no local para terceiros pegarem. Na residência de “Capacete” foi localizada droga. Identificou os interlocutores pela pesquisa dos dados cadastrais dos telefones e, posteriormente, pela apreensão em poder dos réus dos telefones utilizados por eles. Em relação a João Ângelo, conhecido como “Bolinha”, há conversa sobre o tráfico por ele exercido. As interceptações relativas a José Orlando da Silva demonstram comunicações sobre o posicionamento da polícia no bairro, bem como de que ele possui tem envolvimento com Jenifer. Durante a operação, José Orlando foi preso em flagrante em Bauru por tráfico. Ele era o responsável por trazer a droga da cidade de Bauru e repassar aos demais. Marcelo auxiliava Jenifer no tráfico, existindo, inclusive, uma conversa em que a ré Sueli questiona Jenifer sobre a localização de Marcelo, pois seria dia de vender bastante. Identificou Marcelo porque se dirigiu à residência de Jenifer e o avistou no local.

As testemunhas de defesa Ana Maria Reyes, Antônio Andressa Aparecida da Silva, Maricia de Souza Freitas, Marly Aparecida de Souza Giuseppin, Sonia Aparecida Sbardelini da Silva, Valéria Francisca Nunes, Cibele de Souza Marques e Everton Fernando Messias nada souberam esclarecer sobre os fatos, limitando-se a discorrer sobre a idoneidade dos acusados José Ruster, Sueli e Marcelo.

Quanto à titularidade das linhas telefônicas, alguns dos números interceptados estavam registrados em nome dos próprios acusados José Ruster, Marcelo e Sueli (fls. 1115/1116 e fls. 244 apenso ao 1º volume). O de Marcos Rogério estava em nome de mulher com sobrenome igual ao dele e com endereço na mesma rua e cidade em que informou residir. Com relação a José Ruster, o número coincide com o indicado na propaganda de sua lanchonete (fls. 84). O celular atribuído a Fábio Henrique Tomé foi apreendido no momento de sua

prisão (fls. 184/185), além do que, em algumas conversas com Jenifer, com quem tem uma filha, o interlocutor se identifica como o pai. Quando da prisão de José Orlando, em Bauru, houve a apreensão do celular utilizado nas conversas interceptadas. Ademais, os policiais esclareceram as diligências realizadas para a segura identificação dos interlocutores e também tinham telefones registrados em nome de parentes, além do que, por vezes, os interlocutores eram referidos por seus próprios prenomes. Os réus, por sua vez, não apresentaram nenhuma alegação que pudesse afastar os seguros depoimentos prestados pelos investigadores e alguns se limitaram a dizer que não se recordavam do número do celular.

A associação entre os acusados para a prática do crime de tráfico de entorpecentes restou clara pelo conteúdo das interceptações.

Desnecessária a reprodução, neste acórdão, de todos os diálogos deglavados, motivo pelo qual destaco trecho da r. sentença, que passa a integrar o presente “decisum” (fls. 1381/1387):

*Às fls. 16, 17, 31, 39/40 e 778/780 do apenso verifica-se que o acusado José Ruster conversa com o corréu Marcos Rogério (“Cheroso”), inclusive mencionando Capacete (Rodrigo Franco) e “Bolinha” (João Ângelo):*

*“Bolinha”, por sua vez, tem intensa atividade no grupo, restando comprovado nos autos as negociações para o comércio espúrio por inúmeras mensagens de texto acostadas no apenso às fls. 39/40 e 278/536, nas quais menciona os corréus Ruster (fls. 39/40), Capacete (fls. 293), José Orlando (“Japão” – fls. 416), e Maicon (fls. 476/477), e combina o encaminhamento de um “parceiro” de Bocaina, pois não tinha droga em seu poder. Ainda, João Ângelo conversou com Marcos Rogério (fls. 22/23, 29 e 790/791 do apenso), e, em uma das conversas, novamente menciona “Japão”.*

*E é possível, com clareza, verificar a prática do comércio espúrio pelo teor dos diálogos, a despeito da já mencionada tentativa de disfarçar a natureza do bem referido.*

*Às fls. 790/791 observa-se que João Ângelo diz a Marcos Rogério para que José Orlando (“Japão”) entregue dinheiro e, em seguida, os dois últimos conversam sobre valores (fls. 792/3).*

*Às fls. 357/8 há mensagens em que João Ângelo negocia entorpecente, que afirma ser de boa qualidade, “ninja”, que chegou da Bolívia.*

*Maicon Cristian Romão é mencionado nas mensagens de João Ângelo e também em conversas entre Jenifer e Fábio Tomé, nas quais eles discutem acerca do preço e quantidade de entorpecentes negociados por “Pitão” (Emerson), informando que Maicon conseguira comprar uma quantidade maior e por menor preço. Observa-se que Maicon forneceu as drogas a Jenifer, que afirma que parte do entorpecente teve que ser devolvido porque o primeiro fornecedor*

ficaria sem. Ela ainda reclama que também ficará com pouca droga.

E, como esclarecido pelo policial, foi realizada campana para identificação do réu Maicon Cristian Romão como a pessoa que dialogava com Jenifer sobre drogas e por ela mencionada em conversas com outros acusados, tal como no diálogo abaixo transcrito, mantido com o réu Fábio Tomé:

*Jenifer: Não, ia vê se não vai arrumar mais nada daquele negócio para mim.*

*Tomé: Então, ali onde eu pegava, ali sujou, não tem mai como. Eu arrumei ali um contratinho ontem ali em São Carlos, entendeu?*

*Jenifer: Mai aquele cara que o "PITÃO" tava fechando?*

*Tomé: Ah, é o seguinte, os moleque lá não vê mais que 100 entendeu.*

*Jenifer: Ele viu pro MAICO, o MAICO ta fechando com ele.*

*Tomé: Então, mai ele ta vendo 100 e 100 entendeu?*

*Jenifer: Não.*

*Jenifer: Ele viu pro MAICO 300 de cada.*

*Tomé: Porque o "PITÃO" foi lá entendendo. Ai ele falo que não ai vê muito porque estava acabando já e ele ia passa pouco. ...*

*Tomé: Ele não ia passa muito não, alo pro "PITÃO". Não vou passa muito porque tenho pouco tamem, entendeu?*

*Jenifer: ... MAICO tá pegando com ele. Ele me arrumou um pouco, aí fez 18 uma, 15 a outra. ...*

*Jenifer: Mai agora ele já veio pega de volta. Veio fala pra mim se eu não devolvo um pouco pra ele, porque ele tá sem, que tá precisando. ...*

*Jenifer: Aí eu vou fica sem né.*

*Tomé: ...Entendeu. Arrumei ali em São Carlos, mai o cara quer que vai busca. Se quiser ir busca hoje, amanhã ou depois pode ir, entendeu?*

*Jenifer: São Carlos, onde fica São Carlos? Nem sei. Tomé: Perto de Araraquara.*

*Jenifer. Ah á.*

*Tomé: Ele tinha NINE NINE.*

*Jenifer: E? Das dias?*

*Tomé: É ele falou que a **DURA** é a **óleo** e tem a NINE NINE.*

*Jenifer: A outra lá que o MAICO pegou aqui ele veio, tavino, ela veio na **pedra** aqui, mas é meio **amarelinha**, mas é boa, todo mundo gostou.*

*Tomé: Ah! Não, mas essa ai que o cara tem é a NINE NINE. A NINE NINE é a melhor que tem né.*

*Jenifer: Ah, não sei (risos).*

*Tomé: É a melhor que tem. É cinquenta cada G. Ah é, pode vender no*

**pino cinquenta cada G.** Ai ele falou para mim, se eu quiser eu vou buscar.

Jenifer: Então ta bom.

Tomé: Eu ia conversar com o PITÃO, mas entendendo, aconteceu esse, o negócio que a mulher dele morreu né.

Jenifer: É fiquei sabendo.

Tomé: Então, essa semana aqui não vai ter como pá, porque eu não vo da ideia nele pra ele ir lá pra mim.

Jenifer: Se o documento do pálio estivesse certinho, mai tudo fudido.

Tomé: Então o baguio ta. E a menina lá também sujou lá. Ta todo mundo corrido, **foi preso 30 pessoa.**”

E às fls. 809:

“Tomé: Mai tá bom fia, vo trabaia aqui, ta entendendo. É o seguinte, aquela fita que cê foi vê pra mim lá, que eu fui lá, tal, tal, o loco pediram muito caro.

Jenifer: Quanto?

Tomé: Vinte e dois.

Jenifer: O loco, pro MAICO eles tão fazendo baratinho. ...

Tomé: Não, não mai é outro pessoal, entendeu.

Jenifer: Ah é outro pessoal, porque se for de Jaú, aqui pro MAICO ta fazendo baratinho. Acho que ta fazendo a 12 e a outra acho que ta fazendo a 15.

Tomé: Ah, não sei não se ta fazendo isso não fia. Porque.

Jenifer: Tá porque ele ta vendendo pros outro barato também, cê acha que ele perde. Se ele fosse pega caro, cê acha que ele ia tá passando baratinho pros outro. Magina.”

Fábio Henrique Tomé, além de Jenifer, também manteve contato com “Cheroso” (Marcos) e “Capacete” (Rodrigo Franco) acerca de negociação de entorpecente:

“Cheroso: É aí, deixa eu fala pu cê e a **BRANCA.**

Tomé: Ai tá difícil, eu vô vê se eu arrumo esse final de semana aqui agora.

Cheroso: É isso memu intão, cê arruma dá um toque ni nós.”

Às fls. 775/776:

“Tomé: E aí **CAPACETE**, beleza?

Capacete: Beleza! E aí e aquele outra fita, que eu já tinha visto já! Não tem um tento aí?

Tomé: Então, pô até sábado tinha cara, eu não fui busca, porque os homi não tinha pá ninguém que tinha, entendeu, aí peguei, não peguei, a menina lá, liguei lá hoje, pedindo ora ela, falou que acabo.

Capacete: Nossa era **MACIÇADA**, hein mano!

Tomé: *Ann Capacete: Era MACIÇADA, hein.*

Tomé: *Então ela falou qui, o que tinha lá era melhor que aquela que foi mando pu cê.*

Capacete: *Oh loco.*

Tomé: *Ela falou que era bem melhor, e o muleque qui nu dia eu fui na quinta-feira, o muleque foi cumigo, AÍ EU **PEGUEI DOIS PINOS PRU MULEQUE AQUI, U MULEQUE CHEIROU, U MULEQUE GOSTOU**, falou que era bom pra caramba, hein.*

Capacete: *Mas já era, num tem nada?*

Tomé: *Num tem mai nada, acabou tudo tio.*

Tomé: *Entendeu, eu to correndo atrás, se eu arruma eu dou um salvão pru cê aí.”*

Conforme se observa dos autos, além das conversas acima transcritas, Jenifer mantém vários contatos com os corréus e terceiros não identificados. Há contatos com Marcos Rogério – “Cheroso” – (fls. 25, 31, 35, 60, 786, 795, 800 e 827), Marcelo – “Peitinho” – (fls. 50, 51, 52 e 812/814), Sueli (fls. 54, 815/817), José Orlando – “Japão” – (fls. 59), Rodrigo Franco – “Capacete” – (fls. 60/61 e 828), nos quais restam explícitas as negociatas ilícitas.

Digno de nota o diálogo mantido por Jenifer com “sorveteiro” às fls. 823, na qual pede discrição nos termos usados:

*“Sorveteiro: CÊ TEM DUAS PRA ARRUMAR PRA MIM?*

*Jenifer: OH, PORQUE VOCÊ NUM FALA ESSAS COISAS MAIS DISCRETO, SE ACHA FICÁ FALANDO ESSAS COISA?*

*Sorveteiro: CONVITE.*

*Jenifer: PASSA AQUI EM CASA.”*

Em conversa com a corré Sueli, Jenifer demonstra estar irritada por não encontrar o acusado Marcelo, ao que Sueli menciona que o dia é bom para venda (fls. 815/816), o que denota a sua ciência do comércio espúrio por ambos realizado. E há diálogo entre Sueli e Jenifer acerca de anotações sobre pessoas e valores (fls. 817).

E, pelo farto material colhido durante a interceptação, restou evidenciado a natureza das atividades ilícitas praticadas pelos acusados, de modo que não merece guarida a alegação defensiva de que se tratava a conversa sobre a venda de roupas, atividade, inclusive, que Jenifer negou exercer em seu interrogatório judicial.

(...)

No que atine ao acusado Rodrigo Pereira – “Rodruguinho” – as interceptações realizadas descortinaram diálogo entre ele e o corréu Marcos – “Cheroso” – (fls. 802/803 do apenso) em que também negociam entorpecentes:



*“Rodrigo: I cê ta com alguma fita aí “CHEROLINE” aí?*

*Cheroso: Ah, peguei um pouco agora.*

*Rodrigo: Ah, eu ia fala pu cê, quisesse cata uns “PINO” mai.*

*Cheroso: Então mai tem di DEZ aí, faz umas de DEZ aí, coisinha nós pá aqui é um pouquinho só que eu peguei.*

*Rodrigo: Não, nu **PINO de VINTI**.*

*Rodrigo: Então porque tem uns negócio feita lá, mais só que no plástico.*

*Rodrigo: Quisé pega lá.*

*Cheroso: Eu vô ... eu passando ele lá então.*

*Rodrigo: É porque aí cê fala pra mim, vai catano dez em dez, cê vai falano pra mim.*

*Rodrigo: Qui eu não sei lá, certo lá, agora qui vendeu uma e já usou o dinheiro.”*

*Ainda a título de exemplo, pode-se mencionar conversa em que José Orlando cobra de Marcos Rogério quantia em dinheiro, em que Marcos Rogério – Cheroso – negocia com Jenifer (fls. 786, 795, 800 e 827), com Fábio Tomé (fls. 789), João Ângelo (fls. 774 e 777), Ruster (fls. 778/780 e 794) e José Orlando (fls. 792/793).*

*Há diálogo sobre drogas entre Marcelo e Jenifer (fls. 812/814) e entre ela e José Orlando (fls. 59), em que a ré afirmar depender de Marcelo, pois ele é quem guarda o entorpecente – o que, aliás, coaduna-se com o diálogo já citado, mantido entre Jenifer e Sueli, no qual a primeira demonstra irritação pelo fato de não encontrar Marcelo em dia de boa venda de entorpecentes.*

Temos, ainda, que foram apreendidos cadernos contendo a contabilidade do tráfico na residência de Sueli (fls. 139/144 do apenso ao 1º volume; 267/268 dos autos principais), com expressas referências a compra e venda, pagamentos para advogado, gramas, pó, droga, cadeia, além dos nomes dos corréus. Também foram apreendidos diversos extratos bancários da conta poupança em seu nome (fls. 531), com valores incompatíveis com os rendimentos que ela sustentou auferir, tudo a ratificar que a conta era usada para depósito de dinheiro proveniente do comércio ilícito de drogas, o que deixa patente a participação da acusada na associação criminosa em análise.

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório dos apelantes pelo crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, era mesmo de rigor, assim como a condenação de Rodrigo pelo artigo 33, da Lei de Drogas, mostrando-se totalmente descabido o pleito voltado à desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas.

Neste ponto, destaco trecho da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, que passa a integrar o presente (fls. 1770/1771):

*Os diálogos que permitiram a identificação e a constatação do envolvimento de todos apelantes no tráfico, constante do apenso próprio (“pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico”), foram sintetizados no relatório de investigação de fls. 419/430, elaborado pelos investigadores Henrique Volpe e Mario Koiti Kassama Filho.*

*Pelo teor dos diálogos é possível constatar o envolvimento dos interlocutores no tráfico, e a liderança de Marcos Rogério Nunes de Oliveira (“Cheroso”), ficando claro, também, o liame subjetivo existente entre eles.*

*A título de exemplo, destacam-se os diálogos mantidos entre “Cheroso” e José Ruster de Oliveira (fls. 83/84, 98); entre “Cheroso” e João Angelo da Silva Ignácio, vulgo “Bolinha” (fls. 82, 89/90, 96); entre “cheroso” e Jenifer Fernanda Azenha Berchol, vulgo “Jé” (fls. 92, 98, 102); entre “Cheroso” e Rodrigo Pereira, vulgo “Rodruguinho” (fls. 103/105); entre Jenifer e Fábio Henrique Tomé (fls. 109/113); entre Jenifer e Sueli de Souza (fls. 120/121).*

*Após meses de trabalho de inteligência, e com base das escutas realizadas, após a obtenção dos respectivos mandados de busca e apreensão, foi deflagrada operação policial culminando com a apreensão de porções de maconha e cocaína na residência de Rodrigo de Freitas Franco, além de cinco aparelhos celulares e uma pequena quantia de dinheiro; na casa de Jenifer, foi apreendida uma motocicleta (Honda, placa EKG 3127), contendo duas bolsas femininas, e dentro destas, a quantia de R\$ 1.465,00, escondidas no compartimento para guardar capacete; na casa de Sueli, onde Jenifer se encontrava por ocasião do cumprimento do mandado, foram apreendidos a quantia de R\$ 898,00, diversos extratos bancários, três aparelhos de telefone celular e cadernos com manuscritos típicos da contabilidade do tráfico; na casa de Maicon Cristian Romão, vizinho de Jenifer, cujo nome constava nos manuscritos apreendidos em poder de Sueli, foi encontrada, sobre uma laje, a quantia de R\$ 232,00.*

Nessa conjuntura, anoto que, em relação ao crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a prova amealhada aos autos oferece lastro seguro e suficiente para embasar a condenação dos réus. Conclui-se, portanto, pela existência do vínculo associativo prévio entre os réus, que estavam adrede ajustados e operaram empresa criminosa, com divisão de tarefas e união de esforços voltados ao comércio de entorpecentes. A hipótese, portanto, é de associação estável e não de mera coautoria delitiva.

De fato, diante do robusto conjunto probatório amealhado aos autos, é fora de dúvida que havia planejamento estratégico e que os réus estavam irmanados para o fim de comercializar entorpecentes, também não havendo dúvidas de que a atividade criminosa se desenvolvia havia algum tempo, como asseveraram os policiais.

Nesse sentido, o esclarecedor relatório final das investigações, subscrito

pelo Delegado de Polícia Marcelo Aparecido Tomaz Góes, descreve de forma minudente a participação de cada um dos apelantes na organização criminosa, e nesse sentido destaca o teor de fls. 437/441, que traz fotos, qualificações e funções de cada um na associação criminosa voltada ao tráfico.

Outrossim, com relação ao réu Rodrigo Franco, bem de ver que o desfecho condenatório pela prática do crime de tráfico era de rigor. De fato, a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 18,2g de *Cannabis sativa L* e 0,8g de cocaína –, o auto de busca e apreensão (fls. 128/129 do apenso ao 1º volume), o auto de constatação preliminar (fls. 145 do apenso ao 1º volume), as fotografias (fls. 154 do apenso ao 1º volume) e o laudo de exame químico toxicológico (fls. 590/593), aliados às demais circunstâncias da apreensão, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais, não deixam dúvida de que Rodrigo Franco estava efetivamente cometendo o crime de tráfico de drogas, não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas ou em desclassificação para o crime de porte de droga para uso próprio.

Não é demasiado enfatizar, ainda, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: *“Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido.”* (RT 729/542). *“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização”.* (RT 714/357). *“O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente”* (RT 776/663).

Consigne-se que o fato de, eventualmente, o réu fazer uso de drogas não afasta a condição de traficante, à medida que, frequentemente, os usuários também passam a atuar na rede do tráfico, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

Passo à análise das penas.

Quanto ao crime associativo.

Todos os apelantes tiveram as penas-base corretamente majoradas em

razão da diversidade e espécies de drogas comercializadas pelo grupo, nos termos do artigo 42 da lei de drogas: José Ruster, João Angelo, Maicon Cristian, Sueli de Souza na fração de 1/6 (um sexto); Jenifer Fernanda e Marcos Rogério na fração de 1/2 (metade), pois ocupavam papel de destaque na organização; Rodrigo Pereira, Fábio Henrique e Rodrigo de Freitas na fração de 1/3 (um terço), tendo em vista os maus antecedentes ostentados por Rodrigo Pereira (fls. 140/141 do apenso) e o intenso envolvimento de José, Fábio e Rodrigo de Freitas na narcotraficância.

Na segunda fase da dosimetria, presente a agravante da reincidência, quanto a Jenifer (fls. 128/129 do apenso) houve aumento na fração de 1/6 (um sexto) e, em relação a Maicon, o acréscimo foi de 1/4 (um quarto), por se tratar de reincidência específica (fls. 124/127 do apenso). Ainda na fase intermediária, em relação a Rodrigo de Freitas foi reconhecida a atenuante da menoridade, com redução da pena na fração de 1/6 (um sexto). Inalteradas, nesta fase, as penas dos demais apelantes.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, assim as reprimendas restaram definitivas.

Quanto ao crime de tráfico, pelo qual foi condenado somente Rodrigo de Freitas Franco, pelos mesmos fundamentos, a pena-base sofreu acréscimo de 1/3 (um terço) e, na segunda etapa, foi reduzida na fração de 1/6 (um sexto), assim tornada definitiva.

E, na derradeira etapa do cálculo, descabida a benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Anoto, inicialmente, que a referida causa de diminuição de pena não alcança o crime associativo, tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas (como pleiteia a defesa de Maicon Cristian), uma vez que o § 4º, do artigo 33, da referida lei, é expresso ao estabelecer que: “**Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços**”. Ademais, tal dispositivo tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso de todos os apelantes, integrantes de complexa associação criminosa. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente os réus, conquanto alguns sejam primários, demonstram acentuada periculosidade. Releva notar, ainda, que o reconhecimento da condenação pela prática do crime previsto no artigo 35, “caput”, da Lei de Drogas, faz pressupor, por si só, a dedicação a atividades criminosas, afastando, assim, a incidência daquela causa de diminuição de pena.

Não há que se falar em afastamento ou redução da pena de multa, que é parte integrante da sanção aplicada aos réus, conforme dispõe o preceito secundário dos artigos 33 e 35, da Lei 11.343/2006, em plena vigência, não existindo fundamento legal para a isenção ou redução. Anoto, ainda, que a pena de multa deve guardar conformidade com a pena corporal e seu afastamento implicaria violação ao princípio constitucional da legalidade.

Considerando o “quantum” das penas aplicadas aos réus, bem como tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, mantenho o regime inicial fechado, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, “a”, do CP, sendo oportuno acrescentar que outro regime qualquer, mais favorável, não seria recomendável nem suficiente para coibir os delitos praticados pelos apelantes.

Cumpre ressaltar, ainda, que o § 2º, do artigo 387, do CPP, dispondo que o tempo de prisão será computado para fins de determinação do regime de cumprimento da pena, não afasta a previsão dos §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, dos quais se infere que a fixação do regime inicial demanda análise não somente da quantidade da pena imposta, mas também das circunstâncias judiciais do artigo 59 do mesmo Codex.

Ademais, tal dispositivo só teria aplicação imediata e de ofício por esta Corte, caso não tivessem sido expedidas as guias provisórias de recolhimento, evitando supressão de instância e decisões conflitantes. Todavia, compulsando os autos, verifico terem sido expedidas as referidas guias de execução provisória (fls. 1592/1618), motivo pelo qual se conclui que os apelantes se encontram em cumprimento provisório das penas e, não mais, em prisão cautelar, devendo, pois, submeterem-se às regras atinentes à execução da pena.

Vale lembrar, ainda, por oportuno, que não há nos autos qualquer informação acerca do comportamento carcerário dos réus no período em que estiveram recolhidos, não se podendo olvidar, também, que compete ao Juízo da Execução analisar os requisitos objetivo e subjetivo e decidir sobre eventual direito dos sentenciados à progressão de regime prisional, nos termos do artigo 66, III, “b”, da LEP, não podendo o Tribunal fazê-lo, agora, reitero, sob pena de supressão de instância e afronta ao duplo grau de jurisdição.

Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena corporal por penas alternativas, uma vez que as já ressaltadas graves circunstâncias judiciais – com destaque para a personalidade deformada e conduta social inadequada dos réus, a gravidade do crime associativo, envolvendo inúmeras pessoas e em ampla área de atuação do grupo criminoso –, indicam que eventual substituição não seria recomendável nem suficiente à reprovação dos crimes, ausentes, pois, os requisitos previstos no artigo 44, incisos II e III, do CP.

Ante o exposto, rejeito as questões preliminares e nego provimento aos recursos dos réus, mantida a r. sentença monocrática, também por seus próprios

fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001478-86.2012.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JULIANO DE OLIVEIRA.

**ACORDAM**, em 11ª 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 34.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente) e ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

NEWTON NEVES, Relator

**Ementa: LESÃO CORPORAL – Lei de violência doméstica ou familiar – Absolvição com base em causa supralegal de excludente de responsabilidade criminal – Princípio da bagatela imprópria – Inaplicabilidade ao caso dos autos – Quadro probatório que se mostra frágil a comprovar o dolo na conduta do agente – Absolvição mantida, por fundamento diverso – Recurso improvido.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 96/98, com relatório adotado, julgou improcedente a denúncia para absolver JULIANO DE OLIVEIRA da acusação da prática do delito do art. 129, §9º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VI, do CPP.

Recorre o Ministério Público sustentando que o fato descrito na denúncia restou comprovado e que não é aplicável ao caso dos autos, abrangido pela Lei n.º 11.340/06, o princípio da insignificância (fls. 110/114).

Contrarrazões às fls. 123/127, sustentando o recorrido, preliminarmente, a intempestividade do recurso do Ministério Público porque oferecidas as razões de apelação após o prazo legal de 08 dias. Também preliminarmente aduz que o processo é nulo pela inobservância do art. 12, da Lei n.º 11.340/06, já que não

foi tomada por termo a representação da ofendida, tampouco realizada audiência para confirmação da representação. No mérito, bate-se pelo improvimento do recurso.

A d. Procuradoria Geral de Justiça propõe o provimento do recurso (fls. 139/143).

É o relatório.

Prejudicado resta o enfrentamento das preliminares aduzidas em contrarrazões do recurso já que, pelos fundamentos a seguir expostos, o recurso não comporta provimento.

Juliano de Oliveira foi denunciado como incurso no art. 129, §9º, do Código Penal, na forma da Lei n.º 11.340/06, porque no dia 23/02/2012, por volta das 15h, na Fazenda Bom Sucesso, Comarca de Itapira, prevalecendo-se de relação doméstica, ofendeu a integridade corporal de Elisângela Aparecida Sandy, sua companheira, nela causando lesões corporais de natureza leve conforme laudo de exame de corpo de delito de fls. 19.

Narra a inicial que Juliano, companheiro da vítima, em razão de esta ter ateado fogo em seus pertences, apoderou-se das peças em chamas e atirou-as na vítima, lesionando-a na região do pescoço e do tórax.

Ao cabo da instrução processual desincumbiu-se a Promotoria de Justiça de comprovar o fato descrito na denúncia.

A vítima Elisângela declarou em Juízo que mantém relacionamento afetivo com o réu e que, na data dos fatos, em meio a desentendimento, ateou fogo nas roupas e pertences do recorrido porque ele conversava com uma vizinha com quem ele já manteve um “caso”. Diante disso, o recorrido apanhou as roupas em chamas e atirou-as sobre ela, nela causando queimaduras no pescoço e no tórax, dinâmica esta com apoio no testemunho prestado pelo policial militar Alexandre Carrinho Martins que foi ao local atender a ocorrência, confirmadas as lesões pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 19, indicando que Elisângela foi socorrida no Hospital Municipal de Itapira, apresentando lesão corporal de natureza leve, consistentes em queimaduras no tórax e pescoço causadas por calor.

Não há que se reconhecer, contudo, a causa supralegal excludente de culpabilidade, como fundamentou a d. magistrada para proferir a r. sentença absolutória.

Isso porque não se pode olvidar a ‘mens legis’ da norma aplicada, que visa à tutela da mulher nas situações previstas pela norma, subsumindo-se os fatos dos autos à lei.

Ainda que ao cabo da instrução constate o Poder Judiciário ser a pena desnecessária, no caso dos autos invocado pela d. juíza de Direito que réu e vítima seguem mantendo relacionamento afetivo, inclusive com filhos advindos



da relação por eles mantida, a Lei n.º 11.340/06, conforme preconiza seu art. 1º, “... *cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil...*”.

Dispõe ainda a lei especial, em seu art. 2º, que “*toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social*”.

E diante de denúncia formalmente ajuizada pelo Ministério Público, imputando ao acusado a prática de delito que se amolda ao âmbito da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 5º, incisos I a III, da Lei n.º 11.340/06), ainda que ao cabo da instrução processual eventualmente constate o julgador a desnecessidade da aplicação da pena, para que se efetive seu escopo de prevenção geral e especial, tal fato não é capaz de afastar a incidência da norma penal incriminadora, eis que decorre esta da vontade do povo manifestada através de seus representantes eleitos, membros do Poder Legislativo.

Contudo, no caso dos autos, embora comprovada a autoria, ter Elisângela experimentado lesões corporais de natureza leve, bem como presente o nexo causal, já que Juliano arremessou roupas em chamas contra a vítima, não há prova suficiente de ter o recorrido agido imbuído do elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, do *animus leadendi*, consistente na vontade livre e consciente de ofender a integridade física ou a saúde de Elisângela, relatado pelo réu que arremessou parte das roupas em chama para local diverso daquele em que as roupas queimavam, bem como explicitado pela vítima não ter Juliano agido com a intenção de nela causar lesões corporais, circunstância essa que exigiria a apuração do fato sob a ótica do crime culposos, vedada essa apreciação em Segundo Grau.

Neste quadro, embora afastado o fundamento erigido pelo Juízo *a quo* para proferir a r. sentença absolutória, deve prevalecer a absolvição por ausência de provas do elemento subjetivo para a condenação, com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPP.

Do exposto, e pelo meu voto, nego provimento ao apelo do Ministério Público, mantida a absolvição mas por fundamento outro, nos termos fundamentados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006167-28.2010.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SIRLEIDE FILGUEIRA DURÃES e ELZA NUNES GUSMÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram da presente apelação, porém, afastadas as preliminares, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. decisão, por seus próprios fundamentos.V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

**Ementa: Homicídio qualificado. Art. 121, § 2º, incisos, I, III e IV, CP. Preliminares afastadas. Pleito defensivo por submissão a novo julgamento, por se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência – Existência de elementos que atestam a materialidade e autoria do delito de homicídio qualificado – Jurados que optaram por versão devidamente comprovada nos autos. Qualificadoras bem reconhecidas. Pena e regime mantidos. Recurso Improvido.**

## VOTO

Vistos.

Conforme informações contidas na denúncia e no acervo probatório, em 11 de outubro de 2010, a recorrente SIRLEIDE FIGUEIRA DURAES, agindo em concurso de agentes com a ré Elza Nunes Gusmão, movida por motivo torpe, e valendo-se de meio que dificultou a defesa da vítima, de modo cruel, veio a ocasionar lesões à vítima Sarah Nunes Galvão, filha da ré Elza, as quais foram a causa final de sua morte.

Em sentença, o M.M. Juiz da 3ª Vara do Júri, da comarca de São Paulo/SP acatando a decisão dos senhores jurados que condenaram a apelante, fixou a recorrente a pena de vinte e seis anos e três meses de reclusão em regime inicial

fechado, por ter praticado a conduta prevista no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal.

Inconformada, a douta defesa se insurgiu contra a r. decisão, apresentando recurso de apelação, por meio do qual, requer em sede de preliminar, o reconhecimento da nulidade do processo ante a violação dos artigos 478, inciso I, 480 e artigo 479, parágrafo único, todos do Código de Processo Penal. E, no mérito, busca a submissão da acusada a novo julgamento popular, vez que o presente veredicto, ao acatar a materialidade do delito, contrariou manifestamente a prova dos autos. Argumenta ainda pelo afastamento das qualificadoras (fls. 852/859v).

Bem processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões, sustentando a r. sentença (fls. 861/876), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento do recurso de apelação (fls. 882/894).

### **É o relatório.**

O Egrégio Conselho de Sentença deliberou por condenar a recorrente, vez que, conforme consta dos autos a ré Sirleide, e a corrê Elza frequentavam o mesmo culto religioso na Igreja Batista do Povo, e por cerca de três anos, a ré Elza tinha o costume de receber pessoas em sua residência para a realização de cultos religiosos de forma regular.

Eis que no dia 08 de outubro de 2010, por volta das 23h, as corrés se encontravam na residência de Elza, juntamente com a ofendida, e no interior de um dos cômodos realizavam atos religiosos, recitando “mantras” usando palavras incompreensíveis. Porém tal “reza” foi interrompida pelo genitor da vítima, Antônio Geraldo Ferreira Gusmão, o qual exigiu que as mesmas cessassem com o ato, e retirou a menor do local. Sendo que no dia seguinte, o Sr. Antônio ainda repreendeu as corrés, exigindo que as mesmas não mais efetuassem tais praticas religiosas.

Entretanto, no dia dos fatos, 11 de outubro de 2010, por volta das 16h/17h, as corrés se viram novamente sozinhas com a vítima na residência, e assim iniciaram as rezas, se valendo de expressões como “mãe terra”, “Arcanjo Miguel”, e “esta é a prova do nosso amor”, além de palavras desconexas e incompreensíveis.

Ao passo que neste meio tempo era possível ouvir a vítima gritando: “Para mãe; para Si” e “mãe não faz isso, chama o pai”. Sendo que os clamores da vítima foram ouvidos pelos vizinhos até por voltadas 13h do dia anterior ao do encontro de seu corpo.

Este cerimonial foi ouvido tanto pelos vizinhos, quanto pelo pai da ofendida, o qual chegou à residência durante a tarde, mas encontrou a porta do quarto trancada, e mesmo ordenando que as rés parassem com o culto, não

obteve sucesso, pois as mulheres apenas aumentavam o ritmo das falas e o tom de voz, e também passaram a emitir sons semelhantes á uivos, além de afirmarem que haviam demônios no local.

Assim, no calor do ritual, as corrés teriam retirado as roupas da vítima, e se valendo de meio mecânico, asfixiaram a menina, ceifando sua vida, após o que colocaram no local uma bíblia, e um cinto aberto aos pés do corpo da menina, simbolizando a ruptura de um compromisso, que, por meio da oração, retirou a vítima do plano material.

O genitor da ofendida, desesperado por não conseguir encontrar a mesma, finalmente arrombou a porta do quarto, e encontrou a filha já morta, enquanto as corrés estavam deitadas de barriga para cima no local, com as mãos tapando os olhos, enquanto diziam rezas em alto tom de voz, mas se valendo de palavras incompreensíveis.

Note-se, que o processo se viu desmembrado com relação á denunciada Elza, após a decisão de pronúncia da mesma, tendo a mesma restada condenada, e tal condenação mantida por v. acórdão proferido por esta Egrégia Câmara Criminal.

Primeiramente, observe-se que as prejudiciais alegadas pela defesa não se fazem presente no caso dos autos.

Quando dos debates, o membro do Ministério Público teria feito menção ao recurso de apelação interposto pela corré Elza.

Ora, determina o artigo 478, inciso I do Código de Processo Penal que:

*“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:*

*I à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”*

Conclui-se, portanto que, o que a lei busca vedar é que se faça referência à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado.

Ou seja, não é permitido ás partes durante debates em plenário buscar o convencimento do Conselho de Sentença com base nas decisões anteriores por conta da excelência de quem as tenha proferido, em virtude dos princípios da presunção de inocência e a livre convicção dos jurados.

Portanto, é certo que a citação de recurso interposto por uma das corrés não conduz à nulidade do feito.

Ora, é certo que o rol disposto no referido artigo é taxativo, não podendo sofrer interpretação extensiva, como quis fazer a combativa defesa, por se tratar de norma proibitiva. Ademais, o recurso mencionado pelo *parquet*, não foi emitido por qualquer autoridade e não resultou ou justificou a condenação da

presente apelante.

Também não se observa qualquer nulidade na disponibilização aos jurados da sentença que condenou a corré Elza, vez que cabe ao Magistrado presidente possibilitar o acesso dos jurados á todas as provas existentes nos autos, conforme determina o próprio artigo 480, do Código de Processo Penal em seu parágrafo terceiro.

*“Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.*

*§ 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos*

*§ 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos*

***§ 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.”***  
(grifo nosso)

No que diz respeito a violação do artigo 479, do Código de Processo Penal, a mesma revela-se igualmente, improcedente. É certo que o referido artigo proíbe, durante o julgamento, leitura de documento ou exibição de objeto de que a parte contrária não tenha tido ciência com ao menos três dias úteis de antecedência. Busca-se, assim, evitar que se surpreenda *o ex adverso*.

No caso em tela, o *parquet* efetuou a exibição de matéria jornalística que já estava encartada nos autos á fls. 575, tendo sido juntada pela própria defesa. Eis que a exibição do vídeo não causou perplexidade alguma à combativa defesa.

É certo ainda, que a matéria está preclusa, por falta de impugnação ou de argüição de nulidade ou irregularidade no momento oportuno, ou seja, imediatamente após a sua prática, como determina expressamente o artigo 571, III, do Código de Processo Penal.

Ainda, vale lembrar que é tranquilo na jurisprudência deste Tribunal, o entendimento de que não basta ao reconhecimento de nulidade a simples alegação de sua ocorrência. Há que se demonstrar o efetivo prejuízo suportado pela parte que a reclama, o que não ocorreu no caso.

A esse respeito, o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio pás de nullité sans grief, no qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada oportuno tempore, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente”* (HC 23548/SP; HC 2002/0089469-0, Ministro Hamilton Carvalhido (1112), Sexta Turma, julgado em 03/02/2005, publicado em DJ 11/04/2005 p.3,83).

Destarte, não há qualquer nulidade a ser declarada no presente processo.

No mérito, inicialmente ressalte-se que a análise e valoração aprofundada da prova, em vista do princípio da soberania dos veredictos, não é cabível em sede recursal, devendo o juízo *ad quem* se limitar à verificação de eventual discrepância entre a solução do julgamento em plenário e os elementos de prova colhidos ao longo da *persecução penal*.

A materialidade do crime contra a vida restou claramente demonstrada nos autos, através do Boletim de Ocorrência de fls. 03/07, do Laudo de Exame Pericial de fls. 89/102, do Exame Necroscópico de fls. 118/120, do Laudo de fls. 175/196.

Através de toda a prova pericial juntada aos autos, resta claro que os especialistas envolvidos no caso em tela, e que tiveram acesso a todas as provas colhidas, concluíram cabalmente pela ocorrência de asfixia mecânica, após a análise de todos os vestígios. Ressaltando o entendimento médico de que “*não existe sinal patognóstico ou de certeza para o diagnóstico de asfixia mecânica*”. Contudo, anotaram que a vítima apresentava diversos sinais externos de asfixia, como o rosto com cianose, e inúmeras petequias, além da protusão da língua entre os dentes.

Ainda, ressaltam os peritos que após análise das passagens anteriores da vítima pelo hospital, a mesma nunca apresentou qualquer registro de “sopro” no coração, sendo que dias antes do ocorrido foi realizado um exame físico completo na menor, o qual não apontou qualquer alteração que pudesse levar a sua morte súbita apenas dias depois.

Assim, restou clara a conclusão à que chegaram os especialistas após a detalhada análise de todas as provas periciais juntadas, sendo incrível a tese defensiva, de que a vítima sofria de patologias anteriores, que podiam levar a uma morte súbita.

A seu turno, a autoria e o dolo com que agiu a recorrente estão evidenciados nas provas colhidas durante a *persecutio criminis*.

Embora tenha a apelante negado a prática do delito, a mesma não apresentou qualquer justificativa para o ocorrido. Em sua oitiva em plenário disse que quando do ocorrido estava apenas orando, utilizando-se de uma linguagem comum à sua religião. Alegou ainda que não se recorda exatamente dos acontecimentos, nem mesmo do que se passou anteriormente aos fatos, inclusive alega que só veio a saber do falecimento da ofendida dias após o evento.

Ao ser ouvido em plenário, o pai da ofendida, Antônio Geraldo Ferreira Gusmão, declarou que a ré e corré Elza eram amigas, pois frequentavam a mesma igreja, sendo que há alguns dias a ré estava dormindo em sua residência, e por diversas vezes as mesmas realizavam orações juntas, razão pela qual o

depoente veio a conversar com as mesmas, pois estava incomodado com a presença de Sirleide no local por tanto tempo, bem como que não desejava que a vítima participasse de tais orações. Eis que na noite anterior aos fatos, o depoente chegou em casa e se deparou com a porta do quarto trancada, podendo ouvir as corrés gritando no interior do Cômodo, mas não compreendia o idioma utilizado, recordando-se apenas das expressões “Arcanjo Miguel”, “Mãe Terra”, “Butterfly” “essa é nossa prova de amor” e “wichnata”, mas como não ouviu a voz da vítima, não se preocupou, tendo a gritaria perdurado por toda a noite, e, somente na manhã seguinte, quando não conseguia encontrar sua filha, veio a arrombar a porta do quarto, encontrando as rés deitadas no chão gritando, enquanto a vítima estava prostrada em um colchão, já morta.

A policial militar responsável pelas diligências, Sara Cristina Pereira de Oliveira, ao ser ouvida em juízo, relatou que ao chegar ao local dos fatos encontrou as corrés abraçadas e rezando juntas em línguas estranhas, no mesmo cômodo onde estava o corpo da vítima. Esclareceu ainda que quando os policiais se aproximavam delas, as mesmas baixavam o tom de voz, indicando que tudo não passava de uma simulação.

Graciane Soares Teixeira, ex-sogra da ré Sirleide, em seu depoimento judicial, afirmou que passado alguns dias do ocorrido, Sirleide lhe disse que na residência da corré Elza havia muitos demônios, e que elas estavam tentando matar os mesmos, e que em dado momento a corré Elza teria lhe dito que a vítima era uma cobra, pedindo para que a segurasse, porém quando Sirleide recuperou a consciência, viu a ré Elza segurando a ofendida já morta, sendo que Deus teria pedido uma prova de amor para elas, e essa prova seria a vítima.

A depoente Maria Alcina, residente do imóvel vizinho da corré Elza, ao ser ouvida em plenário afirmou que a corré Elza era uma boa mãe, tendo inclusive cuidando da filha da própria depoente, sendo que na data dos fatos, foi buscar sua filha Sabrina na residência de Elza, momento em que a ré Sirleide que ali se encontrava teria oferecido insistentemente que a depoente comesse frutas, pois seriam “festa pra Jesus”, mas após a negativa da mesma, Sirleide se ofereceu para preparar café para todas, após o que a depoente começou a se sentir estranha, com os olhos muito pesados, comentando que estaria “ficando ruim”, ao que a corré Elza teria dito “Ih, Sirleide, a Má está ficando doida como nós”, após o que a depoente se benzeu e retornou à sua casa com sua filha, e logo se deitou na cama, não se recordando sequer de pegar no sono, acordado no dia seguinte após dormir a noite toda do jeito que “caiu na cama”, nunca tendo dormido daquele jeito, pois sempre acorda com qualquer barulho, tendo isso ocorrido na noite de sábado para domingo. Relatou ainda que ao levantar-se na segunda de manhã ouviu as corrés falando em línguas, e pouco tempo depois escutou o pai e a avó da vítima gritando, razão pela qual desceu para ver o que se passava ao que foi informada que as corrés teriam matado a vítima.



Já, Suellen, irmã da ré Sirleide, em seu depoimento em juízo declarou que sua irmã era evangélica e frequentava uma igreja no Morumbi, e uma Igreja Batista do povo, e que era amiga da corré Elza, a qual teria inclusive “levado” a mesma para tais igrejas. Mas não soube esclarecer os fatos. Porém, ressalte-se que ao ser ouvida em juízo, a depoente atestou expressamente que na noite de domingo ouviu a vítima gritando “mãe, não faz isso”, e chamando pelo pai, bem como pela ré Sirleide, após o que não ouviu mais nada além das rezas proferidas pelas corrés, e apenas posteriormente é que o pai da ofendida começou a gritar que sua filha estava morta, ao que a depoente entrou no recinto e encontrou a irmã e a ré Elza deitadas no chão do quarto, com os braços tampando os olhos, rezando em línguas estranhas, ao lado de vítima, tendo a depoente tocado na menina e ao perceber que ela estava fria, perdeu os sentidos.

Ao passo que o depoente Carlos, pastor da Igreja Batista, apenas confirmou que as corrés frequentavam a Igreja Batista, mas não estava no país quando do ocorrido, e nada acrescentou acerca dos fatos.

Ainda perante a autoridade policial, diversos vizinhos relataram terem ouvido na noite dos fatos, as rés gritando em rezas incompreensíveis, além da vítima clamando para que a mãe parasse, e chamando pelo pai.

Note-se ainda que ao ser ouvida perante a autoridade policial a recorrente alegou apenas que não se recordava dos fatos. O que repetiu em juízo, ressaltando inclusive que apenas veio a saber do falecimento da vítima dias depois, fato que não convence, pois como consta dos depoimentos das testemunhas a apelante ainda se encontrava no quarto quando a vítima foi encontrada morta, e ali permaneceu até a chegada da polícia e peritos.

Ora, não consta dos autos qualquer indicativo que a ofendida sofresse de distúrbios mentais, ou súbitas perdas de consciência e memória. Sendo assim, pouco crível que a mesma não se recorde dos fatos, tratando-se de simples rusga a fim de se eximir da culpa pela atrocidade cometida.

Dessa forma, restou clara a autoria da asfixia que levou a vítima ao óbito.

Também é indubitável a existência de motivo torpe, no caso em tela, estando tal qualificadora evidenciada pelo fato de ter sido o delito praticado em razão da ré e a corré Elza estarem praticando um culto, visando exorcizar os “demônios” existentes na casa, e assim vieram a “sacrificar” a menina como suposta “prova de amor”, como bem mencionado nos testemunhos colhidos nos presentes autos.

Em face dessa situação, é cristalino o motivo que levou os jurados a olhar a atitude da apelante, como de profundo desvalor ético, capaz de causar vívida repulsa. Afinal, buscar tirar a vida de uma criança inocente, em verdadeiro ritual de sacrifício humano, é conduta que pode ser entendida como altamente censurável, pelo nenhum apreço à pessoa da vítima, atingindo, assim, as raias

da torpeza.

Nesse sentido:

*“A interpretação deixada ao entendimento dos jurados de que a motivação da conduta homicida era torpe, porque a vingança, por mera desavença pretérita, pareceria sentimento abjeto e altamente censurável, não pode ser entendida, agora, como manifestamente contrária ao conteúdo de provas do processo. É admissível que alguém sinta repugnância pela conduta do agente, porque este foi capaz de retirar uma vida humana pelo sentimento mesquinho de vingança, simplesmente levado por uma desavença anterior. Ao assim decidir, o Conselho de Sentença o fez atendendo a livre convicção de seus componentes e, apenas, cumpriu a tarefa constitucional que lhe fora conferida, não havendo razão para que se anule o julgamento, sob o pretexto de decisão manifestamente contrária à evidência dos autos.”* (Rev. Crim. 485.130.3/2, de Penha de França).

Por sua vez o emprego de meio cruel restou igualmente comprovado nos autos, pois, conforme relatado, a vítima foi asfixiada, tendo gritado por ajuda e implorado para que as corréis parassem de machucá-la. Circunstâncias que ocasionaram excessivo sofrimento impingido a ofendida.

Também é indubitável a existência da qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da ofendida, pois, conforme relatado, a vítima, criança de apenas seis anos, foi confinada em um quarto com duas mulheres adultas, as quais em ritual religioso, ceifaram sua vida.

Depreende-se da prova amealhada nos autos, que de forma covarde, a fim de praticar sua religião, a ré e sua comparsa Elza, trancaram-se em um quarto na companhia da ofendida, e passaram a proferir orações, e em determinado momento asfixiaram a vítima, mesmo após a mesma ter implorado por ajuda.

Ora, o fato de ter sido atacada por duas mulheres adultas em conjunto, sendo uma delas inclusive sua genitora, não permitiu a ofendida qualquer possibilidade de revide, mostrando-se mais do que suficiente para a configuração da qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Eis que, com o devido respeito aos argumentos apresentados pela combativa defesa, restou claro que o júri optou por uma das versões reproduzidas nos autos, pois ao decidir pela condenação da apelante, reconheceu a existência de prova da materialidade delitiva, da autoria, e das qualificadoras (motivo torpe, meio cruel e meio que dificultou a defesa), assim, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, por não ser esta arbitrária ou sem apoio em prova alguma.

Ora, era lícito aos jurados tomar como verdadeiras ou não as declarações que desfavoreceram a recorrente, sem que isso configurasse decisão manifestamente contrária à evidência dos autos, como pretendido em recurso de apelação.

Não é correto se afirmar que a decisão condenatória é manifestamente contrária às provas feitas nestes autos, pois, havendo, de um lado, a palavra das testemunhas, e de outro, a palavra da apelante, em clara divergência, ao júri era possível optar entre uma dessas versões probatórias.

Desta forma, no caso em tela não se pode falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos, porque os jurados, por votação majoritária (fl. 836/836v), em pleno exercício da soberania garantida pela Constituição Federal Brasileira, acolheram a versão acusatória, rejeitando, portanto, a tese contrária em que se apoiou a defesa.

Se revelando impossível absolver o apelante, conforme a versão aceita pelo Conselho de Sentença, em consonância com as provas apresentadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, garante a soberania dos veredictos como um direito intrínseco à instituição do Júri. Em obediência a tal determinação, deve-se restringir ao máximo a interpretação dada aos casos de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de se ignorar o dispositivo constitucional, apenas por não se estar satisfeito com o veredicto do Conselho de Sentença.

Nesse sentido, tem-se:

*“(...) Decisão dos jurados não se anula, exceto se proferida contra a evidência dos autos, pois tem por si a força do preceito constitucional da soberania dos veredictos do Júri, que lhe assegura a imutabilidade (art. 5º, XXXVIII, ‘c’, da Constituição Federal). ‘Manifestamente contrária à prova dos autos’ é somente a decisão que neles não depara fundamento algum, constituindo por isso formidável desvio da razão lógica e da realidade processual” (RvCr 441.009-3/9-00 - 3º Grupo de Câmaras rel. Carlos Biasotti, in RT 855/583).*

*“decisão manifestamente contrária à prova dos autos, apta a ensejar a anulação do Júri, é aquela que não tem apoio em prova nenhuma dos autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou a justificá-la, qualquer dado indicativo do acerto da conclusão adotada, e não, ao contrário, aquela que se assenta em alguns, ainda que poucos, elementos de convicção, em pormenores razoavelmente evidenciados pelas provas dos autos” (TJSP, RT 746/580).*

Portanto, ao Tribunal *ad quem* cabe apenas verificar se o veredicto popular é manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, se colide ou não com as provas apresentadas. E, desde que a solução adotada tenha suporte em vertente probatória, deve-se acatá-la, sem se examinar minuciosamente as versões acusatória e defensiva, porque o mesmo já foi realizado pelos juízes de fato, verdadeiros detentores da competência de julgar crimes dolosos contra a vida, conforme disposto na Constituição Federal Brasileira.

É, portanto, inviável a cassação da decisão condenatória, pois a referida não se desgarrou do acervo probatório.

Este é o entendimento jurisprudencial que prevalece no Egrégio Tribunal

de Justiça de São Paulo:

*“a decisão do júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente divorciada do conjunto probatório”* (RT 626/290).

*“Não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os Jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente”* (TJPR AP Re. Mário Lopes RT 590/405).

*“É pacífico, hoje, que o advérbio “manifestamente” usado pelo legislador no art. 593, III, “d”, do CPP, dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão Conselho de Sentença for arbitrária, por se dissociar inteiramente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, por supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões apresentadas”* (TJSP AP Rel. Álvaro Cury RT 595/349).

Sendo assim, estando a condenação longe de afrontar as provas coligidas, ao contrário, encontrando-se em harmonia com interpretação possível do conjunto probatório carreado aos autos, em obediência ao princípio constitucional da soberania do júri (art. 5º, inciso XXXVIII, letra “c”, da CF), o veredicto do Corpo de Jurados deve ser preservado.

No tocante a fixação da pena, agiu corretamente o M.M. juízo *a quo*, posto que 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. Tendo a pena-base da ré sido corretamente estabelecida acima de seu patamar mínimo legal, vez que a ré, em conjunto com a corré Elza, trancafiaram a vítima em um quarto durante diversas horas, durante as quais entoaram orações atemorizando a menor, que então despiram e asfixiaram, ignorando seus clamores por ajuda. Não obstante, se está diante de um delito de homicídio triplamente qualificado, devendo uma das circunstâncias agir como qualificadora propriamente, atuando as outras como circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Em seguida, a pena foi acrescida na fração de  $\frac{1}{4}$ , ante a presença da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, tendo em vista que a ofendida era uma criança de apenas seis anos de idade.

Totalizando assim vinte e seis anos e três meses de reclusão, pena essa que se tornou definitiva, ante a ausência de causas modificadoras. E, portanto, não comporta qualquer reparo.

Por fim, o regime prisional fechado é o único adequado para o início do cumprimento da pena, na espécie, diante de expressa previsão legal.

Por tais razões, pelo meu voto, conheço da presente apelação, porém,

afastadas as preliminares, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a r. decisão, por seus próprios fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011322-10.2015.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante GILSON DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “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 26.999)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

EDISON BRANDÃO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO – CORRUPÇÃO ATIVA – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Absolvição – Impossibilidade – Firmes e seguras palavras dos policiais, dignas de fé pública, não maculadas pelas desencontradas negativas de autoria – Dosimetria – Pena mínima – Insuficiência – Consequências gravosas da conduta – Substituição – Pena de multa fixada sem justificativa – Redução – Necessidade – Depois de explicar a manutenção da pena pecuniária no mínimo, sem qualquer esclarecimento, a multa substitutiva foi aplicada de modo excessivo, cabendo observar-se o mesmo critério – Recurso defensivo parcialmente provido, somente para redução da pena de multa, aplicada cumulativamente, em substituição à pena corporal.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **GILSON DOS SANTOS** contra a r. sentença de fls. 269/280 que o condenou por incursão ao art. 333,

parágrafo único, do Código Penal, a **03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade cumulada com multa de 05 salários mínimos, mais 14 dias-multa, no mínimo.**

Consta da denúncia, resumidamente, que no ano de 2012, o réu ofertou e prometeu, por intermédio de interposta pessoa (representantes da autoescola Bom Preço), vantagem indevida a agentes administrativos do CIRETRAN para determina-los a praticar ato de ofício, consistente na emissão de CNH sem a necessidade de submissão aos devidos exames, o que de fato ocorreu. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, precisamente entre os meses de maio a setembro daquele ano, novamente por intermédio da mesma pessoa jurídica, GILSON ajustou para que eles inserissem dados falsos nos sistemas e bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para ambos (fls. 01/03).

Inconformado, reclama que apesar da confissão, não existe prova suficiente de autoria, já que não ficou provado que tivesse ofertado ou prometido qualquer vantagem indevida aos agentes administrativos, que sequer conhecia, nem que tenha com eles combinado a inserção de dados falsos nos sistemas informatizados e banco de dados da Administração Pública. Alternativamente quer que, ao contrário do que ocorreu na r. sentença, o crime de corrupção passiva é que seja absorvido pelo de inserção de dados falsos e, ainda, a redução das penas ao mínimo legal, sobretudo a prestação pecuniária, que entende desproporcional e desarrazoada (fls. 298/315).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 321/325), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 328/337).

Relatei.

As atas dos exames de direção realizados na época em que o réu alega ter se habilitado (fls. 26/34), bem como as listas com as datas de emissão das CNH (fls. 49/53), nos quais seu nome não consta e cópias do seu processo de habilitação (fls. 35/43), além dos autos de exibição e apreensão (61/62) atestam a indiscutível materialidade delitiva.

Com a autoria, malgrado o esforço defensivo, não foi diferente, saltando ela nítida da prova oral, sobretudo a colhida e armazenada nas mídias digitais que acompanham os autos.

Alexsander Bertucchi Dourado explicou que ao assumir a diretoria da Ciretran passou a analisar casos suspeitos, tendo constatado que os exames a que GILSON deveria ter se submetido não foram localizados nas atas e, ainda, que seu nome não constava na lista de presença. Descobriu, ainda, que embora existisse um processo de habilitação com uma ficha marcando seus exames, ela estava em branco e, por isso, a CNH dele foi cancelada. Explicou, ainda, ter encontrado irregularidades o sistema informatizado com algumas situações

em que constava a realização de exame sem que a pessoa tivesse se submetido aos procedimentos exigidos em lei. Questionado pelo MP sobre os métodos utilizados para descobrir as fraudes, explicou ter observado as atas de dias anteriores e posteriores àquele em que GILSON disse ter feito a habilitação, sem, entretanto, encontrar o nome dele. Relatou, ainda, que sem a participação de funcionários e da autoescola o crime não aconteceria.

O Delegado de Polícia Sivaldo Rodrigues Junior presidiu o inquérito que apurou emissões fraudulentas de CNH e, na ocasião, pediu o processo de habilitação do réu, notando a ausência de prova escrita, anotações na ficha de exame (que estava em branco) e, analisando a ata dos exames, constatou que ele não havia participado do exame teórico. Ouvido, disse ter feito o exame na própria escola, o que não é possível. Informou, ainda que o réu estava entre dezenas de outras pessoas que conseguiram a habilitação de modo fraudulento e que os agentes administrativos foram identificados e processados, inclusive o Delegado de Polícia, diretor da CIRETRAN. Explicou, ainda, que o livro de ata ia até uma certa data e o exame prático do réu era posterior, não sendo possível esclarecer se havia ata, mas como havia vários exames com datas posteriores, nenhuma com o nome dele, teve certeza de que não fez os exames.

Regina Kurak Lozzi da Costa, escritã da Polícia Civil, confirmou que após o cumprimento de mandado de busca e apreensão, confrontou os documentos com o livro ata, tendo constatado a inserção de dados falsos no sistema informatizado. Explicou, ainda, que no dia marcado como da realização do exame teórico, não houve exame e que o prático não constava das listas. Asseverou, ainda, que como processo de habilitação não estava instruído com certificado das aulas práticas, nem a prova escrita, não há como ele ter realizado os exames exigidos em lei.

As palavras dos policiais e testemunhas, que não conheciam previamente o réu e trouxeram depoimentos afinados, todos indicando a impossibilidade da realização, por GILSON, dos exames necessários para sua habilitação, não podem ser desprezadas e formam conjunto probatório firme e seguro, apontando a responsabilidade criminal do apelante.

GILSON, na Polícia, alegou ser habilitado pelo Ciretran de Presidente Epitácio por intermédio da Autoescola Bom Preço, ao custo de R\$ 1.050,00, explicando ter tratado diretamente com a secretária do estabelecimento que frequentou por 9 dias para realização do curso teórico, feito com o Sr. Cabreira. Afirmou, ainda, recordar-se de ter feito um exame na sede da Ciretran, bem como a prova prática perto de um ginásio de esportes, embora não se lembrando da data de nenhum deles. Asseverou, por fim, ter feito 20 aulas práticas (fls. 60/61).

Em juízo voltou a negar a prática criminosa alegando que o frigorífico



em que trabalhava pediu que tivesse CNH e, por isso, conversou com “a moça” que lhe deu um papel para ir no Detran onde tirou a foto e, no dia seguinte, foi aprovado no médico, trazendo os papéis. A partir daí fez 9 dias de aula teórica, pela manhã, das 7h às 13h, de 2ª a 6ª feira e, ainda, estudava em casa por um livro. Explicou que a sala ficava no fundo da autoescola, em frente à pizzaria e que foi lá “umas 40 vezes” até ser aprovado pelo Sr. Camilo, no Detran.

Questionado por sua defesa repetiu que fez aulas teóricas, foi aprovado e fez 20 aulas de carro e 20 de moto, inclusive noturnas. No dia do exame prático, que realizou ao lado da quadra coberta, fez algumas manobras: garagem, estacionamento, rua, estacionou, desceu ruas, fez rampas, estacionou de novo e desceu. Disse que o examinador chamou outra pessoa e depois perguntou a ele se havia sido aprovado, recebendo resposta positiva. Afirmou, ainda, que um funcionário do Detran o acompanhou no teste e que o exame prático de moto foi feito no mesmo local - fez o percurso, estacionou e avisaram, marcando na prancheta, que ele passou. Cerca de 3 dias depois avisaram na autoescola que a CNH estava pronta.

Percebendo incongruências, a culta magistrada perguntou sobre o horário das aulas noturnas, pois havia informado que trabalhava no frigorífico durante a noite, tendo ele dito que as aulas aconteciam das 19h às 20hs e que esqueceu de contar que na ocasião havia sido transferido para o turno do dia, mas na sequência alegou que lhe deram atestado das aulas que fez à noite e que, por isso, não teve desconto de salário. Questionado, ainda, sobre a necessidade de ser habilitado, já que trabalhava como “desossador” no frigorífico, disse que se mudou para longe da empresa, em local onde o ônibus não o buscava. Afirmou, por fim, não lembrar o nome do instrutor que o submeteu a exame.

Suas contraditórias explicações, primeiro informando que sua empresa pediu que fosse habilitado e, depois, que resolveu se habilitar porque se mudou para longe, informando, ainda, horário de trabalho incompatível com a frequência noturna às aulas, todas desacompanhadas de qualquer outro elemento de convicção, foram insuficientes para macular a prova acusatória.

Não explicou, ainda, o motivo de ter se habilitado, também, para a condução de motocicletas depois de ter alegado que “iria comprar um carrinho para ir trabalhar”, não tendo trazido, por fim, uma só testemunha de que frequentou a escola ou realizou os exames.

As provas, portanto, formam terreno firme e seguro não só para a edição do decreto de rigor, como para sua manutenção nos moldes em que lançado.

A alegação de inexistência de provas de que tivesse ofertado ou prometido vantagem indevida aos agentes administrativos, que sequer conhecia, ou que tenha com eles combinado a inserção de dados falsos nos sistemas informatizados e banco de dados da Administração Pública é insuficiente para descaracterizar o

crime, pois como sabido, o oferecimento ou a promessa de vantagem pode ser feita por interposta pessoa, exatamente como ocorreu na presente hipótese.

Não há dúvidas de que ao contratar a autoescola para “comprar” sua CNH, o réu usou interposta pessoa para determinar os agentes públicos (identificados e punidos, diga-se de passagem) a praticar ato de ofício consistente na autorização para emissão da carteira de habilitação, pouco importando tenha tido ele, ou não, contato pessoal com os funcionários.

Incabível, ainda, falar-se em absorção do crime de inserção de dados falsos em sistemas de informação pelo de corrupção, já que a inserção foi o meio para a obtenção da CNH como, aliás, bem explicado no juízo de origem.

As penas, dosadas com critério e justificação, não merecem modificação, mostrando-se insuficiente, como pleiteado, que a pena-base seja mantida no mínimo legal.

Como bem asseverado, as consequências da conduta são por demais gravosas, pois o réu alcançou habilitação sem ter sido preparado e testado pelas autoridades de trânsito, passando a conduzir veículos automotores com a geração de perigo a incolumidade pública e, por isso, mostrou-se adequada a exasperação que, aliás, foi de somente 1/8.

Acertado, ainda, o acréscimo em 1/3, como previsto no parágrafo único, já que o funcionário praticou o ato de ofício infringindo dever funcional, chegando a reprimenda, em definitivo, a 03 anos de reclusão, mais 14 dias-multa, no piso.

A alegação de tal circunstância não foi descrita na denúncia não pode ser acolhida, sendo desnecessário, como alega a combativa defesa, que o parágrafo único esteja expresso, pois é sabido que o réu se defende dos fatos e não da capitulação.

Cumpridos os requisitos legais, correta a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos cabendo, entretanto, pequena modificação.

A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços a comunidade, cumulada com multa de 05 salários mínimos.

Ocorre que essa multa foi fixada sem qualquer justificativa, logo depois de ter sido estabelecida pena pecuniária em seu patamar mínimo, por se tratar o réu de *“pessoa desempregada e com poucos recursos financeiros”* (sic).

Necessário, portanto, fixar a multa alternativa, com os mesmos critérios da pena pecuniária.

Posto isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta para, mantida a condenação de GILSON DOS SANTOS pela incursão ao art. 333, parágrafo único, do Código Penal, a 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade, reduzir a pena de multa a 10 dias, mantendo, ainda, os 14 dias-multa originais, ambos no mínimo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002660-05.2015.8.26.0369, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FÁBIO HENRIQUE MALZONE.

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a r. sentença absolutória de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

PAULO ROSSI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO MINISTERIAL – HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 121, § 3º E § 4º DO CP) – CONDENAÇÃO NOS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA – impossibilidade – inexistência de erro grosseiro – provas insuficientes da culpa do apelado – aplicação do princípio do *in dubio pro reo* – absolvição mantida.**

**Recurso improvido.**

### VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público, contra a r. sentença datada de 12 de janeiro de 2017, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Monte Aprazível, que absolveu o réu Fábio Henrique Malzone da imputação do artigo 121, § 3º e 4º, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 358/360).

Inconformado, reclama o Ministério Público a reforma da sentença para condenar o apelado nos exatos termos da inicial (fls. 370/383).

Em contrarrazões, a d. Defesa sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 386/396).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 402/414).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 17 de maio de 2011, às 18hs20, na Santa Casa de Misericórdia de Monte Aprazível, localizada na Rua São João, nº 729, na cidade e comarca de Monte Aprazível, Fábio Henrique Malzone e Cassiano da Silveira, em concurso, um aderindo à vontade do outro, mediante imprudência do primeiro, consistente em indicar e realizar procedimento cirúrgico complexo em unidade hospitalar sem Unidade de Terapia Intensiva (apenas unidade intermediária); e o segundo agiu com negligência, consistente em deixar de utilizar os cuidados pré e pós-operatórios, conforme dispõe a Resolução CFM 1.802/06, contribuindo ambos para a morte de Sílvia Akemi Hashimoto Barreto (certidão de óbito de fls. 84).

Segundo o apurado, a vítima já era paciente do réu Fábio Malzone, cirurgião plástico, e o procurou para fazer os procedimentos estéticos de lipoaspiração, dermolipectomia e substituição de prótese mamária. O réu Fábio Malzone, com consultório na cidade de São José do Rio Preto, indicou a Santa Casa de Monte Aprazível, explicando aos familiares e à paciente que o referido hospital dispunha de recursos e pela confiança que ele depositava no anestesiológico.

Assim, no dia do fato, a vítima foi submetida à anestesia peridural alta sob sedação durante 3hs e 30min, pelo médico Cassiano da Silveira, e o procedimento cirúrgico foi realizado pelo apelado Fábio, na Santa Casa de Monte Aprazível. No entanto, apurou-se que a vítima não se submeteu ao procedimento pré-operatório adequado, pela não realização do questionário pré-anestésico pelo anestesiológico, tampouco recebeu o pós-operatório adequado, pois não houve o devido acompanhamento do anestesiológico do centro cirúrgico até a alta médica, em desacordo com a Resolução CFM 1.802/06.

O médico, Cassiano da Silveira, sem especialidade teórica na área de anestesiologia, não acompanhou devidamente a paciente, que evoluiu progressivamente para depressão respiratória grave e conseqüente óbito. Ademais, não houve o encaminhamento do corpo da vítima ao Instituto Médico Legal, por aconselhamento do réu Cassiano, de acordo com a família da vítima.

Outrossim, foi constatado na sindicância do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (fls. 151/165) que a Santa Casa de Monte Aprazível possuía poucos recursos estruturais e humanos, bem como a ausência de Unidade de Terapia Intensiva, de modo que o hospital não tinha condições de recuperação pós-anestésica de acordo com o RDC 50 ANVISA de 2002.

No entanto, ainda, assim, houve o encaminhamento da paciente pelo apelado Fábio Malzone para realização do procedimento cirúrgico naquele hospital.

Desse modo, os réus concorreram culposamente para o óbito da vítima, e

o crime resultou de inobservância de regras técnicas de produção, consistentes nos artigos 1º e 32, do Código de Ética Médica, pelo apelado Fábio, e nos arts. 1º e 18, do mesmo Código, pelo réu Cassiano, além da Resolução CFM 1.802/06 e RDC 50 ANVISA de 2002.

A denúncia foi oferecida em 05 de junho de 2013 (fls. 01-D/04-D) e recebida em 13 de junho de 2013 (fls. 74).

Tentada, sem sucesso, a citação pessoal do réu, fora determinado seu chamamento por edital (fls. 177/178). Decorrido *in albis* o prazo editalício (fls. 179), fora determinada a suspensão do feito, nos termos do artigo 366 e 396, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, dando-se prosseguimento ao feito com relação ao corréu Cassiano (fls. 180).

O processo foi desmembrado com relação ao apelado em 25 de fevereiro de 2015 (fls. 221).

Com o oferecimento de defesa prévia do réu Fábio (fls. 242/267), foi revogada a suspensão do feito em 30 de novembro de 2015 (fls. 268).

A r. sentença foi publicada em 16 de janeiro de 2017 (fls. 361).

A materialidade do fato está comprovada boletim de ocorrência (fls. 07/08), ficha de internação e demais documentos da Santa Casa de Misericórdia de Monte Aprazível (fls. 10/17), certidão de óbito (fls. 34) e documentos do Conselho Regional de Medicina (fls. 79/160), além da prova oral produzida nos autos.

A culpa do apelado, entretanto, não restou cristalina na prova produzida nos autos, assim como também entendeu o d. Magistrado de Primeiro Grau.

O apelado, sempre que interrogado, negou a culpa que lhe é atribuída.

Na polícia disse que é médico especializado em cirurgia plástica e a vítima era sua paciente há cerca de oito anos, tendo inclusive realizado um implante de prótese nos seios no primeiro ano de atendimento. Informou que a vítima, para a realização dos procedimentos da troca de prótese nos seio e abdominoplastia, realizou todos os exames necessários, estando apta para a cirurgia. Esclareceu que o procedimento foi rápido com a duração de aproximadamente 3hs15 e não houve nenhuma intercorrência. Após a realização do ato, a paciente foi encaminhada para a sala de recuperação, oportunidade em que chegou a conversar com ela, que ainda estava sonolenta e, em seguida, ficou aos cuidados do Dr. C. Aproximadamente três horas após deixar o hospital, foi informado por este e pelo Dr. C do óbito da vítima. O anestesista disse que já havia conversado com a família e assinado o atestado de óbito. Disse, ainda, que chegou a comentar com o corréu C. da necessidade de encaminhar a paciente ao Instituto Médico Legal para fazer autópsia e achou estranho ele ter atestado que a vítima faleceu em razão de uma embolia pulmonar, mas no momento do óbito não era responsável pela paciente que estava sob os cuidados do médico anestesista (fls. 27/v.).

Perante o contraditório, confirmou o que já havia dito perante a autoridade policial, acrescentando que trabalhou neste Hospital desde 1996, sempre fez cirurgias plásticas em Monte Aprazível e quando realizou a cirurgia na vítima havia uma UTI montada com médico responsável e equipamentos necessários para a cirurgia que fora realizada, chamada de porte médio. Informou sempre acompanhar os pacientes até estarem em condições de deixar aos cuidados do anestesista. Antes de realizar a cirurgia, a paciente realizou todos os exames necessários, tais como de sangue e cardiológicos. Disse acreditar que o óbito da paciente se deu em razão de excesso de sedação pelo anestesista, que “perdeu a mão” na hora de entubar. Mencionou que ao ser avisado do óbito pelo médico anestesista, pediu que fosse feito o exame no Instituto Médico Legal para saber o motivo do óbito, mas foi informado por ele de que já havia fornecido o atestado de óbito para a família, sem que fosse realizado qualquer exame posterior (mídia digital de fls. 282).

A testemunha Liliane, gerente de enfermagem, disse que participou do pós-operatório e recebeu a paciente na UTI. Explicou que aquele setor chamado de UTI tinha todos os equipamentos necessários para o monitoramento dos pacientes, mas não tinha médico intensivista. Citou alguns equipamentos médicos existentes na unidade, tais como respirador, monitor, desfibrilador, material para intubação e gasometria. Afirmou que a vítima foi última paciente do apelado naquele dia. Contou que o apelado realizou várias cirurgias no Hospital e nunca houve intercorrências. Terminada a cirurgia, o apelado liberou a paciente para os cuidados do anestesista e foi para seu consultório. Asseverou que este é o procedimento normal nestas cirurgias. As cirurgias eram precedidas de uma prévia entrevista com o anestesista. Disse ter chamado o corréu C quando percebeu que a pressão da paciente estava baixa e ele a medicou, depois foi embora porque terminou seu turno e não soube dizer se houve contato entre os médicos. Chegou a ter acesso ao prontuário médico da paciente, mas não se recordou da existência de exames pré-operatórios. Disse que quando saiu da cirurgia a paciente estava sonolenta, mas não tinha palidez, cianose (arroxamento das extremidades) e como foi uma cirurgia “de tempo”, levou o marido para vê-la e ele disse como ela estava bonita. Não tinha nada naquele momento que dizia que a vítima iria chegar a óbito (mídia digital de fls. 282).

A testemunha de defesa Ozidia, auxiliar de enfermagem, participou da cirurgia “circulando a sala”. Anotou no prontuário as medicações que a paciente tomou. O prontuário ficava mais na mão do anestesista. O Hospital tinha uma UTI, sem médico intensivista, mas com os equipamentos básicos. Não soube informar se após a visita do CRM a UTI foi desativada. Durante a cirurgia não houve nenhuma intercorrência, correu tudo normalmente. Não ficou com a paciente após a cirurgia. Nunca soube de nada que desabonasse a conduta médica do apelado durante o tempo em que ele trabalhou no Hospital. Naquele

hospital eram realizadas muitas cirurgias, mas não soube dizer se eram de médio ou grande porte (mídia digital de fls. 282).

As testemunhas de acusação, Júlio (marido) e Natália (filha) da vítima, disseram que foi o cirurgião plástico que indicou a Santa Casa de Monte Aprazível para a realização do procedimento, dizendo que o local era aparelhado e o anestesista era muito experiente. Contou que sua esposa não passou em consulta com o anestesista. Foram realizados todos os exames pré-operatórios, a vítima passou por cardiologista, estava tudo correto e foi tudo encaminhado para o cirurgião. Houve recomendação do cirurgião para a aquisição de uma cinta e uma meia para uso durante a cirurgia. Durante o tempo em que permaneceram no quarto, não houve a visita de nenhum médico e a vítima não respondeu a nenhum questionário. O médico era de confiança e a mãe e a filha eram pacientes dele. O marido disse que em nenhum momento após a cirurgia viu a esposa consciente. Depois de tanto buscar notícia, a enfermeira Liliane o levou até o local onde estava sua esposa, *mas ela estava sedada numa sala sem acompanhante ou aparelhos monitorando suas funções vitais*. Achou que ela estava roxa e que estivesse acontecendo alguma coisa errada, mas a enfermeira disse que a vítima havia tomado um remédio para dor e por isso estava dormindo. Depois de um tempo, o réu C deu a notícia do falecimento de sua esposa, dizendo que tentou reanimá-la, mas não conseguiu. O corpo foi liberado. Ninguém lhe informou acerca de um possível exame após o óbito. Em momento posterior ao óbito, veio novamente a Monte Aprazível acompanhado da filha Natália e foram informados pelo anestesista que a paciente, logo após a cirurgia, queixou-se de dor e foi medicada com um medicamento de nome Fentamil (mídia digital de fls. 306).

A filha da vítima, por ser médica veterinária e conhecer o medicamento, indagou ao médico se esse medicamento não poderia ter baixado a pressão da vítima e indagou o porquê, no momento da aplicação, ela não estava entubada, como deveria ser. E ele informou que deu uma dose pequena e bem devagar e, após, fez traqueostomia. Estranhou tão situação porque se o local fosse bem aparelhado, a vítima deveria ter sido entubada. O corpo foi liberado, sem ser encaminhado para o IML e o médico disse que “achava” ser embolia pulmonar. Esclareceu que não estava presente no dia da cirurgia (mídia digital de fls. 306).

A testemunha de defesa Isabel Cristina Faquini, secretária do apelado por cinco anos, relatou que obrigatoriamente todos os procedimentos cirúrgicos eram antecedidos de exames pré-operatórios e afirmou que, no caso da vítima, foram pedidos esses exames. Esclareceu que foi escolhida a Santa Casa de Monte Aprazível porque era mais próximo para a vítima. O médico atendia na cidade e em local próximo ao hospital. Contou que era usual após os procedimentos cirúrgicos que o médico F passasse no consultório. Não se recordou de nenhum telefonema dando conta do óbito da paciente para o consultório (mídia digital



de fls. 321).

O depoimento do corréu anestesista C nos autos nº 214-77.2011.8.26.0369, também demonstra que a cirurgia realizada pelo corréu F ocorreu normalmente e após o término a vítima deixou a sala de operações em estado normal, consciente, mas sonolenta, respirando bem e com a pressão arterial normal. Foi levada a UTI para permanecer em recuperação. O corréu F, cirurgião plástico, após o término da cirurgia foi ao seu consultório atender seus pacientes. Além disso, afirmou que todos os exames necessários foram requeridos e constavam que a paciente estava apta para a cirurgia (fls. 23/24).

É cediço, que a questão posta em julgamento revela-se deveras delicada, porquanto a imputação de responsabilidade penal, nos casos de prática médica, exige prova inabalável acerca da existência da culpa *stricto sensu* do profissional da medicina.

Em casos dessa natureza, para que o médico responda por homicídio culposo, além da comprovação da materialidade e da autoria do delito, é preciso que ele tenha praticado uma conduta (ação ou omissão) violando o seu dever de cuidado e que dessa violação tenha advindo à morte da vítima, ou seja, deve estar efetivamente demonstrado o nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo agente e o resultado fatal, não se admitindo presunções, por mais profundo que seja o pesar e a indignação que a morte possa causar.

E no caso em exame, bem analisado o conjunto probatório não se evidencia, com a certeza que uma condenação criminal exige, o nexo de causalidade entre o resultado morte e a negligência do apelado.

Durante a cirurgia realizada pelo apelado F não houve nenhuma intercorrência, segundo se depreende da prova vencedora, especialmente dos depoimentos de Gerente de Enfermagem Liliane e da auxiliar de enfermagem Ozidia.

Após o término da cirurgia, a vítima apresentava sonolência, mas os demais sinais vitais estavam dentro da normalidade.

Este era o quadro que se apresentava no momento em que o apelado deixou o Hospital e passou a paciente aos cuidados do corréu C que seria o responsável pelo atendimento a partir de então.

Segundo o depoimento das funcionárias a sala onde permaneceu a paciente após o pós-operatório não possuía todos os aparelhos de uma UTI completa, mas contava com o básico necessário para a cirurgia realizada pela paciente, somente não contando com o médico intensivista, cuja função, no caso, seria do corréu C.

Além disso, foram unânimes em afirmar que naquele hospital eram realizadas diversas cirurgias por dia, inclusive o próprio apelado já havia realizado inúmeras, sem que nenhuma intercorrência como este tivesse acontecido.

Acrescente-se, que a própria vítima e sua filha, a testemunha Natália, já eram pacientes do apelado, tendo, inclusive, realizado procedimentos anteriores com ele, onde tudo correu dentro da normalidade.

E mais. Todos os exames pré-operatórios foram solicitados e realizados. Tudo a comprovar que a cirurgia foi marcada com a margem de segurança necessária para sua realização.

Assim, o que se vê dos autos é que não restou comprovada, repita-se, com a certeza que requer uma condenação criminal, que o recorrido tenha agido com culpa, na modalidade imprudência, ou que tenha inobservado o dever de cuidado objetivo quando realizou a cirurgia plástica no hospital, o que seria imprescindível para a configuração do delito.

A prova testemunhal produzida em Juízo, não resolveu a questão de forma eficaz, de modo a concluir que o acusado agiu com imprudência.

A propósito:

*HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE E PREVISIBILIDADE OBJETIVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. A imputação de responsabilidade penal, nos casos de homicídio oriundo de erro médico, ou de prática médica imprudente ou negligente, desafia prova robusta, concreta na ciência da culpa stricto sensu do profissional da medicina, o que não se verifica no caso em apreço, restando incomprovado o nexo causal entre a conduta do agente e o evento lesivo, bem como a inobservância dos deveres objetivos de cuidado, razão porque deve-se manter a absolvição firmada. 2. Recurso desprovido. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.01.013155-5/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, p. 27.10.2008).*

*PENAL-PROCESSOPENAL-ERROMÉDICO-HOMICÍDIO CULPOSO - NEGLIGÊNCIA - CARÊNCIA DE PROVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Para a configuração da autoria de homicídio culposo, imputado a médico, no exercício da profissão, é necessária prova robusta da existência de culpa na causalidade do evento. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0452.01.002981-0/001, Rel. Des. Antônio Eli Lucas de Mendonça, p. 18.06.2008).*

A acusação de homicídio, grave por si só, assume especial relevo quando, como no caso, dirigida a um médico, no exercício profissional da medicina. Daí a razão jurídica, e lógica, de se exigir a prova cabal, plena, segura e certa da existência da culpa na causalidade do evento, o que não se vislumbrou *in casu*.

Nestes termos, cabia ao Ministério Público comprovar que a morte da vítima decorreu de uma conduta culposa do acusado, ônus do qual não se desincumbiu. No máximo, permanece a dúvida e a sentença condenatória exige absoluta certeza, razão pela qual se impõe a absolvição.

Não se pode olvidar que a condenação penal deve estar embasada em provas que permitam ao julgador formar um juízo de convencimento certo,

sendo que meros indícios cedem espaço ao princípio do *in dubio pro reo*.

Dessa forma, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, impõe-se a manutenção da absolvição do apelado em relação ao delito previsto no artigo 121, § 3º e 4º, do Código Penal, conquanto não demonstrada a conduta culposa necessária a embasar a condenação.

3 – Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a r. sentença absolutória de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000035-29.2015.8.26.0585, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante JACINTO BELO SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao apelo, para decretar-se a absolvição do acusado com base no art. 386, VI e VII, do CPP. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

IVAN SARTORI, Relator

**Ementa: Apelação defensiva – Réu denunciado por homicídio duplamente qualificado tentado – Desclassificação para lesão corporal grave, operada pelo r. juízo na fase de pronúncia, e condenação – Autoria e materialidade demonstradas – Legítima defesa putativa que parece configurada – Dúvida quanto a eventual excesso – Absolvição que se impõe, com base no art. 386, VI e VII, do CPP – Recurso provido em parte.**

### VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 121, § 2º, II e IV, c.c. o 14, II,

ambos do CP.

Sobreveio, na fase de pronúncia, decisão a desclassificar a conduta para a do art. 129, § 1º, II, do Estatuto Repressivo, imposta a pena de 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto (fls. 398/402).

Recorre o sentenciado, buscando a absolvição, firme na tese da legítima defesa (fls. 426/30).

Contrariedade a fls. 432/4.

A Procuradoria de Justiça, em parecer do doutor Augusto Eduardo de Souza Rossini, é pelo desprovimento (fls. 444/8).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

É do caderno processual que o increpado, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, no dia, hora e local indicados na denúncia, desferiu um tiro de arma de fogo contra o último, causando-lhe lesões corporais de natureza grave.

Segundo a denúncia, o réu voltava de uma pescaria na companhia do filho Mateus Rael Bueno de Souza, o qual conduzia o veículo VW/Gol, placas CIO-8614, quando se deparou com o veículo GM/Monza, conduzido pela vítima Aparecido Firmino Rocha.

Aparecido, então, teria efetuado uma manobra considerada perigosa pelo acusado Jacinto, ocasião em que o último gritou para aquele “dá seta, presta atenção”. Na sequência, o ofendido passou a perseguir o carro do increpado, até o momento em que o ultrapassou e provocou uma colisão entre os autos.

Diante da situação, Mateus e Jacinto desceram do VW/Gol, quando o último se apoderou de uma arma de fogo, que estava no porta-malas, e se aproximou da vítima, desferindo dois disparos para o chão.

Aparecido, assustado e desarmado, andou em direção à calçada, tendo sido perseguido por Jacinto que, uma vez mais, disparou a arma de fogo, só que agora na direção do ofendido, atingindo-o no tórax.

Ato contínuo, o acusado colocou o vitimado em seu VW/Gol e o conduziu ao Hospital Regional de Presidente Prudente, onde ele permaneceu internado até conseguir alta hospitalar.

Daí este processo.

Na fase inquisitiva, o réu disse que o filho Mateus conduzia o VW/Gol pela via pública. Voltavam de uma pescaria, quando se depararam com o carro do ofendido, o qual efetuou uma manobra brusca. O depoente, então, reclamou gesticulando e dizendo “dá seta”. Daí, Aparecido passou a persegui-los, até o momento em que ele atravessou a frente de seu auto e causou uma colisão. Desceu do carro, junto com Mateus. O ofendido também desceu do dele, com

as mãos nas costas, num gesto de que estaria armado. As partes passaram a discutir. Então, com medo de seu filho ser ferido, sacou a arma de fogo que tinha na cintura e pediu para que ele lhe mostrasse o que tinha nas mãos. Aparecido continuou com as mãos nas costas, momento em que sua arma disparou. Ato contínuo, revistou a vítima e viu que ela nada escondia. Então, a levou até a Santa Casa para ser socorrida (fl. 11/2).

Em juízo, tornou a dizer que voltava de uma pescaria com o filho Mateus ao volante do VW/Gol, quando se depararam com o GM/Monza do ofendido. Este efetuou uma manobra perigosa, sucedendo que ele, interrogando, reclamou dizendo “dá seta”. Na sequência, a vítima passou a persegui-los. Quando estavam estacionando o veículo, o ofendido colidiu o GM/Monza contra o VW/Gol. Aparecido desceu do carro com as mãos nas costas e lhe disse “repete aí seu filho da puta, o que você disse”. Então, dirigiu-se até o porta-malas do Gol, com a intenção de pular dentro do carro, caso Aparecido disparasse. Como ele não disparou, o depoente sacou a arma de fogo que carregava na cintura e disse “mão na cabeça; quero ver o que você tem nas costas”. Aparecido se afastou e caiu de costas. Mas, continuava com as mãos para trás e não permitia ser revistado. Quando ele, abruptamente, tirou as mãos das costas, o depoente sentiu que sua arma de fogo disparou. Ocorre que todo movimento que Aparecido fazia, sentia medo de ele matar o filho Mateus. Não houve agressão entre as partes. Não conhecia a vítima. É agente penitenciário e tem porte de arma de fogo (mídia de fl. 304).

Já o ofendido, nas oportunidades em que ouvido, relatou que atravessou seu Monza na frente do Gol do acusado, ocasião em que foi xingado de “cornos”. Passou a perseguir o veículo até o momento em que o ultrapassou e colidiram. Quando desceu do veículo, estava com as mãos para trás, arrumando a camisa “para dentro”, o que pode ter levado o denunciado a pensar que estava armado. Porém, logo ele percebeu que o depoente estava desarmado. Então, o réu sacou uma arma de fogo e lhe disse “deita na calçada de costas”. Recusou-se a deitar, “trupicou”, e respondeu “se o seu carro amassou o meu também, você segue seu caminho e eu sigo o meu”. Foi quando ele deu três tiros, sucedendo que somente um acertou seu tórax. Na sequência, Jacinto se arrependeu e o levou até o Hospital. Não conhecia o increpado. O filho dele não fez nada, só saiu do carro e ficou chorando, alegando que o depoente tinha estragado o carro dele. Não pode trabalhar até hoje por causa das lesões e vive de doações. O acusado não o ajudou com nada. Entrou com uma ação civil contra ele (fls. 125 – delegacia; e 280/5 – pretório).

Foi secundado pela testemunha Janaína Bispo de Alencar que contou que estava sentada defronte uma casa, a poucos metros de onde houve a colisão entre o Gol e o Monza. Viu quando Jacinto e o filho dele desceram do veículo, ocorrendo que o primeiro sacou uma arma de fogo. Ele foi até o porta-malas do

Gol e depois caminhou em direção da vítima, gesticulando. O indiciado, então, efetuou dois disparos para o chão. Não conseguiu ver o disparo que acertou a vítima, pois perdeu o campo de visão, mas, ouviu um terceiro tiro (fl. 59 – polícia; e fls. 286/7 – juízo).

No mesmo sentido, depôs Priscila Bispo Novaes Dantas, quem declarou que estava dentro de casa, quando ouviu o barulho da batida entre os veículos. Saiu à porta e viu Jacinto descer do Gol. Ele foi até o porta-malas, pegou uma arma de fogo e deu dois tiros para o chão. Então, a depoente acionou a polícia. Na sequência, escutou um terceiro tiro, que deve ter acertado o ofendido. Viu quando Jacinto carregou Aparecido no carro para o Hospital. Tudo aconteceu muito rápido, nem teve quase discussão entre eles. Não viu a vítima simular estar armada, tampouco a viu xingar o indiciado. Não sabe dizer se o ofendido estava no chão quando foi atingido pelo tiro. Do local em que a depoente estava, sua visão ficava comprometida, pois só via as pessoas da cintura para cima (fl. 75 – polícia; e fls. 290/2 – juízo).

Mateus disse que estava conduzindo o veículo, tendo seu pai como passageiro, quando o Monza da vítima atravessou abruptamente. O pai reclamou dizendo “dá seta”. Então, o ofendido passou a persegui-los. Quando estacionou, Aparecido desceu do auto com as mãos para trás, e disse ao réu: “você me xingou de que filho da puta?”. Ato contínuo, ele, depoente, afastou-se para ligar para a polícia. Daí, Jacinto se aproximou e sacou a arma de fogo, que estava no coldre. Os dois foram para detrás do carro e viu quando Aparecido caiu na calçada. De repente escutou um tiro. O pai não disparou três vezes, foi somente uma vez. Quando a vítima saiu do carro, agia como se estivesse armada, eis que tinha uma mão nas costas e outra para baixo (fls. 09/10 – delegacia; fls. 293/5 – juízo).

Edson David de Souza contou que tinha acabado de estacionar, quando ouviu uma freada brusca e uma batida. O dono do Monza desceu e foi ao encontro do acusado. Aquele estava alterado, discutia com a mão direita nas costas. Então, o ofendido foi para trás do carro. Daí perdeu a visão do que ocorria. Mas, quando escutou um tiro, correu para junto deles e viu Aparecido no chão. Jacinto dizia, assustado, “a arma disparou”. Ato contínuo, ajudou-o a colocar a vítima no carro. Aparecido desceu do carro nervoso, discutindo. Achou que não “ia dar nada”. Todavia, mesmo após ver que o acusado estava armado, “o ofendido não recuou não, foi para cima”. Foi quando eles caminharam para trás dos carros e não conseguiu ver mais nada. Só ouviu um tiro. Não conhecia nenhum deles (fl. 50 delegacia; fls. 296/8 - juízo).

As testemunhas de defesa não presenciaram os fatos, apenas deram conta da idoneidade do acusado (fls. 299, 300 e 301/2).

Nesse contexto probatório, parece que o último realmente temia pela vida

do filho, como alegou, e reagiu certo de que o fazia em legítima defesa.

Com efeito, a vítima procedeu de forma bastante ameaçadora e agressiva, perseguindo o veículo em que estavam apelante e filho, para provocar, ainda, uma colisão. Além disso, teria descido do auto, anunciando um confronto. Não bastasse, ao que tudo indica, parecia estar armada.

Então, tudo indica ser o caso de legítima defesa putativa, mesmo porque o acusado teria agido até o ponto em que a vítima não oferecia mais risco, para depois socorrê-la.

No respeitante, confira-se explanação de Cleber Masson:

*“(...) Discriminante é a causa que exclui o crime, retirando o caráter ilícito do fato típico praticado por alguém. Essa palavra é sinônima, portanto, de causa de exclusão da ilicitude. Putativa provém de parecer, aparentar. É algo imaginário, erroneamente suposto. É tudo aquilo que aparece, mas não é o que aparenta ser. Logo, discriminante putativa é a causa de exclusão da ilicitude que não existe concretamente, mas apenas na mente do autor de um fato típico. É também chamada de discriminante erroneamente suposta ou discriminante imaginária. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. O art. 23 do CP prevê as causas de exclusão da ilicitude e em todas elas é possível que o agente as considere presentes por erro plenamente justificado pelas circunstâncias: estado de necessidade putativo, legítima defesa putativa, estrito cumprimento de dever legal putativo e exercício regular do direito putativo. Basta que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, o agente suponha situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima.(...)”* (Código Penal Comentado, 2ª ed., Editora Método, pág. 147).

Também nesse sentido, precedentes desta Casa de Justiça:

*“APELAÇÃO. Resistência e desacato. Recurso do Ministério Público. Pleito de condenação da acusada como incurso nos artigos 329 e 331, do Código Penal. Ausência de elementos probatórios seguros para a condenação pelo crime de desacato. Existência de meros indícios de materialidade e autoria. Aplicação do princípio do ‘in dubio pro reo’. Delito de resistência. Legítima defesa putativa que restou comprovada. Absolvição mantida. Negado provimento ao recurso (...). Com efeito, os policiais militares relataram de forma clara e coerente que a acusada arremessou uma telha contra o policial militar Tiago Lucchezi. Ocorre que, como bem apontado pelo i. magistrado sentenciante, ‘a acusada agiu acobertada pela legítima defesa de terceiro putativa’ (fls. 104). Conforme nos ensina Cezar Roberto Bitencourt, a ‘ocorre legítima defesa putativa quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma*



*agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la.’ Depreende-se das provas coligidas aos autos que os policiais militares abordaram o companheiro da acusada, pois receberam informações anônimas sobre a prática do tráfico de drogas no local dos fatos e, ao chegar, depararam-se com ele retirando algo do bolso e inserindo em sua boca. Por essa razão, a apelada visualizou seu companheiro sendo abordado pelos milicianos com força física sendo utilizada para que ele cuspiisse o que estava tentando ingerir. Ocorre que não restou comprovado que a apelada tinha ciência que seu companheiro estava tentando esconder dos policiais militares algo em sua boca, tornando evidente que ela entendeu que a ação dos milicianos consistia em agressão injusta, razão pela qual se viu autorizada a repeli-la. Nesse sentido, a teor do que dispõe o artigo 20, § 1º, do Código Penal, ela agiu em legítima defesa putativa, uma vez que supôs que nada de ilícito estava em poder de seu companheiro e que ele não estava tentando esconder algo dos policiais militares em sua boca, de modo que teve percepção equivocada de que a agressão era injusta e, assim, agiu no intuito de repeli-la. (...)” (Apelação Criminal nº 0002254-54.2015.8.26.0572, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Leme Garcia, j. 04.07.2017);*

*“Recurso em sentido estrito. Homicídio. Legítima defesa putativa. Absolvição. Comprovada a legítima defesa putativa no sumário de culpa, deve o acusado ser absolvido nos termos do art. 415, inciso IV, do Código de Processo Penal, não sendo o caso de submetê-lo ao julgamento popular. Recurso provido (...). Restou provada a versão do réu, no sentido de que só atirou depois que Jerre fez menção de sacar uma arma. Confirmou-a a testemunha presencial Giovanni e Lucimar, embora não tenha visto o gesto realizado por Jerre, pelo motivo acima referido, salientou que Nilvan insistiu para que ele fosse embora. A vítima, urge destacar, é que foi atrás do recorrido, em seu local de trabalho, e não o contrário, circunstância corretamente invocada na sentença para rechaçar a hipótese de vingança cogitada na denúncia. Fato é que o recorrente, quer pelo episódio envolvendo seu irmão, quer pela má fama de Jerre, quer ainda pelo gesto indicativo de que este sacaria uma arma de fogo, tinha motivos para acreditar que estava na iminência de sofrer violenta agressão. Atirou e correu. A reforçar a conclusão de que assim agiu para defender-se, deixou viva a vítima. Não descarregou completamente a arma e, em que pese haver desfechado três tiros, sua reação, nas circunstâncias, pode ser considerada moderada. Isso porque ele não visou regiões nobres do corpo da vítima. O laudo de exame necroscópico (fls. 18/19) revela que um disparo a atingiu na coxa direita e, outro, na coxa esquerda. O terceiro disparo atingiu-a em região*

*um pouco acima da virilha direita. Em que pese isso, considerada a sede dos demais disparos, pode-se inferir com segurança que o réu visou os membros inferiores da vítima. Os peritos não referiram lesão a qualquer órgão vital do corpo da vítima. Decorreu a morte de hemorragia interna aguda. Provado que o recorrente agiu em legítima defesa putativa (art. 23, II, c.c. o art. 25, ambos do CP), impõe-se a absolvição, ao que procedo com fundamento no artigo 415, inciso IV, do Código de Processo Penal.(...)” (Recurso em Sentido Estrito nº 9000007-12.2001.8.26.0224, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Amable Lopez Soto, j. 29.07.2015).*

É possível, não se descarta, que os fatos tenham se passado um pouco diferente da conclusão acima e o réu tenha exacerbado no agir, mas não tem como saber exatamente, porque os testemunhos são ligeiramente destoantes.

Enquanto Janaína e Priscila depuseram mais em favor do vitimado, Edson David, que estava mais próximo, pois acabara de estacionar o veículo no local, depôs conforme o narrado pelo réu.

Então, havendo probabilidade – e não certeza – de não ter ocorrido excesso doloso ou culposo e, portanto, de legítima defesa putativa pura, com exclusão da ilicitude, mas adequado o “non liquet”.

Julga-se improcedente a ação e decreta-se a absolvição do acusado com base no art. 386, VI e VII, do CPP.

Dá-se provimento parcial ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000877-45.2013.8.26.0531, da Comarca de Santa Adélia, em que é apelante LUIZ ANTONIO NAVA, 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: “Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.138)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e ALCIDES MALOSSO JUNIOR.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

GRASSI NETO, Relator

**Ementa: Crime de Trânsito – Condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa – Embriaguez constatada por meio de exame realizado com etilômetro dentro do prazo de verificação estabelecido pelo INMETRO – Ausência de contraprova idônea atestando o contrário – Conjunto probatório suficiente ao reconhecimento da materialidade.**

Uma vez constatado o estado de embriaguez daquele que conduz veículo automotor em via pública, por exame realizado com etilômetro, que estava dentro do prazo de verificação do INMETRO, não há como afastar-se a realização do tipo penal previsto no art. 306 do CTB se não chegou a ser produzida contraprova idônea, como, por exemplo, um exame de sangue, que atestasse o contrário.

**Apelação – Guia de Execução a ser expedida após acórdão condenatório proferido por órgão de Segundo Grau no qual a privação de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos – Trânsito em Julgado da matéria de fato – Interposição eventual de Recursos Especial e Extraordinário desprovida de efeito suspensivo – Admissibilidade.**

Eventuais recursos de natureza especial ou extraordinária que venham a ser interpostos, respectivamente para o STJ ou para o STF, não estão abarcados na ideia de duplo grau de jurisdição, mesmo porque vêm eles desprovidos de efeito devolutivo amplo, na medida em que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, tendo seu âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Sua previsão não visa, com efeito, a outorgar uma terceira ou quarta oportunidades para que determinado pronunciamento jurisdicional, contra o qual o sucumbente se insurge, seja revisto; sua finalidade precípua é, antes, proporcionar a essas Cortes superiores a possibilidade de verificar se houve, *in concreto*, vulneração à lei federal ou às normas constitucionais, bem como, subsidiariamente, estabilizar, uniformizar e pacificar sua interpretação.

A presunção de inocência não possui – nenhum princípio o tem – caráter absoluto, devendo ser analisada sempre em conjunto com os demais princípios de igual hierarquia que integram o arcabouço Constitucional, tais como aqueles da proporcionalidade e da duração razoável do processo, cabendo ao intérprete valorar cada um deles, sopesando-os, para determinar qual irá prevalecer em cada situação concreta. Em havendo colidência entre princípios, a divergência a ser dirimida será, com efeito, apenas aparente.

Na seara criminal, a coisa julgada se forma de modo fracionado, conforme a ação penal avança. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu cuidar-se de instituto de envergadura constitucional, que se consolida em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante não venha a ser atacado no curso da ação por recurso.

Torna-se, portanto, a parte relativa ao mérito da acusação e às provas “indiscutível, imutável”, tão logo seja realizado o julgamento em segundo grau de jurisdição, de tal sorte a ocorrer exatamente nesse momento o trânsito julgado desse capítulo da decisão, devendo o Juiz, então, se a privação de liberdade tiver sido substituída por restrição de direitos, determinar a expedição de carta de guia, para que seja iniciado de imediato o cumprimento dessa pena.

## VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 165/169, prolatada pelo MM. Juiz Rodrigo Rissi Fernandes, cujo relatório ora se adota, LUIZ ANTONIO NAVA foi condenado como incurso no art. 306, *caput*, do CTB, às penas de 06 meses de detenção, em regime inicial aberto, e de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação pecuniária, no valor de 01 salário mínimo. Foi, ainda, fixada a pena acessória de suspensão do direito de dirigir pelo prazo de 02 meses, sendo deferido ao acusado o recurso em liberdade.

Inconformado, apelou o réu buscando, em preliminar, a nulidade do feito por ter sido revogada indevidamente a suspensão condicional do processo. No

mérito, almeja a absolvição, por insuficiência probatória.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, afastada a preliminar, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

A preliminar é insubsistente.

Conforme se observa dos autos, o ora apelante aceitou, em 20 de novembro de 2013, a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (fls. 43), o que restou homologado pelo Juízo monocrático, em 06 de dezembro de 2013 (fls. 44).

O réu deixou, contudo, de cumprir uma das condições estabelecidas, ao não comparecer em Juízo, não justificando o descumprimento (fls. 75, 79, 81/82 e 84) e, em razão disso, o benefício restou revogado (fls. 92).

Na audiência de instrução, que ocorreria em 08 de outubro de 2015, o réu teve acolhida sua justificativa para o descumprimento do benefício, que foi reestabelecido, sem prejuízo da produção da prova oral (fls. 99/100 e 129/131).

Ocorre que, novamente, em 27 de abril de 2016, diante da notícia de que o réu teria cometido novo delito no período de provas (18 de setembro de 2014 – art. 306 do CTB), a benesse foi revogada (fls. 145/147, 151 e 153).

O art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/95, impõe a revogação obrigatória do *sursis* processual, apenas pelo fato de o acusado estar sendo processado por outro crime no curso do prazo do período de provas. Verifica-se, assim, que foi exatamente o que ocorreu no presente caso.

Ponderou o i. parecerista oficiante, às fls. 197, que:

[...], a suspensão do processo é, a priori, um benefício processual com consequências materiais e não inicialmente uma benesse material, daí porque não há ofensa alguma ao princípio da não culpabilidade quando revogado pelo fato de o beneficiário ser processado por novo crime, [...].

Verifica-se, portanto, que o Juízo de primeiro grau, ao revogar a suspensão condicional do processo, apenas deu integral cumprimento a preceito legal.

Afastada a preliminar, no mérito o recurso não merece prosperar.

A condenação do acusado pelo crime de embriaguez ao volante foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Consta dos autos que o ora apelante estaria dirigindo a motocicleta “Yamaha/Lander”, XTZ250, placas DPQ-4377 – Santa Bárbara do Oeste/SP, na via pública, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool. Acabou por envolver-se em acidente de trânsito.

A materialidade delitativa restou perfeitamente demonstrada pelo laudo de exame de dosagem alcoólica de fls. 0

A prova oral colhida na instrução criminal (mídia digital de fls. 131) mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

O réu, ao ser ouvido em Juízo, confessou os fatos, afirmando que realmente havia ingerido bebida alcoólica e que, logo após, teria tomado a direção da motocicleta.

Os policiais militares informaram, por sua vez, que o acusado, no momento em que foi abordado, apresentava sinais visíveis de embriaguez.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

**Habeas corpus – Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios.**

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.<sup>1</sup>

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de prejudicar inocentes.<sup>2</sup>

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Uma vez constatado o estado de embriaguez daquele que conduz veículo automotor em via pública, por exame toxicológico de dosagem alcoólica, não há como afastar-se a realização do tipo penal previsto no art. 306 do CTB, se não chegou a ser produzida contraprova idônea.

Para a configuração do delito ou da contravenção penal, bastaria a condução de veículo automotor após a ingestão de álcool, não sendo necessária a demonstração de que o veículo era dirigido causando perigo ou gerando

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF, 06 de novembro de 1973. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.

2 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.

efetivo dano. Tal delito é, com efeito, de perigo abstrato, sendo irrelevantes para a configuração do delito provas que, efetivamente tenha exposto a perigo a incolumidade pública.

No presente caso, em razão da embriaguez, o réu envolveu-se, inclusive, em acidente automobilístico.

As penas, criteriosamente dosadas e fundamentadas em perfeita consonância com o sistema trifásico, realmente não comportam qualquer reparo.

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram corretamente fixadas no mínimo legal, em 06 meses de detenção e em 10 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, além de suspensão para dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 meses;

b) foram elas mantidas inalteradas em razão da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes;

Deixou de interferir a atenuante da confissão espontânea, em razão dela não ter o condão de reduzir a reprimenda aquém do mínimo.

Sobre o tema, reza o Enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência do STJ que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, foram mantidos inalterados os subtotais obtidos na fase anterior, ante a ausência de causa de aumento ou diminuição.

Preenchidos os requisitos, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, tendo sido fixado o regime aberto.

Cumpre, por fim, observar que tem prevalecido o entendimento no sentido de formar-se a coisa julgada criminal de modo fracionado, em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante a ação penal avança, e não seja atacado no curso da ação por recurso, quer por opção ou falha da parte sucumbente, quer por absoluta vedação legal.<sup>3</sup>

Na medida em que a parte relativa ao mérito da acusação e às provas se torna “indiscutível, imutável”, a partir da realização do julgamento em segundo grau de jurisdição, é forçoso reconhecer que a imediata expedição de carta de guia para o cumprimento da pena, nos termos do art. 674 do CPP, não implicará

**3** **Constitucional – Habeas Corpus – Princípio Constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) – Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição – Execução Provisória – Possibilidade** 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ata nº 71/2016. **Diário da Justiça Eletrônico n. 100**. 17 Maio 2016. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original).



em descumprimento ao quanto previsto no art. 283 do CPP, dada a ocorrência do trânsito julgado ao menos desse capítulo da decisão.

Ante o exposto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de LUIZ ANTONIO NAVA. Resta, pois, mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Com lastro na fundamentação lançada, fica, portanto, desde já determinada a expedição de carta de guia, após o decurso do prazo para interposição de embargos de declaração, para que seja iniciado de imediato o cumprimento da pena em definitivo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026828-77.2010.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são M.N.L. e R.C.T.I., são apelados W.S. e R.N.C.T.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Após a sustentação oral da Dra. Solange Izidoro de Alvorado Fernandes, do Dr. Marco Antônio Arantes de Paiva, do Dr. Eugenio Carlo Balliano Malavasi, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic; Deram provimento ao apelo para anular a decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri e determinar que novo julgamento seja realizado. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.405)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME GARCIA (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

**Ementa: DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. Apelação interposta por assistentes de acusação contra decisão absolutória. Arguição de nulidade por violação da soberania dos vereditos. Acusação e defesa que desistiram da produção de quaisquer provas em plenário e, juntas, pediram a absolvição dos réus. Nulidade verificada. Violação da soberania dos vereditos. Evidente acordo entre defesa e acusação para pleitearem a absolvição, com dispensa de todas**

as testemunhas e das providências requeridas dias antes da sessão, além do silêncio em interrogatório, aparentemente registrado apenas *pro forma*. Postura que impede que os jurados tomem decisão autônoma e pessoal, pois só lhes é facultado conhecer os elementos escolhidos pelo Promotor e que lhes são apresentados junto da sua interpretação pela absolvição. Ainda que seja lícito ao representante ministerial pleitear a absolvição, não pode fazê-lo impedindo que os jurados cheguem às suas próprias conclusões, desistindo de toda a instrução. Apelo provido para anular a decisão absolutória e determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

## VOTO

1. R.N.C.T. (RG nº...) e W.S. (RG nº...) foram denunciados por dois crimes do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, e § 4º, 2ª parte, c.c. artigos 29, 61, inciso II, alínea *e* e 69, todos do Código Penal, pois, em 2 de outubro de 2010, teriam agido em concurso para matarem T.M.C.N. e W.R.T., genitores da ora apelada.

Descreve a inicial que, na madrugada dos fatos, W. teria atacado os sogros com uma faca, surpreendendo-os dentro de sua própria casa e que havia interesse patrimonial consubstanciado em antecipação do recebimento de valores a título de herança e seguros de vida de que seria beneficiária a apelada R., mandante e mentora do crime, também nos termos da exordial.

Foi proferida decisão de pronúncia em outubro de 2011 (fls. 1960/1984), a qual foi objeto de embargos de declaração (rejeitados – fls. 2320) e deu causa a correição parcial (fls. 2329/2346) e recurso em sentido estrito. Este último foi desprovido por decisão unânime desta C. 16ª Câmara Criminal em agosto de 2012, com determinação expressa no sentido de que fosse “*imediatamente designada sessão para julgamento dos recorrentes perante o Tribunal Popular*” (fls. 2408/2435).

Essa decisão foi alvo de novos embargos declaratórios defensivos (fls. 2438/2464), rejeitados em cerca de dois meses (fls. 2476/2483). Em seguida, houve interposição, pela defesa técnica dos acusados, de recursos especial e extraordinário (fls. 2486/2598), os quais não foram admitidos pelo Exmo. Desembargador Presidente da Seção Criminal (fls. 2638/2643). Ainda inconformados, interpuseram agravos visando ver processados os recursos (fls. 2647/2669).

Os autos foram então remetidos ao C. Superior Tribunal de Justiça em 2013 e retornaram depois da digitalização.

Por decisão do C. Supremo Tribunal Federal, em votação empatada, foi revogada a prisão preventiva. Em 2015, os agravos ainda aguardavam julgamento (fls. 2877), mas a defesa desistiu mais tarde (já na metade de 2016), como ainda será relatado.

Na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal, a defesa impugnou o rol de testemunhas apresentado pelo Ministério Público e aceito pelo Magistrado, atacando essa decisão por apelação (fls. 2923/2929). O recurso não foi recebido (fls. 2930) e houve interposição de novo recurso em sentido estrito (fls. 2962/2971), mas este também não mereceu seguimento por decisão do Juiz de primeiro grau em razão da intempestividade (fls. 2972).

A sessão de julgamento do Tribunal do Júri ocorreu em 18 de maio de 2016, quando a acusação abriu mão da oitiva de todas as testemunhas arroladas e a defesa desistiu expressamente de todos os recursos interpostos, inclusive os agravos que visavam o processamento dos recursos especial e extraordinário (ata de julgamento – fls. 3072/3074). Interrogados, R. e W. permaneceram silentes. Terminaram absolvidos por negativa de autoria (fls. 3087 e 3090/3092).

Inconformados, habilitaram-se para a assistência da acusação, especificamente para interpor recurso de apelação, M.N.L. e R.C.T.I., filho da vítima T. e irmã da vítima W., respectivamente (fls. 3179/3187).

Em suas razões, pleiteiam a anulação da decisão proferida pelo Tribunal do Júri por entenderem que a sessão de julgamento teria sido maculada de nulidade por furtar do Tribunal Popular a liberdade de decidir sobre o caso concreto, pois apresentada uma única versão convergente de defesa e acusação, sem a oitiva de testemunhas ou apresentação de quaisquer argumentos pela condenação. Afirmam, ainda, que a decisão também conflitaria com as provas dos autos, devendo ser o caso novamente submetido ao Tribunal do Júri. Consideram, de outro lado, que “peculiaridades procedimentais abruptas, surpreendentes e inusitadas” ocorreram na sessão plenária e levaram à supressão integral da análise de argumentos e provas. É por esses motivos que esperam desta C. Câmara a anulação da decisão (fls. 3209/3223).

Em seguida, juntam aos autos cópia de representação disciplinar oferecida junto ao Conselho Nacional do Ministério Público contra o Promotor de Justiça oficiante na ocasião. No texto, o acusam de ter indicado um advogado para que contratasse a fim de atuar como assistente de acusação com o que não concordaram os apelantes e, dois meses antes do julgamento, ter antecipado que a eles pediria a absolvição sem sequer ter lido o processo (fls. 3224/3234).

Como as razões foram apresentadas na forma do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, os autos foram remetidos à douta Procuradoria para contrarrazões e parecer. Manifestou-se então o douto Promotor de Justiça Assessor, responsável pela designação de Promotores para oficiarem em

casos de atribuição do Ministério Público, relatando ter sido contatado pelo “Promotor Natural do caso”, Dr. Vitor Petri, requerendo que os autos lhe fossem encaminhados, pois tinha interesse em apresentar pessoalmente as contrarrazões.

Sem que viessem primeiro a este Relator para decisão acerca do requerimento, foram os autos remetidos ao primeiro grau e retornaram com contrarrazões subscritas pelo próprio Dr. Vitor Petri (fls. 3243/3274, com documentos de fls. 3288). A defesa dos apelados também ofertou as necessárias contrarrazões (fls. 3293/3305).

O parecer da douta Procuradoria é pelo improvimento do recurso (fls. 3307/3317).

É o relatório.

2. Inicialmente, noto que há registro de que o processo tramita em segredo de Justiça. Contudo, folheando os autos, não é possível localizar a decisão Judicial que o instituiu. Isso, aliado ao fato de que não se vislumbra atualmente razão para a manutenção da medida excepcional, leva este Relator a determinar o levantamento do sigilo.

Entendo que o recurso de apelação deve ser conhecido.

A habilitação dos ora apelantes como assistentes de acusação foi regular e lhes dá o direito de interpor recurso de apelação. Ainda que não o tivessem feito, poderiam recorrer se valendo do quanto consta do artigo 598 do Código de Processo Penal (“*Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo*”). Afinal, são filho e irmã das vítimas, incluídos, portanto, no rol do artigo 31, que deve ser interpretado em conjunto com o artigo 268, ambos do Código de Processo Penal.

Foram corretamente admitidos depois da sentença absolutória, antes do trânsito em julgado, e receberam o processo no estado em que se encontrava (artigo 269 do Código de Processo Penal), recorrendo tempestivamente.

O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela legitimidade do assistente para apelar da decisão absolutória em caso bem semelhante: “O assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu em plenário” (REsp 1451720/SP, Min. Rel. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 28/04/2015, p.m.v., mas unânime nesse ponto).

A eventual intempestividade da apresentação das razões, arguida pelo Promotor de Justiça em suas contrarrazões, caso tenha havido interposição no prazo correto (como ocorreu nestes autos), é mera irregularidade e, de praxe, não impede o conhecimento do recurso na esfera criminal. Nesse ponto, também

é pacífica a jurisprudência superior: “Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, de que a apresentação das razões da apelação fora do prazo constitui mera irregularidade que não obsta ao conhecimento do apelo” (HC 269584/DF, Min. Rel. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 01/12/2015, v.u.).

Por esses motivos, voto pelo conhecimento do recurso.

3. No mérito, encaminho a decisão para dar provimento ao apelo, a fim anular o veredito proferido pelo Tribunal do Júri e submeter W. e R. a novo julgamento.

Os apelantes apontam entender que os jurados foram tolhidos de decidirem livremente sobre o caso concreto porque, em decorrência da direta e intencional atuação do Promotor de Justiça, não puderam tomar pleno conhecimento dos elementos dos autos, mormente em razão da dispensa da produção de qualquer prova em plenário.

De início, reputo necessário fazer constar que a instituição do Júri é prevista na Constituição da República e foi indubitavelmente alçada pelo constituinte à categoria de direito fundamental, tanto que se apresenta como um dos incisos do seu artigo 5º. Nas suas exatas palavras: “XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Ainda que à primeira vista seja natural concluir que se trata de um direito fundamental do cidadão ser julgado por seus pares, nos casos de crimes dolosos contra a vida, garantindo-se a plenitude de defesa, é impossível desprezar que igualmente há de se reconhecer que tal previsão assegura à sociedade o direito de, soberanamente, julgar suspeitos de crimes dessa espécie.

Assim, razão assiste aos apelantes quando se insurgem contra o decidido, resultado da atuação do representante da Justiça Pública, da Defesa Técnica e do Magistrado, pois, ao que parece, terminaram por efetivamente impedir que os Julgadores Leigos tivessem contato com elementos necessários para que formassem sua convicção e decidissem livremente sobre o caso concreto.

Das razões recursais, transcrevo: “Entretanto, o que julgar – e como! – quando a tese que se lhe é apresentada – brevemente! – é comum às partes; sem qualquer apreciação perfunctória das fartas provas e evidências incriminadoras constantes em nada menos do que quinze (15) volumes de processo?” (fls. 3212, último parágrafo, em caixa alta no original).

Sobre isso, duas observações preliminares: não é vedado ao Promotor de Justiça pleitear a absolvição do réu em sessão plenária do Tribunal do Júri, porquanto afastada por doutrina e jurisprudência a interpretação diversa, no sentido da obrigatoriedade de postular a condenação, entendimento superado e

que se alicerçava na literalidade do artigo 476 do Código de Processo Penal e sua expressão “fará a acusação”; além disso, não parece ter sido breve a fala do Promotor ao Júri nos “debates” finais, pois a ata registra manifestação de mais de duas horas.

Contudo, no caso em tela, reputo irregular a postulação ministerial e a decisão judicial que homologou a desistência ao direito de produzir provas, afastando dos jurados a possibilidade de conhecer as evidências recolhidas ao longo de toda a persecução penal e, principalmente, a oportunidade de ouvir o que as testemunhas tinham a dizer.

Isso porque, mesmo poucas semanas depois de ter pleiteado a inquirição em plenário de um grande número de testemunhas em caráter imprescindível, bem como a apresentação pessoal de objetos, de laudos e de vídeos (fls. 2881/2882, 2976 e 3052/3053), no dia do julgamento, surpreendentemente, desistiu de todas as providências e pleiteou a absolvição dos réus.

Tudo o que os Jurados puderam apreciar no caso, foram as palavras do Promotor, incumbido do poder de acusar, o qual, como sugerem as contrarrazões apresentadas em segunda instância, em oposição ao que vinha sustentando, argumentou no sentido da fragilidade das provas, aspecto que será abordado mais adiante.

Nesse ponto, emergem indícios de composição, prévia ou não, entre acusação e defesa, satisfeitos com o desfecho absolutório, à revelia do convencimento pleno do Conselho de Sentença.

Com tal leitura, não se está a levantar suspeita ou mesmo direcionar críticas à atuação do Promotor de Justiça ou qualquer outro sujeito processual. O foco é a possibilidade dos jurados terem contato com a prova, o que deles foi suprimido.

De fato, não são raros eventuais “acordos” entre as partes, principalmente em crimes a serem julgados pelo Tribunal Popular, formado por Juízes leigos.

Contudo, essa prática é considerada inadequada pela doutrina majoritária e já foi rechaçada expressamente pelo C. 8º Grupo de Câmaras, do qual faz parte esta Câmara Criminal. A inadequação reside na inversão, pois geralmente é a defesa técnica quem consente em aceitar condenação em troca de punição menos severa.

No julgamento da revisão criminal nº 0076802-54.2014.8.26.0000, realizado em 4 de agosto de 2015, reconheceu-se, por decisão unânime, que essa prática levava à conclusão de que o réu estava indefeso, além de que tinha sido violada a soberania dos veredictos, pois os julgadores leigos, furtados do integral conhecimento da causa, tiveram sua opinião sugestionada indevidamente.

*Mutatis mutandis*, é o que parece ter ocorrido no caso destes autos, pois a desistência das provas teria deixado indefesa a sociedade. Isso não se deu

porque o Promotor de Justiça pediu a absolvição dos réus em Plenário, o que é comportamento lícito e abarcado por sua independência funcional, mas, sim, porque impediu que os jurados tivessem contato direto com as provas que outrora levaram ao convencimento pessoal do representante da Justiça Pública.

Adiro integralmente ao que é defendido pelo preclaro Desembargador Guilherme de Souza Nucci em sua obra Tribunal do Júri: *“Somos, em princípio, contrários aos acordos promovidos entre acusação e defesa para a exposição do caso aos jurados. Na prática, antes mesmo de ingressar em plenário, muitas vezes com a complacência do juiz presidente, as partes já chegaram a um consenso quanto ao destino do processo. ‘Resolvem’ ser mais indicada a absolvição do acusado ou sua condenação por homicídio simples, sem a aplicação das qualificadoras constantes da pronúncia, por exemplo. Ora, a legislação processual penal não acolhe a transação nessas hipóteses. Ademais, cuida-se de princípio constitucional a soberania dos veredictos, valendo dizer que o Conselho de Sentença é o órgão supremo a deliberar sobre a imputação. Não é demais lembrar que o processo já passou por inúmeras fases até atingir o ápice, que é o julgamento em plenário. Houve denúncia (ou queixa), formação da culpa perante o juiz togado e pronúncia (admissibilidade da acusação), por vezes confirmada por acórdão. Quisesse o órgão acusatório pleitear a absolvição, poderia tê-lo feito anteriormente, indicando ao juiz, por ilustração, ser mais indicada a impronúncia ou absolvição sumária. Desejasse promover uma acusação calcada em homicídio simples, valeria, em alegações finais, pleitear o afastamento das eventuais qualificadoras. O que não se pode admitir é o acordo, quando esta forma de atuação implica em burla ao poder decisório outorgado, pela Constituição Federal, ao povo (competência do júri para julgamento de crimes dolosos contra a vida). Dessa forma, quando ambas as partes ingressarem em plenário para, rapidamente, encerrar o caso, manifestando-se, cada uma, em poucos minutos, pleiteando a absolvição, pode-se estar diante de tergiversação. Não há soberania alguma caso o Conselho de Sentença deixe de obter subsídios para a apreciação da prova. Se o órgão acusatório não cumprir seu papel, expondo o caso, detalhadamente aos jurados, é lógico que estes não podem adivinhar o que dos autos consta”* (Tribunal do Júri, Forense, 5ª ed., p. 246).

Ora, imperativo recordar que as provas até então produzidas e que levaram o Promotor à conclusão de que seriam insuficientes para a condenação são as mesmas que foram detidamente analisadas na fase do sumário da culpa, quando o representante do *parquet*, com veemência, requereu a pronúncia dos réus, decisão esta que foi proferida e confirmada por esta C. 16ª Câmara.

Desta feita, em termos práticos, a discordância do representante da Justiça Pública de primeiro grau tornou inócua a decisão do Juiz da primeira fase e a confirmação dos Desembargadores que compõe esta Turma Julgadora quando





concluíram que as provas bastavam para submissão do caso ao Júri Popular. Ao manifestar-se pela absolvição, abrindo mão da prova, agiu de forma a furtrar a liberdade dos Juízes Naturais para decidir causa, sobrepondo seu entendimento às decisões aqui mencionadas, culminando por distorcer o sistema do Tribunal do Júri Popular.

A ocorrência de acordo visando a absolvição, causa de nulidade decorrente do solapamento da soberania dos vereditos, encontra algumas evidências nos autos.

Depois da confirmação da pronúncia em segundo grau, quando se entendeu que havia provas e indícios bastantes para julgamento pelo Júri, os autos foram remetidos ao nobre Promotor de Justiça para manifestação nos termos do artigo 422 do Código de Processo Penal, quando, então, arrolou 8 testemunhas em caráter de imprescindibilidade, cobrou laudos do IML e pediu disponibilização de estrutura para apresentação de material audiovisual em plenário (fls. 2881/2882).

Mais tarde, pleiteou pessoalmente a juntada de documento referente ao inventário da vítima T., no qual constava que R. teria por receber bens e valores avaliados em quase oitocentos mil reais (fls. 2976).

No dia 28 de abril de 2016, menos de um mês antes do julgamento, peticionou novamente pedindo providências sobre as facas apreendidas e requisitou, inclusive, que fossem enviadas para apresentação física aos jurados. Fez constar do documento a seguinte frase *“considerando que a mencionada semelhança de parte dessas facas é um sério indício contra os acusados, havendo, pois, necessidade de análise pessoal desse fato por este Promotor de Justiça e pelo Conselho de Sentença, requer-se [...]”* (fls. 3052/3053).

A fls. 3066, o Magistrado determinou que o Promotor se manifestasse sobre a não localização de uma testemunha protegida, ao que respondeu que desistia daquelas que não foram localizadas, em cota manual lançada aos 10 de maio de 2016, uma semana antes do julgamento (fls. 3071).

Daí em diante, tudo o que se tem sobre o ocorrido em plenário é a ata da sessão, documento que não registrou a contento os acontecimentos que mereciam relato.

Logo de início, afirma-se que estavam presentes apenas duas das dezenas de testemunhas arroladas pelas partes, o que não deu causa a qualquer manifestação das partes, em especial da acusação, que permitiu fosse aberta a sessão. Defesa e acusação não pareceram surpresas, nem se mostraram interessadas em argumentar em prol das teses invocadas no sumário da culpa. Ademais, nenhum jurado foi dispensado pelas partes.

Consta, ainda, que, em seguida, ainda antes de iniciado o julgamento, *“pelo representante do MP foi dito que: ‘MMA. Juíza, desisto da oitiva de todas*

*as testemunhas arroladas'. Pelo Defensor foi dito que: 'M.Ma. Juíza, desisto do recurso em sentido estrito, recurso especial e recurso extraordinário interpostos pelos acusados, bem como de todas as demais diligências anteriormente requeridas. Desisto da oitiva de todas as testemunhas'. Pela M. Ma. Juíza foi dito que: 'Homologo a desistência requerida pelas partes. Oficie-se ao STF e STJ informando acerca da desistência dos recursos interpostos'" (ata, fls., 3073).*

Nesse ponto, a ata é falha ao deixar de relatar o interrogatório dos ora apelados, passando logo a descrever laconicamente os “debates”. Essa circunstância demonstra que os termos de interrogatório (fls. 3080/3083) foram assinados pelos réus apenas *pro forma*, deles constando que se quedaram silentes. Ainda que tenham direito ao silêncio, causa estranheza que não tenham sido efetivamente interrogados e que, na única oportunidade que teriam para se defenderem, tenham preferido ficar em silêncio. Isso, somado à desistência por parte da defesa de todas as providências pleiteadas para a instrução, e também de seus recursos e testemunhas, antes mesmo do início do julgamento, indica, de forma inquestionável, que foram ao plenário já cientes da postura que adotaria o Promotor de Justiça.

Demais disso, a ata cumpre o exigido pelo artigo 495, inciso XIV, do Código Processo Penal de forma breve, registrando apenas que o Promotor pediu a absolvição por insuficiência de provas e a defesa por negativa de autoria ou, subsidiariamente, insuficiência de provas.

Os jurados não teriam se insurgido contra o início da votação, o que não era de se esperar, afinal, eram pessoas leigas que haviam assistido ao representante da Justiça Pública pedir a absolvição dos réus durante algumas horas.

Na falta de registro audiovisual dos debates, só resta a esta C. Turma Julgadora crer que o Promotor de Justiça apresentou os motivos que o levaram a entender caso de insuficiência de provas como retratados nas suas longas contrarrazões de apelação.

Nesse momento, não é possível avaliar as provas dos autos. Afinal, à vista, exatamente, do mesmo conjunto probatório disponível para o Promotor (aquilo que foi produzido na fase do sumário da culpa) esta C. Câmara já havia se manifestado por ocasião da confirmação da pronúncia.

Em razão da dispensa de todas as testemunhas e providências, nada de novo se produziu. Mesmo que fosse possível concluir que as partes tenham exposto aos jurados todos os elementos de prova constantes do processo, fato é que nada foi produzido em sua presença, ficando claramente prejudicado o julgamento que realizaram. Afinal, não julgaram o caso concreto, mas apenas acolheram a “decisão” do Promotor, o que fere de morte a soberania dos vereditos, que deve ser alicerçada na íntima convicção dos jurados diante da

prova produzida.

Na falta de termo mais preciso, registro entender que a decisão dos jurados foi sugestionada, proferida apenas para cancelar com aparência de regularidade a vontade do Promotor quanto ao desfecho do caso. Repita-se, o mesmo Promotor que poucos dias antes providenciava para que as provas fossem regularmente produzidas em Plenário.

Explicito, novamente, que não recaem suspeitas de interesses escusos no caso concreto. Pondero, na verdade, que o pedido de absolvição pela acusação deve vir associado à possibilidade de os jurados tirarem as próprias conclusões, com apresentação efetiva das provas angariadas, com oitivas das testemunhas e efetivo interrogatório dos réus. Não é suficiente a exposição da opinião do representante ministerial sobre as provas angariadas na primeira fase do rito específico. É preciso o contato com as evidências dos autos.

E que não se alegue que os jurados poderiam ter feito objeções e demandado a oitiva de testemunhas ou a apresentação de perguntas específicas aos réus, pois são leigos e dificilmente teriam desprendimento e ousadia para contrariar a autoridade pública, que sabiam incumbida da acusação quando justamente ela pede a absolvição dos réus.

Por esses motivos, concluo que estão com a razão os assistentes da acusação quando se insurgem contra a absolvição proferida em maio de 2016, oportunidade na qual, dos jurados, foi tolhido o efetivo conhecimento da causa, o que considero causar nulidade insanável a demandar novo julgamento, nos termos do artigo 593, inciso III, alínea *a*, do Código de Processo Penal.

Ainda que os apelantes aleguem em alguns momentos que a decisão seria contrária às provas dos autos, está-se, aqui, reconhecendo a nulidade por eles invocada, questão processual que prefere à análise acerca do divórcio entre o veredito e a prova dos autos.

Fica preservada, é evidente, a independência funcional do representante ministerial, cabendo à Procuradoria decidir qual Promotor será designado para o novo julgamento. Ademais, mesmo no caso de também entender ser caso de absolvição, não será possível simplesmente dispensar toda a apresentação de provas aos jurados.

Em resumo, por reputar evidente que as partes acordaram dispensar a produção de provas em plenário para, juntas, postularem a absolvição dos réus, reconheço a nulidade do julgamento por violação à soberania dos vereditos, pois aos jurados não foram apresentados os elementos indispensáveis ao julgamento da causa. A falta de conhecimento direto das provas e a manipulação da decisão dos jurados vulneram a liberdade para decidirem sobre o caso concreto. Bem por isso, seu resultado não deve ser admitido por este E. Tribunal de Justiça, ao menos no sentir deste Relator.

4. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo para anular a decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri e determinar que novo julgamento seja realizado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001433-08.2013.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUIZ HENRIQUE PEREIRA.

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deferiram o pedido da Procuradoria de Justiça a fim de que se inicie a execução provisória da pena do condenado. Expeça-se mandado de prisão contra Luiz Henrique Pereira. Após, tornem os autos à ínlita Presidência da Seção de Direito Criminal para o apropriado processamento do recurso especial. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.915)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

**Ementa: Apelação. Esgotamento das vias ordinárias para se recorrer do acórdão pelo qual confirmada a condenação. Pedido da Procuradoria de Justiça a fim de que se inicie o cumprimento provisório da pena. Possibilidade. Entendimento recentemente firmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Expedição de mandado de prisão que, portanto, é de rigor.**

## VOTO

Inicialmente, apelação fora interposta pelo *Ministério Público* (folhas 148/153) à respeitável sentença (folhas 141/144) pela qual *Luiz Henrique Pereira* fora condenado à pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três (3) meses, haja vista infringir o artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Houve apresentação de resposta por esse acusado (folhas 170/172).

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer (folhas 177/181).

Sobreveio julgamento desse recurso em sessão realizada no dia 23 de fevereiro de 2017 (folhas 188/199), pelo qual, negado ao da defesa se deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar-se esse réu à pena de dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, além do pagamento de multa a ser calculada em duzentos e cinquenta (250) dias no menor valor unitário.

Houve a interposição de recurso especial pelo réu (folhas 202/207), com respectivas contrarrazões pela douta Procuradoria de Justiça (folhas 209/222).

Haja vista requerimento desse órgão do Ministério Público ao responder, a fim de que se dê o início do cumprimento provisório da pena, a digníssima Presidência da Seção Criminal decidiu submeter esse pedido à Turma julgadora (folhas 223).

### **É o relatório.**

Impõe-se o deferimento desse pleito da douta Procuradoria de Justiça.

É que o Supremo Tribunal Federal, mediante julgado do respectivo Plenário (*habeas corpus* 126.292<sup>1</sup>, relatoria do ministro Teori Zavascki), reconheceu que “*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*”.

Ademais, reconhecida a repercussão geral do tema mediante o Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, esse posicionamento fora reafirmado pelo Plenário Virtual dessa Corte. Esse julgado está assim ementado:

**“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.”<sup>2</sup>**

Também é de relevo haver o Superior Tribunal de Justiça acompanhando esse novo posicionamento, além de ter consolidado a concepção de que não se configura “*reformatio in pejus*”.

1 Julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

2 ARE 964246/RG, relator o ministro Teori Zavascki, julgamento em 10 de novembro de 2016.

A esse respeito, ainda, *mutatis mutandis*, é presente aresto dessa alta Corte ementado na seguinte conformidade:

**“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP. 3. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes. 4. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária.”**<sup>3</sup>

Outrossim, na hipótese ora sob exame, o acórdão condenatório ora recorrido fora proferido em data posterior à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mediante o julgamento do pedido de *habeas corpus* 126.292/SP.

Nesse sentido, também, é de destaque, *mutatis mutandis*, acórdão desta Câmara assim ementado:

**“Apelação. Esgotamento das vias ordinárias para se recorrer do acórdão pelo qual confirmada a condenação. Pedido da Procuradoria de Justiça a fim de que se inicie o cumprimento provisório da pena. Possibilidade. Esgotamento do**

3 (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

*segundo grau de jurisdição. Entendimento recentemente firmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Expedição de mandado de prisão que, portanto, é de rigor.”<sup>4</sup>*

Dados esses fundamentos, e haja vista as funções primordiais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, a interpretação e a guarda da Carta Maior, a interpretação da legislação ordinária e a uniformização da jurisprudência, de rigor a aplicação desse posicionamento, sob pena de desconsideração aos princípios da segurança jurídica e efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, e como esgotadas as vias ordinárias para se recorrer do acórdão exarado nesta instância, ora se reitera deferir o pedido da douta Procuradoria de Justiça a fim de que se inicie a execução provisória da pena do condenado.

À vista do exposto, expeça-se mandado de prisão contra *Luiz Henrique Pereira*. Após, tornem os autos à ínlita Presidência da Seção de Direito Criminal para o apropriado processamento do recurso especial.

## Embargos de Declaração

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0004269-56.2007.8.26.0093/50001, da Comarca de Guarujá, em que são interessados NICOLA BARNEY LA RUSSA, NAIARA BRITO BONFIM e MARCOS DA SILVA COSTA GONÇALVES e Embargante PAULO ALBERTO CARMONADOS SANTOS, é embargado COLENDIA 5ª CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos, para fixar a pena de Paulo Alberto Carmona dos Santos em dois anos de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa, mantida, no mais, a decisão anterior. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.225)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente), NUEVO CAMPOS, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e ALMEIDA SAMPAIO.

4      Apelação 0007834-79.2014.8.26.0223, relator este subscritor, julgamento em 11 de maio de 2017.



São Paulo, 1º de novembro de 2017.

FRANCISCO BRUNO, Relator

**Ementa: Embargos de declaração. Acórdão, proferido em embargos infringentes, que reconhece a confissão espontânea. Pena, porém, fixada com erro material. Acórdão declarado, para fixar a pena do embargante em dois anos de reclusão e dez dias-multa, mantida, no mais, a decisão anterior. Embargos acolhidos.**

## VOTO

Embargos de declaração (fls. 598 e ss.) contra o voto que, acolhendo em parte embargos infringentes (fls. 588 e s.), reconheceu a confissão espontânea do embargante; alega ter havido erro material na fixação da pena.

É o relatório.

Tem razão o embargante. Ele havia sido condenado a dois anos e dois meses de reclusão, regime aberto, e onze dias-multa, no mínimo; todavia, reconhecida a confissão espontânea, a pena acabou ficando maior.

De tal sorte, diminuída a pena de um quinto (a mesma fração concedida ao corréu Nicola), fica a pena em dois anos de reclusão e dez dias-multa, já que a atenuante não pode trazê-la abaixo do mínimo.

Ante o exposto, meu voto **acolhe** os embargos, para fixar a pena de Paulo Alberto Carmona dos Santos em **dois anos de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa**, mantida, no mais, a decisão anterior.

## *Habeas Corpus*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2091027-40.2017.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante JOSE ROBERTO BATOCHIO e Paciente G.C.M.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam a ordem em prol de G.C.M., para que seja trancada a ação penal nº 0034186-34.2004.8.26.0576,

quanto a mesma, que ora tramita na Quinta Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, dando-se ciência de tal à MMª Juíza, para as providências pertinentes ao caso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.466)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 19 de outubro de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

**Ementa: *HABEAS CORPUS* – PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA A PACIENTE, POR FALTA DE JUSTA CAUSA PARA SUA MANTENÇA.**

**CASO EM QUE A ABSOLVIÇÃO DO COMPANHEIRO DA PACIENTE QUANTO AO CRIME PRECEDENTE, TIDO COMO GERADOR DO ORA A ELA IMPUTADO, INVIABILIZA A MANUTENÇÃO DA MARCHA PROCESSUAL.**

**Ordem concedida.**

## VOTO

1 – Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de G.C.M., apontando a MM.ª Juíza de Direito da Quinta Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto como autoridade coatora.

Aduzem os impetrantes que a paciente sofre constrangimento ilegal, posto que se encontra processada pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98 (fl. 02), alegando que outros acusados foram processados na ação penal nº 38/00 (fl. 04), inclusive o seu companheiro, que foi absolvido. Asseveram que “a conduta atribuída à Paciente nestes autos está diretamente ligada àquela atribuída a seu companheiro” (fl. 14), frisando que ela “se acha criminalmente processada à absoluta falta de justa causa” (fl. 16). Argumentam, demais, que “**de acordo com a legislação vigente à época dos fatos**, para a configuração do delito de lavagem de capitais, se exigia, **NECESSARIAMENTE**, a concorrência de um dos delitos antecedentes que estivessem contemplados no **ROL TAXATIVO** da aludida Lei nº 9.613/98” (fl. 24). Frisam, ainda, que “a Paciente G. (...), **NÃO FOISEQUER DENUNCIADA NAQUELA - OU EM QUALQUER OUTRA - AÇÃO PENAL (38/00)**. E se não figurou do polo passivo daquela *persecutio criminis*, por óbvio não pode ter sido condenada por tráfico de entorpecentes. **O equívoco - intencional ou não**

- **é manifesto!**” (fls. 25/26). Argumentam, finalmente, que “estando a conduta que se imputa à Paciente imbricada àquela atribuída a seu companheiro na ação penal originária (teria emprestado sua conta corrente ao seu companheiro: G. emprestou-a a seu esposo), e não sendo o delito de associação para o tráfico, à época dos fatos, crime antecedente de lavagem de dinheiro, **irrecusavelmente atípica a conduta que se lhe atribui na inicial**” (fl. 27). Concluem pleiteando a concessão da ordem para que seja trancada ação penal (fls. 01/30).

Os autos foram distribuídos a este Relator de forma livre.

Foi lançado o despacho de fls. 330/331, para que a Presidência da Seção Criminal verificasse eventual prevenção com a apelação nº 9140479-17.2005.8.26.0000 (fls. 258/260 e 314/329), atinente ao mesmo processo de origem, e julgada na i. Décima Terceira Câmara Criminal.

E por determinação da E. Presidência, o distribuidor informou que “não efetuamos anotação da prevenção pelo processo de origem nº 38/00 (...), em razão da paciente do presente feito não ter sido denunciada no referido processo” (fl. 334), tendo o despacho de fl. 336 sido proferido no sentido de que “Diante do teor das informações de fl. 304, devolvam-se os autos à consideração do E. Desembargador Relator”.

Novamente foi lançado o despacho encartado as fls. 338/339, mencionando, mais uma vez que, “Dessa forma, tendo em vista que os impetrantes se referem expressamente ao processo nº 38/00, bem como que, na peça acusatória também consta que, repita-se, **‘O presente Inquérito Policial originou-se de notícia criminis encaminhada pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto indicando em sua r. sentença que, após o devido processo legal, os indivíduos condenados nos autos de processo crime nº 38/00’** (fl. 40), e considerando, por derradeiro, que a Eg. Décima Terceira Câmara de Direito Criminal julgou a apelação atinente ao mesmo, conforme se afere do processo nº 9140479-17.2005.8.26.0000 (fls. 258/260 e 314/329), **há que se remeter, agora com estas observações, em atendimento ao r. despacho fl. 336, estes autos, novamente, à douta Presidência da Seção de Direito Criminal desta Corte, para que, em atendimento a evidente prevenção constatada, através de seus bons préstimos faça com que sejam distribuídos ao Excelentíssimo Desembargador que hoje ocupa a cadeira antes pertencente ao Excelentíssimo Desembargador Lopes da Silva (fls. 258/260), à época Relator da ação originária, que ensejou a imputação ora feita a paciente e, por consequência, este writ.**

Pedido liminar foi apreciado e indeferido as fls. 346/348 pela E. Presidência desta Corte.

Foi reconsiderado, por esta Relatoria, seu entendimento anterior quanto a prevenção, a fl. 368.

E prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 372/374), pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor William Terra de Oliveira, pela denegação da ordem (fls. 400/409).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, a ordem é de ser concedida.

Isso porque P.C.A.P., companheiro da paciente, foi condenado, por v. Acórdão datado de 14/02/2008, ao cumprimento de três anos e seis meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais cinquenta e oito dias-multa, no valor unitário de 1/4 do salário mínimo, pelo cometimento do crime do art. 14, da Lei nº 6.368/76, e na mesma ocasião foi absolvido, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, quanto ao restante das imputações que lhe foram feitas na exordial, entre elas a do cometimento do delito de tráfico de drogas, na época capitulado no art. 12, da Lei nº 6.368/76.

E como decorrência de tal, a paciente G. foi denunciada nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/99, em 01/12/2014, e muito embora não exista nos autos, a instruir a inicial deste *habeas corpus*, cópia do recebimento da exordial, a decisão judicial, ora combatida, de fls. 31/37, datada de 02/02/2017, pela qual foi determinado o prosseguimento da tramitação da ação, com designação de audiência de instrução e julgamento para 17/07/2017, denota que “A denúncia foi recebida e os acusados, regularmente citados, responderam à acusação (...)” (fl. 31).

Tem-se, portanto, que se encontra em marcha, pois, a ação penal decorrente da recepção da exordial contra a paciente G., com fulcro no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, tendo a MMª Juíza prolatora desse *decisum* frisado que no caso não há aplicação retroativa de lei posterior e mais gravosa, já que “mesmo antes da reforma da Lei 9613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), realizada pela Lei nº 12683/2012, já havia previsão de crime de lavagem de dinheiro quando o crime antecedente se tratasse de tráfico de drogas (...)” (fl. 34).

Ocorre que, na espécie, quanto ao específico delito de tráfico de drogas, então capitulado no art. 12, da Lei nº 6.368/76, P.C. foi, no v. Acórdão suprarreferido, absolvido.

E quanto ao pressuposto da lavagem de dinheiro, considerando-se a infração penal antecedente, preleciona Marco Antonio de Barros, insigne Desembargador desta Corte, em sua obra *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas*: - **“Vale a pena mencionar que a legislação brasileira, originariamente, adotou uma posição intermediária em relação ao direito estabelecido por outras nações. Logo após a realização da Convenção de Viena, alguns países implantaram em suas legislações internas a tipificação penal da lavagem de dinheiro, configurando-a somente quando a ocultação dos bens, direitos ou valores tivesse como fato ilícito anterior o tráfico de**

entorpecentes. Pode-se dizer que esta foi a linha primária de legislação sobre a matéria.

Todavia, nos países que adotaram tal sistemática verificou-se que a lavagem também estava sendo utilizada como fase conclusiva de outras modalidades criminosas. A partir disso, o rol de crimes anteriores passou a ser ampliado, sendo que em algumas legislações a sua abrangência confirmou-se de forma plena e irrestrita para alcançar todo o sistema repressivo penal, figurando como exemplos desta ordem as legislações dos Estados Unidos da América, Bélgica, França, Itália e Suíça. Assim, a nossa legislação, em princípio, ficou no meio termo. Adotou-se o princípio da acessoriedade limitada, pois não se limitou exclusivamente à repressão da lavagem ou da ocultação de patrimônio obtido em consequência do narcotráfico, e também não se acomodou aos sistemas que admitem a conexão ampla e genérica dos crimes de lavagem com qualquer tipo de ilícito precedente. (...).

Não obstante tenham sido revogados todos os incisos que complementavam a redação do *caput* do art. 1º, da Lei de Lavagem, cabe alertar para o fato de que tais dispositivos devem ser levados em conta em relação aos fatos que tenham sido praticados na vigência do texto revogado. Significa dizer, por exemplo, que a lavagem do lucro decorrente da prática de um crime de roubo não pode ser imputado ao agente se o fato ocorreu no dia anterior ao da data em que entrou em vigor a Lei 12.638/2012. O crime de lavagem, neste caso, é atípico, por falta de previsão legal. O crime de roubo não constituía um dos elementos normativos do tipo, isto é, não fazia parte do rol de crimes antecedentes. Nesse ponto a redação anterior do dispositivo é mais favorável para o réu. Portanto, ainda que a conduta do agente lavador se inicie ou tenha continuidade na vigência da lei atualmente em vigor, se o crime principal, do qual decorre o lucro ilícito, não constava do rol de crimes antecedentes, não se pode imputar-lhe o crime de lavagem. Firmamos este entendimento com base nas máximas de que não há crime sem lei anterior que o defina, e de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (*op. cit.*, 4ª ed., RT, São Paulo, 2013, p. 53/54).

Ainda sobre a questão ensina Rogério Filippetto, em sua obra *Lavagem de Dinheiro – crime econômico da pós-modernidade*: - “**No Brasil, o crime antecedente é elementar do crime de lavagem e a conexão entre eles é grafada na lei respectiva. Essa conexão não é de natureza apenas processual ao estabelecer o juízo competente em função do crime prévio praticado. Cuida-se de uma conexão de Direito material, evidenciada pelo liame existente entre o crime antecedente e o de lavagem, resultado da norma processual.**” (*op. cit.*, ed. Lumen Juris, p. 103, Rio de Janeiro, 2011).

Portanto, tem-se que, na espécie, a pretensão esposada na denúncia

recepcionada contra a paciente é de mover-se, quanto à mesma, a persecução penal por prática de crime de lavagem de dinheiro, consistente em emprestar sua conta bancária a P.C., para nela serem movimentadas quantias decorrentes do exercício da narcotraficância, delito expressamente referido no segundo parágrafo da r. decisão iniciada a fl. 34 como sendo o que antecedeu o ilícito em tela, pelo qual o imputado P. foi absolvido no já distante ano de 2008, de forma definitiva, em v. Aresto, aqui também já mencionado.

Não há, pois, como subsistir, a nosso ver, o crime posterior, diante da sistemática processual pátria adotada na espécie.

Isto posto, concede-se a ordem em prol de G.C.M., para que seja trancada a ação penal nº 0034186-34.2004.8.26.0576, quanto a mesma, que ora tramita na Quinta Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, dando-se ciência de tal à MMª Juíza, para as providências pertinentes ao caso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 2160405-83.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALESSANDRA MARTINS GONÇALVES JIRARDI e Paciente AMARILDO RIBEIRO DA SILVA.

**ACORDAM**, em 7ª 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 7.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

OTAVIO ROCHA, Relator

**Ementa: *Habeas Corpus* – Alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa – Magistrada que teria obstado o paciente de exercer o direito de livre escolha de seu advogado de confiança – Vício que não se verifica – Atuação de advogado constituído que causou tumulto processual, atrasando a edição de sentença pelo Juízo de Primeiro Grau, em detrimento dos interesses do paciente e de outros corréus que se encontravam presos preventivamente – Correta a decisão judicial que desconstituiu o advogado e**

**nomeou a Defensoria Pública para atuar a favor do paciente – Ação penal que retomou sua marcha processual, encontrando-se nesta Instância Superior por força dos recursos manejados pelo paciente e demais acusados – Prisão cautelar que se justifica para manutenção da ordem pública – Paciente que possui envolvimento com facção criminosa, tendo sido condenado a longa pena por tráfico de entorpecentes – *Writ* denegado.**

## VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela i. Advogada Dra. Alessandra Martins Gonçalves Jirardi, a favor de AMARILDO RIBEIRO DA SILVA, sob a alegação de que ele estaria sofrendo ilegal constrangimento por ato da MMª. Juíza de Direito da 24ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital que, reputando o paciente *indefeso*, afastou o advogado constituído (Dr. Gildásio Marques Vilarim Junior) e nomeou um *defensor público* para prosseguir atuando nos autos da Ação Penal nº 0059817-54.2014.8.26.0050, cuja denúncia descreve delito previsto no art. 33, *caput*, cc. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

Alega a i. Advogada que a r. decisão judicial ora questionada padece de nulidade absoluta por caracterizar cerceamento de defesa, já que a d. Magistrada de Primeiro Grau teria obstado o paciente de exercer o direito à livre escolha de seu defensor, ato que seria fonte de nulidade absoluta.

Ressalta, ainda, que após a determinação de afastamento do Dr. Gildásio da condição de advogado de AMARILDO, este foi intimado para constituir novo defensor, oportunidade na qual teria insistido na continuação do referido causídico na defesa de seus interesses nos autos da ação penal enfocada na impetração.

Diante dessa circunstância, postula a declaração da nulidade do processo, a partir da fase de *alegações finais*, com a recondução do *advogado de confiança* do paciente AMARILDO ao patrocínio da causa, renovando-se a abertura de vista dos autos para sua manifestação. Requer ainda a expedição de alvará de soltura a favor do paciente.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 969/976.

Dispensada a solicitação de informações judiciais, os autos foram encaminhados à Egrégia Procuradoria de Justiça de *Habeas Corpus* e Mandados de Segurança Criminais, cujo parecer foi pela denegação da ordem (fls. 991/996).

### **É o relatório.**

A ordem deve ser denegada.



Primeiro, cumpre assinalar que a matéria veiculada na presente impetração já foi parcialmente avaliada por este relator quando do julgamento<sup>1</sup> do Mandado de Segurança nº 2165722- 96.2016.8.26.0000, impetrado pelo advogado Dr. Gildásio Marques Vilarim Junior contra a r. decisão judicial que, nos termos do art. 265, *caput*, do CPP, arbitrou-lhe multa de 10 salários-mínimos nos autos da Ação Penal nº 0059817-54.2014.8.26.0050, que tramitou na Vara de origem.

Conforme constou do *mandamus* – e é reiterado nesta oportunidade –, o referido advogado, então constituído pelo paciente AMARILDO, arguiu *litispendência* por entender que já existiria *idêntica* ação penal em andamento perante outro juízo, tese que foi rejeitada pela d. Magistrada de Primeiro Grau.

Insistindo na questão, o i. causídico interpôs *correição parcial*<sup>2</sup> e *carta testemunhável*<sup>3</sup>, visando “(...) *compelir a Magistrada a proferir despacho no tocante à arguição de ‘bis in idem’* (...)”.

A d. Juíza de Direito, Dra. Giovana Furtado de Oliveira, decidiu nos seguintes termos (fls. 692/694)<sup>4</sup> [não grifado no original]:

*“(...) Mais uma vez, embora regularmente intimado, o defensor constituído do acusado Amarildo não apresentou as suas alegações finais, por memorial (cf. certidão de fls. 661, verso), o que está impedindo o regular andamento do feito, com a prolação da sentença. E não pode este Juízo ficar à mercê de uma estratégia de defesa desconhecida, mas aparentemente desleal, quiçá espúria, notadamente porque há outros seis réus presos nesta ação penal, cujos patronos tempestivamente realizaram os atos que lhes competiam, estando todos, portanto, à espera do efetivo julgamento, que não se realiza por culpa exclusiva do defensor constituído do acusado Amarildo. Tal situação é inadmissível no processo penal, em especial à luz do princípio que dispõe que o processo deve ter duração razoável, não podendo restar assim obstado por imposição ou omissão de qualquer das partes, sobretudo quando esta, reiteradamente e de forma deliberada, deixa de praticar ato essencial que lhe compete.*

*‘Tal atitude, em evidente e enorme prejuízo a todos os envolvidos no feito, inclusive o próprio acusado Amarildo, que está preso preventivamente, também aguardando o julgamento, revela que a referida Defesa não está se prestando ao fim para a qual foi constituída, verificando-se, em consequência, que o réu Amarildo, e verdade, está indefeso nos autos.*

*(...).*

1 O MS nº foi julgado por esta 7ª Câmara Criminal, na sessão realizada em 15.12.2016, oportunidade na qual foi concedida parcialmente a ordem para afastar a aplicação da multa de 10 salários-mínimos imposta ao advogado Dr. Gildásio Marques Vilarim Junior.

2 Em 2.6.2016.

3 Em 25.7.2016.

4 Em 5.8.2016.

'Deste modo, declaro o réu Amarildo indefeso nos autos, destituo seu atual defensor, Dr. Gildasio Marques Vilarim Junior, OAB/SP nº 298.548, do patrocínio da causa e determino que este réu seja imediatamente intimado a constituir novo defensor, em 48 horas, sob pena de lhe ser nomeada a Defensoria Pública para defesa de seus interesses.

(...).

'Verifico, outrossim, que a não prática, pelo então patrono do réu Amarildo, do ato processual para o qual foi reiteradamente intimado equivale a abandono injustificado da causa, de maneira que, com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal, aplico-lhe multa no valor equivalente a 10 (dez) salários-mínimos, que deverá ser recolhida no prazo dias, sob pena de inscrição na dívida ativa.

'Por fim, determino a extração de cópia desta decisão e seu encaminhamento à Ordem dos Advogados do Brasil, para a adoção das medidas correicionais referentes ao Dr. Gildasio Marques Vilarim Junior, OAB/SP nº 298.548. (...)'.

Como se infere da documentação que instrui o presente *habeas corpus* e das informações prestadas pela d. Autoridade Judicial apontada como coatora, ao manejar as mencionadas *correição parcial e carta testemunhável* visando o acolhimento da sua tese jurídica (*litispendência*), o Dr. Gildásio efetivamente causou embaraço ao andamento da ação penal, em detrimento dos demais acusados (em número de seis) que estavam presos preventivamente, uma vez que somente com a apresentação das suas alegações finais poderia prosseguir regularmente.

No caso concreto, o prejuízo à instrução penal decorreu de duas razões.

Primeiramente, da não observância pelo Dr. Gildásio de que existia decisão judicial anterior que havia indeferido a propalada *litispendência*, de sorte que esse debate, com o encerramento da instrução, já estava suplantado pelos efeitos da preclusão.

Em segundo, do manifesto atraso no desfecho da *prestação jurisdicional* gerado por sua insistência – caracterizada pela interposição de recursos inadequados, que motivou a tomada de medidas enérgicas para a preservação do *devido processo* legal, uma delas consistente na sua substituição por um *defensor público*, por ter o paciente ficado “*indefeso*”, segundo entendimento da d. Magistrada que presidia o processo.

Tais circunstâncias bem demonstram que a atuação do i. advogado Dr. Gildásio causou *tumulto processual*, especialmente em razão do manejo de medidas desnecessárias que resultaram no retardamento da edição da sentença condenatória<sup>5</sup>, proferida somente em 2.9.2016, após o lapso de quatro meses da

5 De acordo com fls. 716/741, AMARILDO foi condenado às penas de 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 1.250 dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao art. 33 da Lei de

sua intimação para apresentação de *alegações finais* (fl. 669).

Dessa forma, ainda que não tenha havido tecnicamente “*abandono da causa*” (art. 265, *caput*, CPP) – o que levou esta Corte a determinar o afastamento da multa que lhe fora imposta<sup>6</sup> –, não se pode ignorar que a *destituição* do Dr. Gildásio foi motivadamente decretada pela d. Juíza de Direito<sup>7</sup>, encontrando justificativa na necessidade de evitar-se maior prejuízo ao paciente.

É certo que AMARILDO foi intimado pessoalmente para indicar novo defensor de sua confiança, tendo insistido na manutenção do i. causídico ora afastado por decisão judicial (fl. 705).

Ocorre que, embora o artigo 262, “*caput*”, do Código de Processo Penal, ressalve o direito de o acusado escolher quem deva representa-lo como advogado e “*a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação*”, tal norma não possui eficácia absoluta, posto que o próprio Código, no artigo 497, que trata dos procedimentos relativos aos “*crimes contra a vida*” (entre eles os homicídios qualificados, dentre os mais gravemente apenados do Código Penal), dispõe que “*São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código... V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso...*”.

Evidente, pois, que em face do princípio “*in eo quod plus est semper inest et minus*”<sup>8</sup>, pode o juiz da causa, em situações excepcionais, determinar o afastamento do advogado que causa prejuízo ao bom andamento da causa (e, particularmente, a outros que figuram como acusados na mesma ação penal e não são por ele representados), sem que tal implique cerceamento de defesa, uma vez que o interesse comum que orienta a intervenção estatal na esfera penal, ao mesmo tempo que impõe aos agentes estatais a observância de padrões mínimos para a aplicação do Direito Penal (é dizer, os princípios e garantias constitucionais e leis penais e processuais), também impedem que fiquem à mercê da alternância de vontade do particular quanto aos modos pelos quais deve operar-se a *persecutio criminis in iudicio*, sob pena de ofensa ao *due process of law*.

Por tais razões, em face da criticada atuação do i. advogado Dr. Gildásio, em particular no tocante ao manifesto atraso causado na prestação jurisdicional, em detrimento dos demais agentes presos preventivamente, há que concluir-se que andou bem a d. Juíza de Primeiro Grau ao reputar AMARILDO “indefeso”, nomeando outro defensor para tutelar seus interesses na ação penal objeto da

Drogas.

6 Quando do julgamento do MS nº 2165722-96.2016.8.26.0000.

7 Não configurando, por isso, ofensa à norma do artigo 263, “*caput*”, do Código de Proc. Penal.

8 Segundo CARLOS MAXIMILIANO em sua obra *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª edição, 2011, pág. 200, o brocardo significa literalmente “*Aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos*” (No âmbito do mais sempre se compreende também o menos)”.

impetração.

Ademais, não se pode perder de vista que a persecução penal encontra-se, atualmente, em avançado estágio de processamento, já tendo as partes interessadas (inclusive AMARILDO – fl. 814) apresentado recursos de apelação contra a sentença condenatória, tendo sido os autos principais encaminhados a esta Instância Superior para seu oportuno julgamento<sup>9</sup>.

Qualquer alteração no tocante à representação de um dos acusados, sem justa causa, apenas implicaria nova e indesejada distensão do tempo para a solução final da causa, o que não se pode admitir.

A propósito, como bem ressaltou o d. Promotor de Justiça Designado, no r. parecer de fls. 991/996,

“(…) Observa-se... que a decisão judicial foi perfeitamente fundamentada. Tratava-se de ação penal com réus presos e a omissão do advogado constituído do paciente gerava o retardamento na prestação jurisdicional.

‘Ao que consta, o paciente foi intimado e afirmou que gostaria de continuar sendo defendido pelo advogado Dr. Gildásio.

‘Não tendo outra alternativa, a ilustre magistrada nomeou a defensoria pública, que ofertou as alegações finais.

‘Em seguida foi proferida sentença, que acabou por condenar o paciente à pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do tráfico de drogas, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

‘Neste contexto, observa-se que a ilustre magistrada justificou a destituição do advogado Dr. Gildasio, levando em consideração outros interesses em conflito na ação penal.

‘Os demais réus presos na ação penal não podiam ficar aguardando mais tempo sem sentença enquanto o advogado do paciente não apresentava suas alegações finais, injustificadamente, causando tumulto processual.

‘Tal circunstância, inclusive, restou evidenciada no acórdão que julgou o mandado de segurança interposto pelo advogado Dr. Gildásio contra a imposição de multa (autos nº 2165722- 96.2016.8.26.0000): (...).

‘Não houve, evidentemente, intenção da magistrada de desrespeitar o direito do paciente em escolher seu defensor. (...)”.

Por outro lado, com a impetração postula-se também a revogação da prisão cautelar de AMARILDO.

Analisando-se a documentação constante dos autos, especialmente o teor da r. sentença condenatória reproduzida às fls. 716/741, é possível extrair que AMARILDO e outros seis comparsas – todos envolvidos com a

<sup>9</sup> Os autos estão em carga com a Procuradoria de Justiça Criminal para manifestação, desde 2.6.2017.

facção criminosa denominada “PCC” –, no dia 8.7.2014, por volta das 13h, foram surpreendidos por policiais, nas proximidades da “Estação de Metrô do Jabaquara”, transportando cerca de 30kg de cocaína para comercialização ilícita de drogas.

Em face do ocorrido, o paciente foi condenado a descontar 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, por violação ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Ao lançar o édito penal condenatório, a d. Julgadora negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, nos seguintes termos: “(...) *Em virtude da presente decisão, e considerando-se também a gravidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes em questão, praticado por integrantes da organização criminosa do PCC, e a quantidade e regime de pena impostos, os réus não fazem ‘jus’ ao benefício de recorrer em liberdade. Acrescentem-se a reincidência dos acusados Fernando, Glauce e Mohamed, bem como os antecedentes criminais de Amarildo, tudo a revelar que sua liberdade representa ameaça à ordem pública. (...)*”.

Bem se vê que a prisão preventiva era mesmo de rigor e deve ser mantida, inclusive para manutenção da paz social, conforme mencionado no título penal condenatório.

Em suma, não se vislumbra o constrangimento ilegal propalado na impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO** o *habeas corpus*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2181149-02.2017.8.26.0000, da Comarca de Serrana, em que é paciente ANTÔNIO SARILHO NETO e Impetrante JEFFERSON HADLER.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam parcialmente a ordem, tão somente para, no que concerne ao objeto da ‘Execução de Sentença nº 798.492’, se declarar extinta a punibilidade do paciente ANTÔNIO SARILHO NETO, pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (única à qual remanesceia sujeito). Comunique-se à douta autoridade impetrada. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 26 de outubro de 2017.

DE PAULA SANTOS, Relator

**Ementa:** *HABEAS CORPUS* – Execução Criminal – Pleito de extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena prisional em regime aberto e de restituição de quantias pagas a título de parte da prestação pecuniária, antes de sua reconversão em privativa de liberdade – Pena prisional de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas prestações pecuniárias destinadas às duas vítimas sobreviventes e aos familiares das duas vítimas fatais – Reconversão destas penas restritivas de direitos em pena privativa de liberdade, ante a ausência de pagamento integral – Audiência de advertência quanto às condições do regime aberto realizada em 27/12/2012 – Determinação, como condição do cumprimento da pena, de comparecimento do paciente em juízo quando intimado – Intimação do paciente para que passasse a comparecer mensalmente realizada apenas em 2017 – Interpretação do Juízo *a quo*, de que o cumprimento da pena em regime aberto somente se iniciou com esta última intimação, que não pode ser aceita – Cabível reconhecer a extinção da pena privativa de liberdade, pois já cumprida desde a audiência de advertência – Paciente que só não vinha comparecendo mensalmente porque foi advertido de que deveria comparecer apenas quando intimado para tanto – Período em que ficou sujeito às demais condições do regime aberto – Ora desacolhido, contudo, o pleito de devolução dos valores pagos a título de parte da prestação pecuniária – Quantias que podem ser abatidas de eventual indenização civil – Inteligência do artigo 45, § 1º, do CP – Ordem parcialmente concedida, para reconhecer o cumprimento da pena imposta ao paciente, com extinção de sua punibilidade.

## VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por JEFFERSON HADLER a favor de ANTÔNIO SARILHO NETO, contra ato do Juízo da Vara

Única da Comarca de Serrana.

Sustenta o impetrante, em síntese, que: a) o paciente foi condenado em 20 de agosto de 2004 ao pagamento de 02 (duas) prestações pecuniárias no valor de 20 (vinte) salários mínimos cada uma, além da suspensão da habilitação por 02 (dois anos), por crime de trânsito; b) o Tribunal manteve a sentença recorrida; c) foi iniciada a execução da sentença, ocorrendo a audiência de advertência em 26 de novembro de 2008, em que ficou determinado que o paciente realizaria o pagamento, sob pena de conversão em pena privativa de liberdade (regime aberto); d) o paciente efetuou parte do pagamento, totalizando R\$ 13.713,53, sem acréscimos; e) o Ministério Público, entendendo que o paciente não estava cumprindo a penalidade a que foi submetido, requereu a conversão da pena pecuniária em pena privativa de liberdade; f) a MM. Juíza determinou que pena pecuniária fosse convertida em privativa de liberdade, pelo prazo da pena prisional fixada na sentença (dois anos e oito meses), a ser cumprida em regime inicial aberto, tornando sem efeito a substituição; g) foi expedido mandado de prisão, devidamente cumprido; h) em 27 de dezembro de 2012, conforme termo da audiência de advertência, o paciente foi advertido de que a sua pena restritiva de direitos havia sido convertida em pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime aberto; i) o paciente tentou o restabelecimento da pena pecuniária, porém tal requerimento foi ignorado; j) o paciente, consciente de que estava cumprindo sua pena em regime aberto, em 16 de julho de 2013, peticionou justificando sua ausência da cidade em virtude de reunião decorrente de sua atividade profissional; k) repetiu a justificativa em 25 de setembro de 2013, oportunidade em que alertou o juízo de que a audiência para restabelecimento da pena pecuniária não havia sido realizada e de que, diante de tal demora, seria prudente o cumprimento da pena como imposta; l) em 21 de novembro de 2013 justificou mais uma vez sua ausência em virtude de sua atividade profissional; e o fez novamente em 22 de julho de 2014; m) todas justificativas foram apresentadas porque o paciente tinha plena certeza de que estava cumprindo a pena que lhe fora imposta em regime aberto; n) em 07 de janeiro de 2015, pensando que já havia cumprido sua pena, o paciente peticionou requerendo a extinção do processo e o levantamento dos depósitos realizados, sendo que o Ministério Público requereu o cálculo de liquidação; o) o Ministério Público requereu a intimação do paciente para pagamento integral da multa, mas o paciente esclareceu que houve a conversão da pena pecuniária em privativa da liberdade, requerendo a extinção do processo pelo cumprimento da pena e o levantamento da importância depositada, já que não há cumulatividade nas penas impostas; p) a princípio o Ministério Público pediu o cálculo de cumprimento e, após, o MM. Juiz *a quo* determinou, em 26/05/17, que o paciente fosse intimado para comparecimento mensal, devendo ser advertido das condições do regime aberto; q) o paciente foi intimado em 11 de setembro de 2017 e assinou o termo



de comparecimento, mas, a contar da audiência de advertência ocorrida em 27 de dezembro de 2012, já transcorreram mais de 4 anos e meio, pelo que a pena imposta já foi cumprida; r) a contar do início do processo de origem, incluindo a execução já transcorreram mais de 17 anos; s) o constrangimento continua, pois compareceu à audiência de advertência de conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade (regime aberto), em 27 de dezembro de 2012 e, somente agora, passados mais de 4 anos e meio, é que a Juíza determinou sua intimação para comparecimento mensal, ainda que por diversas vezes tenha justificado suas viagens em virtude de sua atividade profissional, pensando estar cumprindo a pena imposta; t) o paciente já cumpriu sua pena e deve ter extinta punibilidade, extinguindo-se também o processo, bem como deve haver autorização para o levantamento das importâncias depositadas, tendo em vista que as penalidades que sofreu não foram cumulativas. Requer “*a concessão da ordem de habeas corpus, para extinguir a punibilidade diante do cumprimento da pena e a liberação dos depósitos realizados tendo em vista a não cumulatividade das penas impostas, pois seu prosseguimento, a toda evidência, desaguará em nulidade absoluta, trazendo constrangimento ilegal ao mesmo, o qual já cumpriu sua pena, e assim deverá julgar por ser de inteira Justiça*” (fls. 09).

Não houve pedido expresso de concessão de medida liminar. Foram, então, requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 295/296).

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela parcial concessão da ordem “*para que o MM. Juízo da Execução analise novamente o pedido de extinção da pena considerando como termo inicial do cumprimento a audiência de advertência das condições do regime aberto*” (fls. 323/329).

### **É o relatório.**

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 302 (por duas vezes) e no artigo 303 (também por duas vezes), ambos da Lei nº 9.503/97, a 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial aberto, com suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo período de 02 (dois) anos. A pena prisional foi substituída por duas prestações pecuniárias, no valor de 20 (vinte) salários mínimos cada uma, “*sendo uma aos familiares das vítimas Liberato e José e outra às vítimas Gervásio e Natalino*” (fls. 297/308). A r. sentença condenatória foi mantida pelo v. Acórdão copiado a fls. 309/314.

O paciente foi intimado a cumprir as citadas penas restritivas de direitos em audiência de advertência realizada em 26/11/2008 (fls. 315/316).

Contudo, em razão de não haver efetuado o pagamento integral das prestações pecuniárias que lhe foram impostas, foram elas convertidas em pena privativa de liberdade por decisão prolatada em 04/12/2012, do seguinte teor:

“Razão assiste ao ministério Público, de modo que o sentenciado deixou de cumprir a pena substitutiva que lhe foi aplicada. Por esta razão, torno sem efeito a substituição e, com fundamento no artigo 44, §4º, do Código Penal, converto a pena em privativa de liberdade, pelo prazo da pena restritiva de direitos, a ser cumprida em regime inicial aberto, fixado em sentença. Expeça-se mandado de prisão, consignando-se o regime aberto, devendo o preso ser imediatamente apresentado em juízo para ser advertido sobre as condições para o início do cumprimento de pena” (fls. 317).

Em 27/12/2012, realizou-se **audiência de advertência sobre as condições do regime aberto**. Nesta audiência específica, foi, portanto, cientificado o paciente das condições estabelecidas para o cumprimento, em regime aberto, da pena privativa de liberdade a ele imposta, que foram as seguintes: “a) *pernoite obrigatório na residência, saindo apenas para o trabalho, às 6h00, devendo retornar até às 22h00, impreterivelmente, devendo nos dias em que não houver trabalho, ficar recolhido na sua residência; b) não mudar de endereço ou se ausentar da sede da comarca, sem prévia autorização do Juízo; c) não frequentar bares, similares ou estabelecimentos de reputação duvidosa e d) comparecimento em Juízo para comprovação de residência fixa na Comarca e trabalho lícito quando intimado. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar crime doloso, falta grave ou sofrer condenação*” (fls. 318).

Dessume-se que, uma vez cientificado de tais condições, passou a cumpri-las.

Porém, aos 25/05/2017, foi proferido o seguinte despacho: “*Intime-se o sentenciado para comparecimento mensal, onde deverá ser advertido das condições do regime aberto*” (fls. 215). O paciente foi, então, intimado, conforme certidão copiada a fls. 282.

Alega o impetrante haver excesso de execução, no que diz respeito ao cumprimento da pena, bem como requer a extinção da punibilidade do paciente, por entender que o prazo da sanção privativa de liberdade se escoou desde aquela audiência de advertência (sobre o regime aberto) realizada em 27/12/2012, bem como o reembolso das quantias pagas a título de prestação pecuniária.

No tocante à extinção de pena prisional pelo cumprimento, razão assiste ao impetrante.

Como visto, após a reconversão das penas restritivas de direitos, ante o não pagamento integral das prestações pecuniárias fixadas, foi realizada audiência de advertência, ocasião em que cientificado o paciente acerca das condições de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, as quais ficaram explicitadas no respectivo termo. Entre elas, constou expressamente:

“*comparecimento em Juízo para comprovação de residência fixa na Comarca e trabalho lícito quando intimado*” (grifei – fls. 318).

Ora, referida audiência foi realizada em 27/12/2012, tendo a pena imposta ao paciente a duração de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, conforme consta da r. sentença condenatória copiada a fls. 297/308. E, desde então, o paciente, por inequivocamente cientificado, ficou sujeito às diversas obrigações decorrentes do cumprimento da sanção em regime aberto, já elencadas. Ou seja, suportou os ônus correspondentes. E, se não se apresentou periodicamente em juízo, foi, evidentemente, porque se estabeleceu que deveria fazê-lo “*quando intimado*”. Logo, não merece guarida o entendimento de que, determinada agora, no ano de 2017, pelo Juízo da Execução, a intimação do paciente para comparecimento mensal, somente a partir disto se deve considerar iniciado o cumprimento da pena em regime aberto.

Com efeito, as condições foram impostas e delas foi cientificado o paciente naqueles idos de 27/12/2012. E constou até mesmo das informações prestadas pelo Juízo: “*O Ministério Público manifestou-se desfavoravelmente aos pedidos, tendo em vista que o sentenciado não estava comparecendo em juízo, em razão da determinação pelo juízo de Ribeirão Preto de comparecer somente quando intimado*” (grifei – fls. 295).

Mas, se ele não estava comparecendo em razão da expressa determinação daquele Juízo, é óbvio que não pode ser prejudicado por isto.

A correspondente condição imposta (sem prejuízo das demais, às quais ele desde logo ficou sujeito), pela leitura do termo de audiência, portanto, era a de que o paciente deveria comparecer em Juízo “*quando intimado*”. Ou seja, sempre que instado a comparecer, deveria fazê-lo.

Uma vez que o paciente não foi intimado antes para tanto, só agora, em 2017, se determinando sua intimação para comparecimento mensal, não haveria mesmo de comparecer em juízo em oportunidades anteriores. Contudo, não é possível afirmar que, neste contexto, o cumprimento de sua pena não se iniciou.

Ao revés, em todas as ocasiões em que precisou se ausentar da Comarca por motivos profissionais, peticionou ao Juízo, comprovando suas atividades fora dela (fls. 205/206, 217/218, 225/226, 235/236). Em uma destas oportunidades, inclusive, o Juízo determinou, ao apreciar o pedido, que se anotasse o informado como “*justificativa à ausência da comarca*” (fls. 213).

Logo, o paciente agiu e foi tratado como sentenciado em cumprimento de pena. E, deveras, estava a cumpri-la.

Como bem ponderou a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, “*o Douto Promotor de Justiça, a fl. 278, entendeu que **havia sido estabelecido o comparecimento mensal como condição do regime aberto** condicionado o início da execução penal à intimação do paciente que ainda não havia*

*ocorrido, razão pela qual requereu a intimação daquele para comparecimento mensal, onde deveria ser advertido das condições do regime aberto, o que ocorreu somente em 25.05.2017. (fl. 251). Contudo, data maxima venia, não nos parece ser a melhor interpretação do referido decisório. Depois da conversão das penas restritivas de direito em privativa de liberdade o paciente foi advertido das condições do regime aberto, entre elas o comparecimento em juízo para comprovar residência fixa e trabalho **quando intimado**. (grifamos). A interpretação de tal condição, para nós, não deixa margem a dúvidas, ou seja, deveria comparecer apenas quando fosse intimado. O início da execução da pena em regime aberto, assim, se deu, para nós, na audiência referida, na qual o paciente foi advertido das condições, não sendo possível a interpretação no sentido de que isso somente ocorreria a partir de 25.05.2017, diante do requerimento ministerial (fl. 320). Tanto é verdade que o paciente deu início à execução da pena em regime aberto, que intimado para justificar suas atividades a requerimento do Ministério Público (fl. 159) ele o fez anexando os documentos de fls. 169 e seguintes, em **fevereiro de 2013**. Assim, assiste razão ao D. Impetrante quando pretende considerar como data de início da execução da pena em regime aberto a data da audiência de advertência já citada, ou seja, 27.12.2012” (fls. 327/328 – grifos no original).*

Assim, desde a realização da aludida audiência de advertência, em – repita-se – 27/12/2012, até a prolação do despacho copiado a fls. 320, proferido em 25/05/2017, não foi determinado o comparecimento do paciente em Juízo.

Está evidenciado que, neste interregno, não se verificou o descumprimento, pelo paciente, de qualquer das condições que lhe foram impostas naquela audiência de 27/12/2012, mesmo porque a autoridade apontada como coatora, em suas informações, nada noticiou neste sentido.

Cumprir destacar que ao paciente foi imposta a pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, em regime aberto. E, cientificado expressamente, em 27/12/2012, das condições (entre as quais não constava comparecimento mensal, mas, sim, o dever de comparecer sempre que intimado), tem-se que tal prazo se escoou sem que tenha sido constatado o concreto descumprimento de qualquer das obrigações explicitadas.

Assim, a extinção de sua punibilidade, pelo cumprimento da pena prisional (única à qual remanesce sujeito), é medida que se impõe.

Contudo, não merece agasalho o pleito de devolução dos valores pagos anteriormente a título de parte das prestações pecuniárias.

Com efeito, o paciente não efetuou seu integral recolhimento, razão pela qual houve reconversão em pena privativa de liberdade (cujo cumprimento ora se reconhece, com extinção da punibilidade).

Entretanto, não é possível o levantamento dos valores pagos, uma vez

que destinados às duas vítimas sobreviventes e aos familiares das duas vítimas fatais, com possibilidade de abatimento de eventual indenização civil, a teor do que dispõe o artigo 45, §1º, do Código Penal: “*A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários*” (grifei).

De resto, se o paciente deixou de efetuar o pagamento das prestações pecuniárias e isto gerou sua reconversão em pena privativa de liberdade, foi ele quem deu causa a tal situação.

Neste ponto, portanto, não é possível dar guarida à insurgência do impetrante.

Diante do exposto, **concede-se parcialmente a ordem**, tão somente para, no que concerne ao objeto da “*Execução de Sentença nº 798.492*”, se declarar extinta a punibilidade do paciente ANTÔNIO SARILHO NETO, pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (única à qual remanesce sujeito). Comunique-se à douta autoridade impetrada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2211694-55.2017.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é impetrante SILVIO CARLOS ALVES DOS SANTOS e Paciente EDSON VANDO DE LIMA.

**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 37.944)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

**Ementa: *HABEAS CORPUS*. Suposto cometimento do delito de organização criminosa voltada à prática de fraude em procedimentos licitatórios. Paciente que seria sobrinho de corrêu apontado como líder da organização, atuando com a suposta função de direcionar procedimentos licitatórios para os**

**produtos produzidos por sua empresa e de outros envolvidos. Requisitos da custódia preventiva que se fazem presentes. Necessidade de resguardar a ordem pública, garantir a conveniência da instrução criminal e a futura aplicação da lei penal. Decisão impugnada que se encontra suficientemente fundamentada. Indicação de que, mesmo após o início das investigações, a organização continuava a atuar, refinando seus métodos. Manutenção da situação do increpado. Ordem denegada.**

## VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Edson Vando de Lima, apontando-se como autoridade coatora a MM. Juíza da 3ª Vara Criminal da Comarca de Limeira.

Em resumo, alega o impetrante que o paciente padece de constrangimento ilegal, pois, no seu modo de ver, a denúncia não teria descrito a conduta perpetrada, além de estar fundada em Lei posterior à prática dos fatos. Sustenta, ainda, que não se fariam presentes os pressupostos da custódia cautelar, além da aparente violação ao preceito da *presunção de inocência*, senso possível a adoção de medidas cautelares alternativas, especialmente por seus predicados pessoais, os quais justificariam responder ao feito em liberdade.

Alega que a empresa que era de propriedade do paciente teve suas atividades encerradas em 30.8.2014, portanto, em data anterior à instauração do PIC (Procedimento Investigativo Criminal), não tendo mais participado de qualquer procedimento licitatório desde então.

Por derradeiro, suscita aparente desproporcionalidade entre a custódia preventiva e a eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética prolação de r. sentença condenatória.

Requer, nestes termos, a concessão da ordem para que seja revogada a prisão preventiva ou, subsidiariamente, substituída por cautelares alternativas ao cárcere.

Indeferido o pleito liminar (fls. 400/412), vieram aos autos as informações judiciais requisitadas (fls. 417/419) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, este pela denegação da ordem (fls. 422/433).

É o relatório.

### **Voto n. 37.944**

Respeitosamente, denego a ordem postulada e justifico.

Aqui não cabe exame do fato. Acolher qualquer tese defensiva sustentada

em sede de *habeas corpus* demandaria minucioso exame do conjunto fático e probatório, o qual há de ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução processual contraditória.

Lembramos, demais disso, e de antemão, que os critérios propostos na presente impetração não são absolutos nem no Col. Pretório Excelso, servindo de exemplo pronunciamento do Min. Luiz Fux, em 23.6.2015, no julgamento do RHC 121.075/AL: “(...) há hipóteses excepcionais, nas quais a violência e gravidade dos crimes imputados aos réus geram tamanho clamor popular, que a manutenção dos condenados em liberdade põe em risco a ordem pública e recomendam a prisão, nos termos do artigo 312 do CPP, independentemente de primariedade ou bons antecedentes dos condenados (...)”.

Invocado o paradigma, cf. destacado desde a distribuição, nos é imperioso predicar que, a despeito dos argumentos expendidos na impetração, as circunstâncias de fato e de direito, até aqui evidenciadas com base empírica idônea, cf. jurisprudência do Col. Pretório Excelso (HC 129.472/RJ; RHC 128.070/RJ; RHC 128.241/SC; HC 126.663/MG HC 125296/PR), não autorizam a concessão da ordem.

A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O art. 312 do Cód. de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

Sobre o assunto, sempre adequado recordar, que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade, sem que no caso concreto esse axioma seja lido extremadamente, de sorte a concitar para a impunidade ou deixando vítimas e sociedade à disposição dos infratores.

Feitas estas observações é de se levar em conta que o édito em questão nem exige fundamentação exaustiva, suficiente a presença de indicadores concretos baseados na real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 10.8.2015), lição que cabe nos presentes autos. Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que “constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica”, explica Paolo Tonini, professor de Florença, como deve ser entendida a exigência da motivação: “Isso não significa



que o juiz deve argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão” (“La prova penale”, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

Nem se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do juriconsulto. Nenhum Juiz delibera sobre prisão a partir de situações hipotéticas, mas diante de um caso real, concreto, verdadeiro, que será objeto de discussão sob o pálio do contraditório, de molde que aqui não se viola verbete algum de qualquer das Cortes superiores. O flagrante, o inquérito reportam circunstâncias históricas postas no mundo tridimensional, inadequado cogitar-se estarmos aqui realizando perseguição em relação a esta ou aquela modalidade criminosa.

Repito, não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências, em acordo com lição de Basileu Garcia (in “Comentários ao Código de Processo Penal”, 1ª ed., Forense, 1945, vol. III, nº 435, pág. 476, grifei; RJTACrim, 42/254).

Daí porque imprescindível a verificação concreta, em cada caso, da necessidade da adoção dessa medida extraordinária, o que ficou evidente no caso em tela.

Está provada a materialidade e há suficientes indícios de envolvimento do paciente, elementos que dão ensejo ao que a doutrina designa de *fumus commissi delicti*.

Segundo a exordial acusatória, o paciente está sendo acusado da pretensa prática do delito de organização criminosa voltada à prática de fraudes em licitação (art. 2º, §4º, II da Lei n. 12.850/2013).

A denúncia ministerial, ao descrever a conduta do ora paciente, relata que o increpado seria sobrinho do corréu *Daniel Palmeira de Lima* e teria supostamente exercido a função comissionada de assessor parlamentar, vinculado ao gabinete de seu tio, até o dia 31.12.2006.

Em 17.10.2008, o ora paciente constituiu, na cidade de Tabapuã, a empresa *Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda.*, com capital social de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

E segue a exordial acusatória, dizendo que o increpado aparentemente teria participado ativamente da organização criminosa, sob as ordens de *Daniel Palmeira de Lima*, perpetrando fraudes em licitações públicas, por meio da

empresa *Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda.*, consistente na conduta de montar propostas, combinar preços e afastar concorrentes, desfigurando o caráter competitivo do processo licitatório a fim de pretensamente obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

A empresa *Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda.* teria sido eleita por *Daniel Palmeira de Lima* para, ao lado da empresa *D. Palmeira de Lima Ltda.*, vencer licitações, em tese, dirigidas pela organização criminosa.

Consta, ainda, possíveis demonstrativos de depósitos realizados pela empresa *Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda.* em favor da empresa *D. Palmeira de Lima Ltda.*

A empresa *Arq-Vando Arquivos Corporativo Ltda.* teria declarado na fase investigativa que comercializava produtos fabricados por outra sociedade empresária, a saber, *OFC Indústria e Comércio de Produtos para Escritório*, sendo que a empresa *D. Palmeira de Lima Ltda.* seria daquela representante comercial.

Nem se olvide que o corréu *Daniel Palmeira de Lima* até o ano de 2008 se apresentava como gerente comercial da empresa *OFC Indústria e Comércio de Produtos para Escritório*.

A r. deliberação que determinou a segregação preventiva do ora paciente destacou que: “(...) É certo que as fraudes detectadas durante a investigação vêm do ano de 2009 e persistem até a presente data, de modo que os agentes criminosos não se intimidaram mesmo após conhecimento formal de que o GAECO de Piracicaba estava investigando. E, **mais grave**, a associação criminosa passou a adotar novos expedientes para continuar a praticar os crimes escapando da investigação (...)”.

Destarte, a prisão preventiva, nos termos como decidido por S. Exa., a MM. Juíza, satisfaz a necessidade de garantia da ordem pública, assegura a conveniência da instrução criminal e a futura aplicação da lei penal, pois se mantido em liberdade poderá vir a frustrar esses conceitos.

Como já se decidiu no Col. STF, “a garantia da ordem pública (...) visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007)”.

Isso quer dizer que nem de longe a d. Autoridade Judiciária deixou de explicar as razões do caso concreto, remetendo, ainda que sucintamente – pena de pré-julgamento – a peculiaridades do fato, que, em regra, deixam perplexa a sociedade pacífica e ordeira, de sorte a justificar a medida mais gravosa.

Ademais, a proteção da ordem pública não é requisito em aberto, pois

quem se dá – ao menos em tese – ao direito de realizar o que se descreveu nas cópias trazidas à colação, não tem o direito de expor toda a coletividade ao perigo até o trânsito em julgado. Ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social e havendo risco demonstrado de que a paciente irá continuar no mesmo caminho, deve ser imediatamente recolhida sob a guarda do Estado.

Igualmente se presta a garantir tranquilidade na condução do processo, na oitiva das vítimas e testemunhas, na preservação do acervo probatório, que, mais do que uma atividade do Estado-juiz, é seu dever.

Nem se olvide que as penas previstas em tese são de elevado teor e não é preciso muito conhecimento da realidade forense para saber que alguém, nestas condições e com poderio econômico, não haverá de esperar pela presença da Polícia na porta de sua casa para entregar-se pacificamente.

As medidas cautelares, nestes termos, são evidentemente insuficientes como alternativas à prisão preventiva, pois o Estado-administração não tem demonstrado existirem programas de fiscalização que sirvam como nova possibilidade de controle eficaz de quem se acha sob persecução penal.

Aqui não se há falar em Estado policaiesco, revanchismo, vingança etc. O que há é controle constitucional e legal sobre o exercício abusivo da cidadania.

Revelou-se, então, na presente hipótese, legítima a prisão cautelar ora combatida pelo *writ*, porque a r. decisão que a decretou encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que – além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal – demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e poderá frustrar a aplicação da lei penal.

Ademais, se cogitável a reiteração, se em risco a ordem pública – direito fundamental de todos os cidadãos (STF, HC 104.877/RJ, rel. Min. Ayres Britto), *prima facie* se revela justificado obstar-se qualquer cautelar alternativa, insuficientes as só condições pessoais favoráveis, quando é recomendável a prisão por outros elementos (STF, HC 124.994 e AgRg no HC 115.318; STJ, RHC 52.577/MG, RHC 54.734/MG, RHC 56.438/RS e RHC 58.545/MG).

Prematura qualquer discussão sobre a tipicidade, ainda não destacados a conteúdo o passado social do paciente.

A propósito do tema, o Col. STF já teve oportunidade de afirmar que “A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal” (HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.0612). No mesmo sentido: HC 119.645/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux,

DJe 28.3.2014; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 27/05/2011.

Sem prejuízo, eventual capitulação contida na exordial acusatória poderá ser modificada ao longo da instrução processual, mediante eventual aditamento da denúncia ministerial, ou, ainda, S. Exa., a MM. Juíza, poderá alterá-la na prolação de eventual r. sentença condenatória, nos termos do disposto pelos arts. 383 e 384, ambos do Cód. de Processo Penal.

Por derradeiro, atente-se que o *princípio da presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não veda a prisão preventiva, desde que devidamente fundamentada, como no caso ora em apreço.

Em suma, insatisfeitas as condições para liberdade provisória, temos como inexistente constrangimento ilegal.

Ante o exposto e o mais que foi tratado nestes autos, ao menos para esta fase, **DENEGO** a ordem.

## Mandados de Segurança

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2159371-73.2017.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são impetrantes ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO e EURO BENTO MACIEL FILHO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOSE DO RIO PRETO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam a segurança para cassar a multa imposta pela D. Autoridade Impetrada. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 31 de outubro de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

**Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Cancelamento de imposição da multa prevista no art. 265, do Código de Processo Penal – Necessidade – Multa cuja constitucionalidade se presume, à míngua de decisão do STF em sentido contrário – Precedentes do STJ e do Órgão Especial que reafirmam ausência da acenada inconstitucionalidade – Penalidade em concreto, no entanto, que era descabida – Ausência em um único ato processual que não caracteriza desídia necessária à configuração do abandono de causa – Juízo cientificado, na mesma data, acerca da não persistência do causídico na defesa técnica do réu, que não suportou prejuízo – Precedente – Ofensa a direito líquido e certo do assistido. Segurança concedida.**

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

## VOTO

*Vistos.*

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, representada pelo advogado **Euro Bento Maciel Filho** impetra o presente mandado de segurança, com pedido liminar, em favor do advogado Fernando Mello Duarte, contra ato supostamente ilegal praticado pela **MM. Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto**, pleiteando seja afastada a multa aplicada com base no art. 265 do Código de Processo Penal.

Narra o impetrante, em síntese, que o assistido atuou regularmente na defesa do réu Leandro Aparecido Pinelli, denunciado como incurso, por duas vezes, no art. 147, “caput”, cc. o art. 61, II, “f”, ambos do CP, em concurso material com as penas do art. 163, parágrafo único, III, do mesmo diploma legal, tendo juntado o efetivo substabelecimento nos autos da ação penal nº 0000571-21.2015.8.26.0559 e apresentado resposta à acusação.

A impetrada, ao analisar a resposta à acusação, não acolheu a tese de absolvição sumária e deu continuidade à ação penal, designando, na mesma ocasião, audiência de instrução, debates e julgamento para 02/05/2017.

Argumenta que, antes do aludido ato processual, contactou, via telefone, o cartório e informou que não mais atuava no processo, o que teria sido comprovado pela posterior juntada da renúncia ao mandato, salientando, ainda, que a audiência designada sequer poderia ter sido realizada, pois o réu não foi intimado por ausência de tempo hábil para cumprimento da carta precatória.

Diante da ausência do causídico no ato processual, a impetrada entendeu

Acesso ao Sumário

que houve abandono do processo, aplicando-lhe multa de 10 (dez) salários mínimos com base no art. 265 do CPP, uma vez que, embora regularmente intimado, deixou de comparecer à audiência, sem justificar ao juízo.

Explica que a d. Magist. Magistrada, em razão da ausência a um único ato do processo, presumiu um suposto “abandono de causa”, o que não teria se verificado nos autos, destacando que, apesar de o réu não ter sido intimado para a audiência, esta se realizou normalmente e foram ouvidas vítima e testemunha, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo.

Sublinha, nesta senda, que a impetrada agiu de maneira rigorosa e desproporcional ao fixar, sem justa causa, uma multa inconstitucional, pontuando que eventual punição a advogados é ato de competência privativa da Ordem dos Advogados do Brasil.

Alega que o abandono de causa não restou configurado, pois não houve má-fé ou desídia na conduta do assistido, o qual já havia comunicado ao Cartório sua renúncia ao mandato.

Por fim, suscita a nulidade da audiência, o que também tornaria nula a decisão vergastada, porque, além de o réu não ter sido intimado, o que foi devidamente reconhecido pela impetrada, esta questionou ao novo patrono constituído acerca do interesse na repetição da prova colhida naquele ato processual, sendo de rigor o afastamento da penalidade.

Indeferida a liminar (fls. 97/100), foram juntadas as informações de praxe (fls. 105/110), tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da segurança (fls. 117/120).

### **É o relatório.**

Conforme já explicitado, o assistido atuava na defesa técnica de Leandro Aparecido Pinelli, processado pela suposta prática dos crimes de ameaça e dano qualificado, quando, regularmente intimado, deixou de comparecer à audiência de instrução, debates e julgamento, sobrevindo decisão impositiva da multa ora atacada.

Pois bem.

Antes de qualquer outra consideração, imperioso ressaltar que ainda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a ADI n.º 4.398<sup>1</sup>, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e em cujo bojo se defende a inconstitucionalidade do art. 265, do Código de Processo Penal.

Diante disso, ausente manifestação da Suprema Corte em sentido contrário, a presunção é de constitucionalidade do dispositivo.

Tanto é assim, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela consonância do art. 265, do Código de Processo Penal com a Constituição

1 Autos conclusos ao Relator, Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, em 11.01.2016.

Federal:

*“O Supremo Tribunal Federal não examinou, até o momento, o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4398, em trâmite perante aquela Suprema Corte, de modo que não há falar em inconstitucionalidade do art. 265, caput, do Código de Processo Penal, porquanto referido dispositivo permanece em vigor. Entende esta Corte que a cominação da multa prevista na referida disposição legal não acarreta usurpação da competência disciplinar da OAB, uma vez que a sanção pecuniária, de natureza processual, não impede a aplicação das sanções administrativas cabíveis.”* (EDcl no RMS 44.224/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.<sup>a</sup> Turma, DJe 22.06.2016).

*“Esta Corte já teve a oportunidade de afirmar que não se vislumbra nenhum traço de inconstitucionalidade no art. 265, do Código de Processo Penal. (Precedentes). Agravo regimental desprovido.”* (AgRg no RMS 48.926/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5.<sup>a</sup> Turma, DJe 02.02.2016).

No mesmo sentido, já decidiu o Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça Bandeirante:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. Abandono da causa. Não oferecimento das razões recursais, embora intimado para oferecê-las ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Aplicação de multa. Ilegalidade. Inocorrência. Inexistência de direito líquido e certo. Constitucionalidade do art. 265, do CPP, reconhecida pelo STJ. Segurança denegada.”* (Mandado de Segurança n.º 2269890-86.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 04.05.2016).

Lado outro, descabida a aplicação da multa no caso em exame. Senão, vejamos.

É verdade que o advogado, ao assumir o patrocínio de uma causa deve estar ciente de que assume um múnus público com todos os seus corolários; além disso, segundo preceito constitucional (art. 133, da Constituição Federal), o advogado é figura indispensável à administração da justiça, sendo imprescindível a defesa técnica para aqueles que se vejam processados, especialmente no âmbito criminal.

Não é menos indubitoso que o magistrado, por sua vez, tem o dever de *“prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”* (art. 139, III, do Código de Processo Civil).

No entanto, não se vislumbra em concreto, o acenado abandono de causa ou desídia do advogado justificadora da imposição da penalidade em estudo.

Primeiro, à margem da discussão de quem estabeleceu contato telefônico inicialmente, o fato incontroverso é que, no mesmo dia da audiência, o Juízo tomou ciência de que o causídico não mais atuaria naquele processo (fls. 70/71



e 106).

Segundo, posteriormente e, ratificando a comunicação acima mencionada, o ora assistido apresentou ao Juízo sua formal renúncia ao mandato (fls. 77).

Terceiro e, em arremate, o não comparecimento a um único ato processual não teve o condão de caracterizar o abandono de causa, com a exigida desídia profissional, mesmo porque, como já dito aqui, houve comunicação ao Juízo, rechaçando a alegação de má-fé do advogado, bem assim porque não suportou o réu qualquer prejuízo, dada a nomeação de defensor dativo que acompanhou o ato regularmente (fls. 70).

Em pertinência ao tema, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

*“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. FALTA DE JUSTO MOTIVO. MAIS DE UM PROCURADOR COM PODERES PARA ATUAR NA CAUSA. ABANDONO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADA NO PONTO. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS. ENCARGO ATRIBUÍDO AO RÉU. POSSIBILIDADE. 1. Ao advogado que renuncia ao mandato incumbe notificar o mandante, devendo continuar a praticar todos os atos para os quais foi nomeado durante os dez dias subsequentes. 2. A ausência injustificada do advogado a apenas um ato processual não pode configurar abandono do processo, sobretudo quando prossegue na defesa do acusado, sendo inaplicável a multa do art. 265, caput, do Código de Processo Penal. 3. O não comparecimento do acusado à audiência de oitiva de testemunha não enseja, por si só, a nulidade do ato, sendo imprescindível a comprovação do efetivo prejuízo. 4. Não se tratando de réu pobre, inexistente ilegalidade em atribuir-lhe o encargo de pagamento dos honorários advocatícios do defensor dativo nomeado para o ato, nos termos do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal. 5. Recurso parcialmente provido para afastar a multa aplicada com base no art. 265, caput, do Código de Processo Penal”.* (RMS 34.914/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.<sup>a</sup> Turma, DJe 01/09/2014 – sem destaque no original).

A mesma senda já trilhou este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Não há falar; na hipótese dos autos, em abandono da causa, ainda que por meio indireto. Hipótese que justificaria a nomeação de substituto, após o prazo para escolher outro profissional, e a aplicação da multa, prevista no artigo 265, caput, do Código de Processo Penal. Além de eventuais sanções de natureza administrativa, no âmbito da Ordem dos*

*Advogados do Brasil. A ausência em único ato processual, em si mesma considerada, não caracteriza abandono da causa, nos termos em que estabelecidos pelo artigo 265, caput, do Código de Processo Penal”. (MS n.º 2120958-88.2017.8.26.0000, Rel. Angélica de Almeida, 12.ª Câ. Crim., j. em 30.08.2017).*

*“MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração objetivando a cassação da decisão que aplicou a Advogado nomeado a multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal. Acolhimento. Ausências que, no caso dos autos, não configuram abandono da causa. Inexistência, ademais, de prejuízo à defesa do réu. Segurança concedida” (MS n.º 2033110-97.2016.8.26.0000, Rel. Sérgio Coelho, 9.ª Câ. Crim., j. em 17.03.2016).*

Portanto, evidente a ilegalidade do ato ora hostilizado, ofendendo direito líquido e certo do assistido.

Ante o exposto, pelo meu voto, **concedo a segurança para cassar a multa imposta pela D. Autoridade Impetrada.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n.º 2029384-81.2017.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é impetrante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado o MM. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BARUERI, e são interessados JULIANA COSTABILE RODRIGUES, JOSÉ ANTONIO COSTABILE, JOÃO FRANCISCO DE PAULA, EXTRATO FLORA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CORRELATOS COSMÉTICOS, APRECCIA INDÚSTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. e EMBRASYSTEM TECNOLOGIA EM SISTEMAS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram e concederam a segurança, ratificada a medida liminar, para o fim de cassar a decisão hostilizada e manter o bloqueio dos valores mencionados na inicial, oficiando-se, com urgência, à vara de origem. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 28.773)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

JUVENAL DUARTE, Relator

**Ementa:** Mandado de Segurança – Ministério Público – Desbloqueio de valores constritos – Pleito de cassação da *decisum* – Cabimento – Indícios de que os valores bloqueados são oriundos de crimes de lavagem de dinheiro e praticados contra o sistema financeiro (*pirâmide financeira*) – Interessados que não se insurgiram contra a constrição de mais de dezessete milhões, por três anos – Denúncia recebida em desfavor dos litisconsortes – Ausência de comprovação da origem lícita dos valores – Manutenção dos bens sequestrados e bloqueados na esfera criminal, a fim de assegurar o ressarcimento das vítimas – Direito líquido e certo da coletividade, reconhecido – Segurança concedida.

## VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ato da MM. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BARUERI, SP, que, nos autos de Medida Cautelar de Sequestro de Bens (nº 0077724-08.2015.8.26.0050), determinou o desbloqueio de valores objeto de constrição judicial determinada, inicialmente, por *decisum* então proferida pelo e. Juízo da 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro da Comarca de São Paulo, perante o qual tramitava o feito, existentes em nome de JULIANA COSTABILE RODRIGUES e das empresas denominadas *Extrato Flora Indústria e Comércio de Correlatos Cosméticos, Epis e Saneantes Ltda-ME* e *Apreccia Indústria Química e Farmacêutica Ltda.*, ao argumento, em resumo, de que a medida cautelar se prolonga no tempo sem o oferecimento de denúncia contra os investigados (Juliana e as empresas referidas), não sendo possível, pois, determinar-se o perdimento de bens de (...) *pessoas estranhas ao processo criminal (sic)*.

Aduz o i. impetrante, em apertada síntese, que os atos processuais inicialmente praticados pela Justiça Federal são válidos e devem ser aproveitados, conquanto a ação cautelar tramite, agora, perante a Justiça Estadual, em decorrência de alteração da competência.

Ressalta, outrossim, que não houve modificação fática das circunstâncias que motivaram o bloqueio de valores depositados em contas bancárias e demais bens em tela (veículos e imóveis), diante do cometimento, em tese, de crimes de lavagem de capitais, ainda em fase de investigação, razão pela qual se afigura ilegal a decisão ora questionada, pois implicou violação a direito líquido e certo

de que é titular a coletividade.

Relata que a empresa *Embrasystem - Tecnologias em Sistemas, Importação e Exportação Ltda.*, conhecida como *BBom (Embrasystem/BBom e BBrasil Organizações e Métodos Ltda (BBbrasil)* atuava no mercado como se fosse instituição financeira, promovendo a captação de recursos de terceiros mediante a oferta e celebração de contratos ilícitos, cujo enriquecimento abrupto foi identificado em relatório de Inteligência Financeira, do COAF, ensejando investigação a respeito de suposto esquema de *pirâmide financeira* que ficou conhecido como *sistema BBom*.

Aduz a ocorrência de inúmeros desvios dos recursos captados perante às vítimas, os quais não foram aplicados nas atividades da *Embrasystem*, mas em contratos estranhos aos seu objeto social, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem e sua localização, isto é, promover a lavagem de capitais, tais como os valores objeto do desbloqueio ora questionado, pois foram transferidos aos ora investigados por meio de celebração de contrato simulado e impregnado de falsidade ideológica, denominado *compromisso particular de transferência de cotas e outras avenças*.

Acrescenta que não existe previsão legal que ampare a determinação de transferência dos bens sequestrados e apreendidos ao e. Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Goiás, mesmo porque, em tal sede, onde há ação civil pública em andamento em desfavor dos investigados, relacionada aos mesmos fatos, foi decretada somente a *indisponibilidade* desses bens.

Requer, por fim, a cassação da *decisum* impugnada e que se determine a venda antecipada dos veículos objeto da constrição, com o fito de evitar o perecimento.

Após a distribuição do *mandamus* a este relator e, antes da apreciação da medida liminar, o d. Promotor de Justiça (ora impetrante) protocolizou petição noticiando que, aos 22.2.2017, ofereceu denúncia em desfavor de JULIANA COSTABILE RODRIGUES, JOSÉ ANTÔNIO COSTABILE (sócio da empresa *Extrato Flora Indústria e Comércio de Correlatos Cosméticos*) e JOÃO FRANCISCO DE PAULO (diretor presidente da empresa *Embrasystem Tecnologia em Sistemas, Importação e Exportação Ltda.*), por suposta infração ao disposto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, e no artigo 1º, VII, da Lei nº 9.613/98 (fls. 252/262), evidenciando, assim, o direito líquido e certo que embasa a impetração, pois os valores em comento ainda interessam ao deslinde do processo, porquanto visam *garantir a reparação dos danos ocasionados a milhares de consumidores lesados pela empresa Embrasystem e por aqueles que contribuíram na ocultação de bens*, emergindo, assim, necessária a manutenção da constrição.

A seguir, o pleito de liminar foi deferido para o fim de (...) *suspender os*

*efeitos da r. decisão hostilizada e, em consequência, restabelecer o bloqueio dos valores mencionados na inicial, até o julgamento do mérito deste mandamus (sic).*

Requisitadas informações à i. autoridade apontada coatora, opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da segurança, ratificando-se a medida liminar.

Notificados os litisconsortes necessários, manifestaram-se JULIANA COSTABILE RODRIGUES e JOSÉ ANTONIO COSTABILE, postulando a extinção do processo, sem julgamento de mérito, ou a denegação da segurança.

### **É, em síntese, o relatório.**

Inicialmente, é de se destacar que o Ministério Público é parte legítima para impetrar mandado de segurança contra ato judicial reputado violador de direito líquido e certo da coletividade.

Nesse sentido:

*O Promotor de Justiça possui “legitimatío ad causam” e capacidade postulatória para impetrar mandado de segurança diretamente ao Tribunal contra ato ou decisão de Juiz tida como violadora de direito líquido e certo (RJDTACRIM 6/212).*

Registre-se, ainda, a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos judiciais impugnáveis por recursos desprovidos de efeito suspensivo, a fim de evitar lesão irreparável ou de difícil reparação.

Destarte, não há se cogitar de extinção do feito, sem julgamento do mérito, como pleiteou a d. defesa dos litisconsortes necessários.

É que não se pode deixar de considerar que, em hipóteses excepcionais, como a retratada nestes autos, por força do poder geral de cautela inerente à função jurisdicional, cuja aplicação, por certo, não se restringe ao processo de conhecimento, alcançando, por óbvio, a medida cautelar em tela, desponta forçosa a concessão de *writ* para o fim de cassar a r. decisão ora vergastada, de modo a evitar lesão irreparável ou de difícil reparação, haja vista a inequívoca presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como se verá.

Pois bem, infere-se dos autos que, aos 14.8.2013, o e. Juízo da 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores determinou o sequestro/arresto de valores recebidos por terceiros, oriundos da prática de crimes contra o sistema financeiro (*pirâmide financeira*) e de lavagem de dinheiro supostamente praticados pelas empresas *Embrasystem - Tecnologia em Sistemas, Importação e Exportação Ltda.*, *BBom* e *BBrasil organizações e Métodos Ltda.* e por João Francisco de Paulo, Jeferson Bernardo de Lima e José Fernando Klinke, prolatando decisão, nos seguintes termos, *verbis*:

(...)

*Em resumo, portanto, o sequestro, hoje, pode ser decretado não somente sobre bens que se configurem como produto ou proveito do ilícito, mas, também, sobre bens adquiridos licitamente, em valor equivalente àqueles que consubstanciem ganhos da prática criminosa.*

*Também se tratando de medida cautelar, impõe-se examinar a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.*

*Quanto ao *fumus boni juris*, deve-se perquirir a respeito de indícios de materialidade e autoria, bem como a respeito do suposto valor dos produtos/proveitos do crime e da eventual reparação de danos (incluindo despesas processuais e penas pecuniárias).*

*No que tange aos indícios de materialidade e autoria, remeto à extensa fundamentação anteriormente expendida, na qual restou demonstrada a existência de robustos indícios da prática de crimes contra o sistema financeiro nacional.*

*Além disso, deve ser considerado que as movimentações financeiras que têm sido identificadas pelo COAF representam indícios de que os responsáveis pelo esquema piramidal estariam cometendo atos de lavagem de capitais, ao buscar ocultar a origem e a localização de valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.*

*Em especial ressalto que, conforme identificado pelo COAF, a empresa EMBRASYSTEM recebeu transferências da TELEXFREE (YMPACTUS COMERCIAL LTDA.), outra empresa envolvida em esquemas piramidais recentemente descoberta.*

*A EMBRASYSTEM passou a movimentar, de aproximadamente 300 mil reais em 2011 e 2012, a mais de R\$100 milhões em um único mês em 2013. Constavam em seu quadro societário JOÃO FRANCISO DE PAULO e JEFFERSON BERNARDO DA SILVA.*

*(...)*

*Também no RIF nº 10389, o COAF informou que CRISTINA PARADELLAS DUTRA BISPO recebeu R\$1.241,693,57 oriundos da EMBRASYSTEM; JULIANA COSTABILLE recebeu R\$31.500.000,00. JULIANA, por sua vez, transferiu R\$12.600.000,00 para EXTRATO FLORA INDÚSTRIA C.L., R\$5.000.000,00 para APRECCIA INDÚSTRIA QUÍMICA, R\$1.000.000,00 para sua mãe e R\$1.000.000,00 para sua irmã.*

*(...)*

*Desse modo, justifica-se a decretação das medidas assecuratórias pretendidas pelo Ministério Público Federal a norma do artigo 4º da Lei nº 9.613/1998, segundo a qual o juiz, **mesmo de ofício**, “havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.”*



(...)

A rigor, essas medidas deverão atingir todas as pessoas mencionadas que receberam valores da EMBRASYSTEM, ao menos até que demonstrem, de forma clara e comprovada, os fundamentos e a licitude desses recebimentos (Artigo 4º, §2º da Lei nº 9.613/1998).

No que se refere ao suposto valor dos produtos/proveitos do crime e da eventual reparação de danos (incluindo despesas processuais e penas pecuniárias), não é possível mensurar nesse momento, mas os valores são certamente de proporções gigantescas, considerando-se o valor já constricto pela 4ª Vara Federal de Goiás.

Quanto ao *periculum in mora*, está representado pela enorme movimentação financeira que tem sido identificada pelo COAF, de modo que, se não bloqueados os valores imediatamente, posteriormente isso se mostrará provavelmente impossível.

Diante do exposto, com fulcro nos artigos 125,132,137 e 140 do Código de Processo Penal, e 4º da Lei nº 9.613/1998, determino o sequestro/arresto:

(...)

d) dos valores de (...) R\$31.500.000,00 nas contas de JULIANA COSTABILLE (CPF 335.212.408-60); R\$12.600.000,00 nas contas de EXTRATO FLORA INDÚSTRIA QUIMICA C.L. (CNPJ 02.039.120/0001-28); R\$5.000.000,00, nas contas de APRECCIA INDÚSTRIA QUIMICA (CNPJ 05.902.850/0001-07); R\$1.000.000,00, nas contas de CRISTINE STEWARD PUCCI (CPF 147.992.968-92) e de FERNANDA CAROLINE P. COSTABILE (CPF 226.872.958-33); (... , sic, fls. 539/564).

E, diante do teor dessa *decisum*, após terem sido bloqueados R\$17.244.161,43 de sua conta corrente e das empresas que alega lhe pertencerem ou a seu pai, a litisconsorte JULIANA requereu o levantamento da medida, o que foi indeferido, pelo mesmo e. juízo, aos 7.9.2014, em decisão muito bem fundamentada, *verbis*:

(...)

O Ministério Público Federal promoveu medida cautelar real (pedido de arresto e sequestro), atuada neste Juízo sob o nº 0010057-85.2013.403.6181, em face de EXPORTAÇÃO LTDA. BBRASIL ORGANIZAÇÕES E MÉTODOS LTDA., JOÃO FRANCISCO DE PAULO, JEFFERSON BERNARDO DE LIMA E JOSÉ FERNANDO KLINKE, fundada, em apertada síntese, na alegação de que essas pessoas estariam operando um amplo esquema de pirâmide financeira dissimulado sob o disfarce de negociação de rastreadores para veículos em sistema de “marketing multinível”.

Antes que este Juízo chegasse a apreciar o pedido, o Ministério Público Federal apresentou novas petições, juntando aos autos Relatórios de Inteligência Financeira do COAF, demonstrando o caminho tomado



pelo dinheiro drenado da EMBRASYSTEM para terceiros, e requerendo, portanto, o sequestro/arresto também de tais valores.

Deferi o pedido, em decisão datada de 14 de agosto de 2013, fundamentando tal decisão no fato de que existem efetivamente, conforme apontado pelo MPF, veementes indícios da prática de “pirâmide financeira” – conduta que, segundo entendo, caracteriza o crime do artigo 16 da Lei nº 7.492/1986 – e de lavagem do dinheiro produto deste delito, através da transferência dos valores a terceiros, sem razão legítima aparente.

Destaquei, no que se refere às pessoas físicas e jurídicas relacionadas ao presente feito, que o COAF informou que a requerente JULIANA COSTABILE RODRIGUES recebeu R\$31.500.000,00 da EMBRASYSTEM e, posteriormente, transferiu R\$ 12.600.000,00 para EXTRATO FLORA, R\$5.000.000,00 para APRECCIA, R\$1.000.000,00 para sua mãe, CRISTIANE STEWARD PUCCI, e R\$1.000.000,00 para sua irmã, FERNANDA CAROLINE PRUDY COSTABILE.

Assim sendo, determinei, com fulcro nos artigos 125,132,137 e 140 do Código de Processo Penal, e 4º da Lei nº 9.613/1998, o bloqueio dos valores transferidos a tais pessoas, no valor total de R\$31.500.000,00.

Não obstante, somente foram bloqueados R\$5.792.535,45 (nas contas da requerente), R\$9.943.354,34 (nas contas da EXTRATO FLORA), R\$682.201,64 (nas contas de CRISTIANE) e R\$826.070,00 (nas contas de FERNANDA). O total bloqueado, portanto, foi de apenas R\$17.244.161,43 (fls. 347/356 dos autos nº 0010057-85.2013.403.6181).

É contra essa decisão que se insurge a requerente.

7. Dispõe o artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998 (destaquei):

§2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando **comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos** e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Em primeiro lugar, portanto, o dispositivo se refere à comprovação da licitude da origem dos valores.

Essa comprovação não está caracterizada, no presente caso. Pelo contrário, há indícios da prática do delito de lavagem de dinheiro, conforme passo a expor.

7.1. A requerente sustenta, em suma, que seria terceira de boa-fé, que teria recebido os valores da EMBRASYSTEM em virtude de um negócio jurídico legítimo celebrado entre as partes, antes de qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Ocorre que o simples fato de o negócio jurídico supostamente ter sido celebrado antes da prolação de alguma decisão judicial de bloqueio, por si só, não é suficiente para demonstrar a boa-fé da requerente e a

*legitimidade do negócio. No caso de artifícios voltados à lavagem do produto de delitos, aliás, o mais comum é exatamente que os negócios jurídicos sejam realizados antes de qualquer intervenção judicial, justamente com o objetivo de evitar que o Poder Judiciário consiga impedir o sequestro de eventual futura decretação de perdimento dos bens.*

*Ademais, como bem apontado pelo Ministério Público Federal, a circunstância de restar demonstrada a atividade lícita das atividades ligadas à requerente antes do ingresso dos capitais supostamente obtidos ilicitamente também configura uma atividade típica de ocultação da origem dos bens.*

*É o que a doutrina estadunidense denomina de commingling (...).*

*Tanto assim que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), aprovada no Brasil (...) e incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de Março de 2004, estabelece em seu artigo 12, 4, que “se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados”.*

*Além disso, os elementos constantes dos autos demonstram operações que, conforme demonstra a experiência, são muito características da lavagem de dinheiro. As datas e o curto período das supostas tratativas, o modo como o negócio teria sido fechado, a confusão patrimonial entre sociedades e sócios, a falta de realização de qualquer procedimento de auditoria pela suposta compradora, a forma como o pagamento foi feito, as transferências imediatamente subsequentes, tudo isso leva a crer, como passo a expor, que o negócio tenha sido simulado justamente com o fim de “lavar” o produto do possível crime contra o sistema financeiro nacional.*

*Vejamos.*

*7.2. Segundo a versão apresentada pela requerente, o valor de R\$31.500.000,00 teria sido transferido para sua conta corrente em virtude da celebração de um negócio jurídico de venda de participação societária.*

*Diversos elementos indicam que esse negócio jurídico seja simulado.*

*7.2.1. Em primeiro lugar, de acordo com a avaliação que teria sido feita pela empresa de assessoria Back-up, com finalidade de venda da ECADIL para a Hypermarcas, o valor indicado para a venda seria de US\$50 milhões (fl. 148). Note-se que esse valor se refere apenas à ECADIL. O documento é de 05 de março de 2013, de modo que, realizando a conversão dos valores em dólares à taxa oficial em referida data, tem-se o valor de R\$98.440.000,00.*

*Não obstante, na suposta proposta encaminhada por José Antônio Costabile a João Francisco de Paulo, afirma-se que o valor da ECADIL seria de apenas R\$43 milhões (fl. 109) menos da metade do valor da avaliação, portanto.*

*7.2.2. Em segundo lugar, causa espécie essa aquisição de participações societárias em diversas pessoas jurídicas, de áreas diversas – saneantes, cosméticos, suplementos –, de uma só vez, por uma empresa que não tinha nenhuma atividade relacionada a esses ramos de negócio. Mais estranheza ainda suscita o fato de que sociedades estabelecidas há tanto tempo tenham sido negociadas com uma pessoa jurídica – atuante, como dito, em ramo completamente distinto – que tinha baixo volume de receitas e que, de repente, teve seu faturamento aumentado exponencialmente em curtíssimo período de tempo.*

*7.2.3. Em terceiro lugar, chama a atenção a rapidez com que o negócio foi celebrado. Note-se o e-mail enviado por JOSÉ ANTONIO COSTABILE a JOÃO FRANCISCO DE PAULO em 04 de junho de 2013 e respondido em 06 de junho de 2013 (fl. 109). Nele consta que, no dia 04 de junho de 2013, JOÃO FRANCISCO DE PAULO teria visitado a ECADIL pela primeira vez. As demais empresas estariam sendo apresentadas naquele momento, tanto assim que JOSÉ ANTONIO COSTABILE explica quais os respectivos ramos de atuação.*

*Apenas doze dias depois da resposta de JOÃO FRANCISCO DE PAULO, em 18.06.2013 (fl. 123), a EMBRASYSTEM já aceitara a proposta! E apenas seis dias depois, em 25.06.2013, a EMBRASYSTEM transferiu R\$31.500.000,00 para a conta da requerente!*

*É impensável que um negócio efetivo dessa magnitude se realizasse em tão pouco tempo. É inacreditável pensar na aquisição de metade da participação societária de várias empresas, no elevado valor de R\$31.500.00,00, sem que fosse feito um procedimento de confirmação das oportunidades e riscos potenciais para a realização de um bom negócio, a chamada due diligence.*

*Tanto isso é verdade que a Hypermarcas, que teria se interessado anteriormente pela aquisição da ECADIL, firmou com esta um contrato de confidencialidade justamente com o objetivo de “trocar informações para fins de promover discussões relacionadas à implementação de um projeto de parceria comercial ou associativa” (fl. 84).*

*(...)*

*Um trabalho desse porte leva meses para ser concluído, especialmente considerando que se tratava da aquisição de participação em quatro empresas. Mas a EMBRASYSTEM não teria feito nada disso. Teria “se contentado” com a avaliação feita pela parte contrária! Por mais ingênuo que possa ser o negociante, é realmente difícil de acreditar que alguém aplicasse mais de R\$30 milhões num negócio sem uma prévia e exaustiva análise de suas possibilidades reais de geração de lucro.*

Ainda a respeito desse argumento, é evidente que não seria suficiente para a compradora aceitar uma avaliação realizada por empresa (BACK-UP) contratada pela vendedora das ações ou quotas.

7.2.4. Em quarto lugar, o contrato assinado pelas partes é uma aberração jurídica. Veja-se: o contrato foi celebrado entre ECADIL INDÚSTRIA QUÍMICA S.A (representada por JOSÉ ANTÔNIO COSTABILE) e EMBRASYSTEM TECNOLOGIA EM SISTEMAS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (representada por JOÃO FRANCISCO DE PAULO). Não obstante, é JOSÉ ANTONIO COSTABILE quem é indicado como “Parte 1” e quem assume direitos e obrigações decorrentes do contrato. Ora, se uma pessoa física representa uma pessoa jurídica, é a pessoa jurídica quem deveria assumir os direitos e obrigações. Caso contrário, o correto seria, evidentemente, não haver representação alguma, mas atuação em causa própria.

Mais ainda: não obstante o contrato seja firmado entre a ECADIL e a EMBRASYSTEM, nesse instrumento são negociadas participações em outras empresas. A falta de técnica é gritante.

Seguindo: a cláusula 5 se refere ao objeto do contrato como sendo a transferência das cotas das empresas acima. Veja-se que o dispositivo se refere apenas a “cotas”, quando há negociação de ações.

É claro que se pode alegar que essas são meras irregularidades, mas não é possível acreditar que, num contrato desse vulto, sejam cometidos erros crassos até mesmo para um estudante de um curso de direito.

Mas essas circunstâncias não são as mais alarmantes. O fato é que as cláusulas não regulam praticamente nada da relação negocial. Por exemplo, há menção de que “os passivos trabalhistas estão parcelados, existindo apenas um em discussão” (fl. 190). “Apenas um em discussão”? Qual seria o passivo? As partes não especificam o valor?! Quanto aos passivos fiscais, consigna-se que “estão em parcelamento ou sob refis, conforme email enviado anteriormente” (fl. 190). Quem é que, em sua consciência, refere-se a passivos fiscais assumidos sem especificar o seu valor e a quem os assumirá?!

Destaca-se, ainda, a previsão de que os valores serão transferidos para JULIANA COSTABILE RODRIGUES (fl. 189). Por quê?! Que sentido faz essa transferência? Destaco que JULIANA COSTABILE RODRIGUES sequer assinou o contrato.

Outro ponto que merece destaque: com a realização do negócio, as partes ficariam em situação de igualdade, no que diz respeito à participação societária. Absolutamente nada se estabeleceu sobre a administração da sociedade. Em contratos dessa espécie, isso jamais ocorreria (...).

Mas o ponto mais bizarro é o seguinte: JOSÉ ANTONIO COSTABILE teria vendido à EMBRASYSTEM 50% das contas da ECADIL, 50% das

COTAS da INDIANA, 50% da LIFE'S E 37,5% da EXTRAFLOA (FL. 188). No instrumento assinado entre as partes, deixa-se consignado que ele seria “controlador de 100% das ações da ECADIL” (mais uma falta de técnica, pois o controle é da companhia e não das ações, nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.), “controlador de 100% das cotas” da LIFE's (menos sentido ainda faz, do ponto de vista jurídico, referir-se ao controlador de cotas), “controlador de 100% das cotas da INDIANA” e “controlador de 75% das cotas da EXTRATO FLORA” (fls. 187/188).

Ocorre que: a) de acordo com o contrato social da EXTRATO FLORA e ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, juntados aos autos a fls. 24/32, à época do negócio jurídico os seus sócios eram apenas JULIANA COSTABILE e RICARDO MAGOSSI RODRIGUES; b) da documentação que consta dos autos, não é possível saber quem eram os sócios da LIFE'S no momento do contrato, mas, até a data da última alteração do contrato social, em 27.02.2012, a sociedade era temporariamente unipessoal, tendo como única sócia a empresa APPRECIA INDÚTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA (Fl. 49); c) de acordo com o contrato social da INDIANA e ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, juntados aos autos às fls. 60/68, à época do negócio jurídico os seus sócios eram apenas JULIANA COSTABILE e FERNANDA CAROLINE PROUDY COSTABILE; D) no que diz respeito à ECADIL, aparentemente todas as ações seriam de propriedade de JOSÉ ANTONIO COSTABULE, mas não há nenhum dado que ateste essa propriedade.

Assim sendo, o negócio jurídico que teria justificado a transferência dos valores é, ao menos naquilo que diz respeito à venda das quotas da INDIANA, da LIFE's e da EXTRATO FLORA, inexistente. É que se trata da chamada venda a non domino, ou seja, a venda por quem não é o proprietário do bem. O artigo 1.268 prevê expressamente que “feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade”.

7.2.5. Em quinto lugar, a requerente justifica o recebimento dos valores em sua conta corrente com a alegação de que “nos negócios da família cuida da área financeira” (fl. 04). Não obstante, em nenhum dos e-mails colacionados aos autos a requerente aparece negociando nenhuma questão financeira vinculada ao suposto contrato. Pelo contrário, tudo é negociado por JOSÉ ANTONIO COSTABILE.

7.2.6. Em sexto lugar, o contrato previu, de maneira heterodoxa, que a EMBRASYSTEM “ficará responsável em efetuar a transferência da sociedade junto aos órgãos competentes no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, após a assinatura dessa minuta...” (fl. 190).

Abstração feita a (mais uma) atecnia, consistente na menção à “transferência da sociedade” (...), o que mais chama a atenção é que o artigo 36 da Lei nº 8.934/1994 – que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins – estabelece que “os documentos



referidos no inciso II, do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder”.

Ou seja, as partes, que, por um lado, teriam fechado um negócio de mais de R\$30 milhões em menos de um mês de negociações, e, por outro, teriam estipulado um estranho prazo de 60 (sessenta) dias para o registro da alteração nos órgãos competentes. Isso considerando que o pagamento dos mais de R\$30 milhões foi feito imediatamente.

8. Mas não é só. Como mencionado o artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.613/1998, para a liberação dos bens bloqueados não basta apenas a comprovação da licitude de sua origem. Mesmo nesse caso, pode ser mantida a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

No caso concreto, como dito, há diversos indícios da prática da lavagem de dinheiro, o que já seria suficiente para manutenção da constrição, pois os valores bloqueados são, em juízo de cognição sumária, necessários (e, ainda assim, insuficientes) para a reparação dos danos sofridos pelos “investidores”.

Ainda, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998, um dos efeitos da condenação é a perda em favor da União, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos na lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Mas, ainda que se conclua, após detida apuração dos fatos, que não houve intuito doloso de lavagem de dinheiro por parte da requerente, que a requerente seja terceira de boa-fé, não se pode ignorar que é inadmissível o seu enriquecimento sem causa nesses negócios jurídicos (CC, artigo 884). É que, evidentemente, não só diante das medidas determinadas por este Juízo, de bloqueio de todos os bens da EMBRASYSTEM, mas, ademais, em face da absoluta nulidade do contrato, o negócio jurídico não produz nenhum efeito válido.

Ou seja, a participação societária da requerente e de seus familiares não foi de forma juridicamente válida, transferida para a EMBRASYSTEM. Nada justifica, portanto, que ela retenha um real que seja dos valores que lhe forem repassados. O fato de ter realizado investimentos, compra de maquinário etc. em nada altera esse panorama, por duas razões: a) de todo modo, esses investimentos revertem em seu favor; b) eventuais danos que sofra pelos atos da EMBRASYSTEM devem ser exigidos diretamente dessa pessoa jurídica – e não pela apropriação direta de valores que pertencem a todos os “investidores” aparentemente logrados pelo “Sistema BBom”.

Finalmente, friso: embora tenha sido determinado o bloqueio

de R\$31.500.000,00, foram efetivamente bloqueados apenas R\$17.244.161,43 (fls. 347/356) dos autos nº 0010057-85.2013.403.6181). (...)

9. Diante do exposto, julgo improcedente o pedido de liberação de valores sequestrados por este Juízo (...), sic, fls. 569/587).

E, contra essa decisão – proferida em 7.3.2014, frise-se –, embora tivessem sido bloqueados mais de dezessete milhões de reais de suas contas, ao que se depreende dos autos, não recorreram os litisconsortes necessários.

Ocorre que, aos 13.12.2016, mais de dois anos após, portanto, a e. magistrada da 1ª Vara Criminal de Barueri, SP, determinou o desbloqueio em tela, nos seguintes termos:

(...)

*Fls. 1471/1748: Os bens dos requerentes foram sequestrados por decisão nos autos do processo principal, que apurava crime contra o sistema financeiro e formação de pirâmide, mas diziam respeito, segundo fundamentação, a suposta “lavagem de capital”.*

*No inquérito que apura o delito de lavagem de dinheiro, como bem ressaltado pelo douto representante do Ministério Público, ainda são necessárias diversas diligências para se “verificar o dolo da conduta dos envolvidos” (fls. 1778).*

*Assim, não é possível que os bens de terceiras pessoas, sem indícios suficientes de autoria delitiva, permaneçam constritos por mais de três anos e sem previsão de solução das investigações e, quiçá, da ação penal.*

*Destarte, está nítido o descumprimento do prazo previsto no artigo 4º, §1º da lei n. 9613/98, sendo de rigor a liberação.*

*Determino, portanto, o desbloqueio das contas bancárias dos requerentes (...), sic, fl. 23).*

E, em 6.2.2017, indeferiu o pedido de reconsideração dessa decisão, aduzindo:

(...)

*Apesar da extensa explanação do membro do Ministério Público, é fato que nenhum processo contra as requerentes foi até a data de hoje instaurado.*

*A fundamentação do Juízo da 6ª Vara Criminal Federal para denegar, à época, o pedido de desbloqueio foi no sentido de suposto delito de lavagem de dinheiro praticado por parte dos requerentes, por meio de um negócio jurídico fraudulento.*

*Até o presente momento não houve denúncia nesse sentido, já tendo decorrido longo prazo após o bloqueio.*

*Por outro lado, ainda que de origem ilícita os valores bloqueados, não é possível determinar perdimento de bens de pessoas estranhas ao*



*processo criminal.*

*Para possibilitar a permanência dos valores bloqueados, dever-se-ia ter demonstrado a efetiva participação na lavagem de dinheiro, conforme indícios existentes inicialmente e que permitiram a constrição.*

*No entanto, repito, não houve denúncia nesse sentido até a presente data.*

*Há, também, uma alegação de que, ainda que de boa-fé, haveria problemas no negócio jurídico realizado pela requerente Juliana Costabile com a empresa Embrasystem, que possibilitaria a constrição dos valores.*

*Mas, igualmente, nesse caso deveria haver uma ação pleiteando a nulidade desse negócio e o retorno dos bens à origem, o que não foi feito.*

*Nesse sentido, apenas a título ilustrativo, se verifica que o dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes possui origem ilegal e deve ser declarado o seu perdimento. Contudo, os negócios jurídicos realizados pelo traficante com terceiros de boa-fé, não se comprovando que se tratem de negócios dissimulados, com o intuito de ocultar os bens de origem ilícita, são válidos e não podem ser atingidos com o perdimento.*

*Assim, por nenhum dos ângulos que se analisa, verifica-se a possibilidade de manutenção dos bloqueios, impedindo a liberação dos valores, pois esses foram transferidos para terceiros que até o presente momento não tiveram nenhuma decisão favorável contra si, sendo, em princípio, possuidores de boa-fé, por meio da realização de negócio jurídico válido.*

*Destarte, mantenho a decisão anterior e determino que se officie para desbloqueio, conforme requerido, após o prazo para interposição de recurso (sic, fls. 21/22).*

Nesse passo, como se verifica, os motivos basilares que ensejaram o desbloqueio estão embasados na suposta demora para o término da investigação e na ausência – à época – de oferecimento de denúncia, olvidando-se, evidentemente, da extrema complexidade que envolve aos fatos em apuração e a matéria em debate (lavagem de capitais decorrentes de fraudes contra o sistema financeiro, envolvendo patrimônio de grande vulto e centenas ou milhares de vítimas).

E a questão, de fato, não é singela, *data venia*, máxime diante do incalculável e irreparável prejuízo que poderá ensejar o desbloqueio – puro e simples – sem as cautelas mínimas e imprescindíveis, na hipótese, notadamente com relação à comprovação da origem lícita dos valores em comento.

É preciso extremo bom senso em casos tais e compreensão dos envolvidos, pois, evidentemente, qualquer decisão deve vir motivada em convicção plena,

sem o menor resquício de dúvida, ainda não dissipada a esta altura, sobretudo porque noticiou o *parquet* já ter oferecido denúncia em decorrência do suposto cometimento de crimes de falsidade ideológica e lavagem de dinheiro.

E essa peça acusatória, ofertada aos 8.3.2017, nos autos da Ação Penal nº 0077743-14.2015.8.26.0050, foi recebida pelo e. juízo *a quo*, tendo como acusados JULIANA COSTABILE RODRIGUES, JOSÉ ANTÔNIO COSTABILE (sócio da empresa *Extrato Flora Indústria e Comércio de Correlatos Cosméticos*) e JOÃO FRANCISCO DE PAULO (diretor presidente da empresa *Embrasystem Tecnologia em Sistemas, Importação e Exportação Ltda.*), aos quais se imputa suposta infração ao disposto no artigo 299, *caput*, do Código Penal, e no artigo 1º, VII, da Lei nº 9.613/98 (cf. fl. 568), a revelar que a manutenção da constrição em estudo é mesmo imperativa, não se vislumbrando ofensa aos princípios constitucionais da propriedade privada, da razoabilidade ou da proporcionalidade, mesmo porque a alegação de *boa fé* no que se refere à transferência desses recursos e que foi aventada pelos litisconsortes necessários deverá ser analisada, em profundidade, após a instrução e por ocasião do julgamento da ação penal que lhes foi movida.

Além do mais, não há como desconsiderar que, nada obstante o bloqueio tenha se concretizado aos 14.8.2013 e mantido por decisão de 7.9.2014, contra tais atos, como se viu, os interessados não se insurgiram, somente requerendo o desbloqueio dos valores em outubro de 2016, a revelar que se conformaram com a constrição de significativa quantia (mais de dezessete milhões de reais, ressalte-se), somente se insurgindo – após a competência do feito ter sido alterada para a justiça estadual –, passados mais de três anos.

E, ao reverso do que constou na decisão vergastada, é possível determinar a constrição de bens não apenas do investigado ou do acusado, mas também de *interpostas pessoas*, ou seja, *pessoas estranhas ao processo criminal (sic)*, nos termos do disposto no artigo 4º, da Lei nº 9.613/98, mesmo porque, como se viu, há indícios no sentido de que os valores em questão são oriundos da prática de crime de lavagem de dinheiro e de delitos cometidos contra o sistema financeiro (*pirâmide financeira*), sem olvidar que, neste momento, os litisconsortes JULIANA e JOSÉ ANTONIO são réus na ação penal referida.

Não bastasse, como bem ressaltou o e. magistrado da 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro da Comarca de São Paulo e também o i. impetrante, além de os interessados não terem comprovado a origem lícita dos valores bloqueados (a princípio, o contrato de compra e venda concretizado entre as partes possui máculas que o invalidam, como muito bem explanado na decisão alhures mencionada), tais quantias, eventualmente, servirão para o ressarcimento das vítimas dos crimes financeiros praticados pela empresa *Embrasystem*, *ex vi* do disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998.

Nesse passo e na esteira do que se consignou por ocasião do deferimento da medida liminar, ante a informação de suposta origem ilícita dos valores transferidos pela empresa *EMBRASYSYSTEM TECNOLOGIA EM SISTEMAS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.* à litisconsorte JULIANA, bem assim ante a real possibilidade de o ato ora impugnado implicar a perda dos valores, sobretudo por se tratar de bloqueio judicial de saldo bancário (R\$ 31.500.000,00, da conta de JULIANA; R\$ 12.600.000,00, das contas da empresa *Extrato Flora Indústria e Comércio de Correlatos Cosméticos*; e R\$ 5.000.000,00, das contas da empresa *Apreccia Indústria Química e Farmacêutica Ltda.*), de fácil movimentação, imperiosa a cassação da *decisum*, mesmo porque o direito líquido e certo em estudo decorre, ainda, do teor do artigo 118, do Código de Processo Penal.

Assiste razão, outrossim, ao i. impetrante, no que concerne ao pedido de manutenção dos bens sequestrados no âmbito da Justiça Criminal Estadual, mesmo porque, a sua *transferência* para o juízo cível federal, implicaria na ineficácia da medida de sequestro, pois, é sabido, na esfera cível não pode ser decretada a venda antecipada de bens a fim de se evitar o seu perecimento.

Todavia, no que tange ao pedido de *determinação da venda antecipada dos veículos, para evitar o perecimento destes* (sic), não consta dos autos que o pleito tenha sido analisado pelo e. juízo *a quo*, a revelar que a matéria não pode ser conhecida, sob risco de supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Por tais razões, CONHECE-SE e CONCEDE-SE A SEGURANÇA, ratificada a medida liminar, para o fim de cassar a decisão hostilizada e manter o bloqueio dos valores mencionados na inicial. Comunique-se.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2101393-41.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é impetrante THAIS RIBEIRO DA CRUZ, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DO DEECRIM 9ª REGIÃO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam a segurança para autorizar a visita de Thaís Ribeiro da Cruz ao seu esposo, Egon Hamilton Gonçalves, preso na Penitenciária de Potim II, devendo a direção do estabelecimento adotar as providências necessárias. Comunique-se. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.138)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA

CARVALHO (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 26 de outubro de 2017.

MOREIRA DA SILVA, Relator

**Ementa: Mandado de Segurança – Insurgência contra indeferimento de pedido de visita de preso – Admissibilidade – Requerente que comprova, com certidão de casamento, ser casada como o detento. Hipótese em que o fato de o ex-companheiro da impetrante ocupar a mesma ala e cela do seu atual marido não pode servir de fundamento para afastar a prerrogativa assegurada no artigo 41, inciso X, da L.E.P, pois cabe à Direção do Estabelecimento prisional adotar providências no sentido de viabilizar o exercício pelo preso do direito garantido por lei. Segurança concedida.**

## VOTO

1. Trata-se de Mandado de Segurança, sem pedido de liminar, impetrado por Thaís Ribeiro da Cruz, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, artigos 1º e seguintes da Lei nº 12.016/09, contra ato do Dr. Carlos Gutemberg de Santis Cunha, MM. Juiz de Direito do DEECRIM da 9ª Região de São José dos Campos, consistente no indeferimento do pedido da impetrante de autorização de visitas ao seu marido, que se encontra preso preventivamente no Centro de Detenção Provisória daquela cidade. Aduz, ainda, que o douto Magistrado *a quo*, em decisão anterior, havia autorizado tais visitas, mas, diante da notícia de que a impetrante constou do rol de visitas do presidiário Mateus Hélio da Silva, que hoje ocupa a mesma cela do “marido da petionária”, reconsiderou o referido *decisum*, para indeferir seu pleito. Aduz, ainda, que, para solucionar tal questão, bastaria mera transferência do seu ex-namorado Mateus para outra ala e cela.

Por isso, requer a concessão da segurança para autorização de visitas ao seu esposo Egon Hamilton Gonçalves e determinar a transferência do preso para outro raio do Centro de Detenção Provisória – Putim – São José dos Campos.

Instruída a petição inicial com cópias reprográficas extraídas dos autos do “pedido de providências” e prestadas as informações da digna Autoridade Judiciária apontada como coatora, manifestou-se a i. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança.

**É o relatório.**

2. O mandado de segurança, ação com expresse fundamento em norma constitucional, visa a proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* (art. 5º, LXIX, CF). A expressão *direito líquido e certo*, aliás, é redundante, na medida em que somente é líquido o direito quando certa a existência e determinado o seu conteúdo.

A liquidez, portanto, requisito para amparo ao direito lesionado, exige que o fato sobre o qual incida seja incontroverso, provado de plano, sem qualquer margem de dúvida acerca de sua existência. Por isso, demanda prova pré-constituída, que acompanhe a petição inicial, trazendo a certeza do direito reclamado.

É o que se observa nestes autos.

Com efeito, infere-se dos autos que a impetrante, Thaís Ribeiro da Cruz, viu indeferido o seu pedido de autorização de visita ao preso Egon Hamilton Gonçalves, malgrado comprove ser casada com ele, conforme certidão de casamento juntada às fls. 05.

Segundo consta, a motivação para o referido indeferimento decorre do fato de que a impetrante havia visitado anteriormente, no sistema penitenciário, o ex-companheiro Mateus Hélio da Silva, o qual, por ocasião do pedido de visita objeto do presente *mandamus*, ocupava a mesma cela do esposo de Thaís Ribeiro da Cruz.

Ora, não se desconhece que o pedido de visita poderá ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (Artigo 41, parágrafo único, da L.E.P.), mas não se mostra razoável que o direito do cônjuge da impetrante, previsto no artigo 41, inciso X, da Lei nº 7.210/84, possa ser afetado por situação fática alheia ao domínio do casal, uma vez que cabe à Direção do Estabelecimento Prisional administrar a distribuição dos presos nas respectivas alas e celas do presídio de modo a preservar os direitos de cada um deles.

Vale registrar que o preso Egon Hamilton Gonçalves, esposo da impetrante, foi transferido para a Penitenciária de Potim II, onde se encontra detido atualmente, de modo que até mesmo eventual mudança de ala e cela, passível de ter sido providenciada na unidade prisional anterior, hoje se encontra superada, não havendo, portanto, impedimento conhecido para que Thaís Ribeiro da Cruz visite seu cônjuge na prisão.

Frente a esse contexto, caracterizada a coação ilegal com que acena a impetrante, exsurge imperiosa a concessão da segurança.

3. Pelo exposto, **concede-se a segurança** para autorizar a visita de Thaís Ribeiro da Cruz ao seu esposo, Egon Hamilton Gonçalves, preso na Penitenciária de Potim II, devendo a direção do estabelecimento adotar as providências necessárias. Comunique-se.

## Recursos em Sentido Estrito

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0019754-20.2012.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos M. J. G., D. C. DE P., C. DA S. T. e F. DE F.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao presente recurso em sentido estrito, recebendo-se a denúncia em relação a M.J.J., D.C.P., F.F.F. e C.S.T., com o consequente prosseguimento dos autos em seus ulteriores termos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 9 de novembro de 2017.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

**Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Rejeição da denúncia sob alegação de ausência de justa causa. Ministério Público requer a reforma da decisão. Possibilidade. Denúncia ofertada que contém indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. Recorridos foram denunciados por estupro de vulnerável em concurso de agentes. Acusados que se dirigiram a um motel com a vítima e com ela praticaram relações sexuais e outros atos libidinosos. Ofendida que alega que se encontrava em embriaguez completa, não tendo anuído com as práticas sexuais. Questões que só serão devidamente esclarecidas sob o crivo do contraditório. Evidenciada a justa causa para o exercício da ação penal, porquanto esta deve ser entendida como a exigência de um lastro mínimo para a deflagração da persecução criminal. Recurso provido para o recebimento da denúncia em face dos recorridos.**

## VOTO

O Ministério Público, inconformado com a decisão proferida pelo Magistrado da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente (Processo nº 1167/2012), cujo teor rejeitou a denúncia ofertada contra M.J.J., D.C.P., F.F.F. e C.S.T., com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 142/151), interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito.

Objetiva a reforma do r. *decisum*, com o conseqüente recebimento da inicial e prosseguimento da ação penal, em face da aptidão da presença de justa causa (fls. 82/96).

Apresentadas contrarrazões pela defesa de M., D. e C. (fls. 182/195) e de F. (fls. 210/215), foi mantida a decisão guerreada (fl. 217).

Às fls. 225/227, o assistente de acusação requereu a nulidade dos atos processuais após a prolação da sentença que rejeitou a denúncia, em face da falta de intimação dos atos processuais.

O I. Desembargador relator Dr. Souza Nery, que me antecedeu nesta cadeira, determinou ser dada oportunidade ao assistente de acusação e aos recorridos para que se manifestassem, sob pena de nulidade (fl. 259).

O assistente de acusação interpôs embargos de declaração da decisão que rejeitou a denúncia (fls. 270/272), os quais foram rejeitados pelo Juízo *a quo* (fls. 273/274).

Ainda, o assistente de acusação apresentou contrarrazões, requerendo o recebimento da denúncia e processamento do feito (fls. 280/282).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **provimento** do reclamo (fls. 285/287).

### **É o relatório, passo a decidir.**

O recurso comporta provimento.

Narra a denúncia que, em 1º de maio de 2012, em um motel situado na rodovia Julio Budisk, zona rural, na cidade e comarca de Presidente Prudente, M.J.J., D.C.P., F.F.F., agindo em concurso em com unidade de propósitos, praticaram conjunção carnal e atos libidinosos com a vítima M.P.S., que, em razão de embriaguez completa, não pode oferecer resistência, tendo o acusado C.S.T. concorrido de qualquer forma para o cometimento do crime.

Notícia, ainda, que no dia 30 de abril de 2012, no período noturno, os acusados e a vítima, funcionários públicos da (...), participaram de uma festa promovida pela referida municipalidade em comemoração ao “Dia do Trabalho”, sendo que todos eles ingeriram bebidas alcoólicas, tendo a vítima misturado cerveja com “whisky”, o que a fez perder a consciência.

Ainda segundo a peça acusatória, a ofendida, ao sair da festa, pediu carona ao acusado M., seu colega de trabalho. Este, por sua vez, estava de carona com



o réu D., que também levava os acusados C. e F.

No trajeto, os acusados aproveitaram-se do estado de embriaguez completa da vítima e a levaram a um motel para a prática de atos sexuais. Ao chegarem ao local, M., D. e F. praticaram sexo anal e vaginal com a ofendida, sem que ela oferecesse resistência, já que completamente embriagada, enquanto C. assistia e os incentivava a praticar os atos.

Contudo, em dado momento, a vítima recuperou a consciência e passou a chorar, negando-se a continuar com os atos sexuais. C. tentou, neste momento, beijar e praticar atos sexuais com a ofendida, porém ela se negou, tendo o acusado F. pedido aos outros denunciados que saíssem do quarto, acompanhando a vítima até o banheiro para que ele tomasse banho. Ao final, os acusados levaram a vítima até sua residência.

Por fim, consta da denúncia que a vítima constatou esperma em sua calcinha e no interior de seu ânus, por aproximadamente cinco dias.

Todos os acusados foram denunciados por infração ao artigo 217-A, 225, parágrafo único e artigo 226, inciso I, c.c. artigo 29, todos do Código Penal.

Oferecida a denúncia, o MM. Juiz *a quo* a rejeitou em relação aos ora recorridos, sob a argumentação de ausência de justa causa para seu recebimento (artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal).

Daí o presente inconformismo.

Razão assiste ao Ministério Público e ao assistente de acusação.

Registre-se que, nesta fase, a dúvida milita *pro societatis*, e não *pro reo*, sendo de rigor o prosseguimento do feito.

Assim, a rejeição da denúncia foi prematura, eis que, neste momento, presentes a materialidade e indícios suficientes de autoria contra os recorridos, imperioso é o recebimento da denúncia, devendo ser dado normal prosseguimento ao feito.

Compulsando os autos e da própria narrativa da denúncia, tem-se que os acusados e a vítima, colegas de trabalho na (...), participaram de um festejo em homenagem ao “Dia do Trabalho” e ingeriram bebidas alcoólicas. Ao final da festa, a ofendida, embriagada, pediu carona a um dos denunciados, que já estava de carona com outro acusado. Este, por sua vez, já levava consigo os outros dois réus. Após todos entrarem no carro, acabaram se dirigindo até um motel da cidade, onde praticaram diversos atos sexuais com a vítima.

A vítima afirma que estava totalmente embriagada, não se lembrando de como as coisas aconteceram, tendo recobrado a consciência no momento em que M. praticava sexo anal com ela. Posteriormente, se lembra de perceber D. quando este saiu de cima dela, não sabendo dizer, ao certo, se F. e C a violentaram. Disse, ainda, ter sentido dores em seu ânus e na vagina por cinco

ou seis dias (fls. 39/41).

Os quatro acusados, por suas vezes, apresentaram suas versões na delegacia.

D. contou que após M. ter ido tomar banho, aproximou-se da vítima, chegando bem perto da vítima, momento em que viu F. chupando os peitos dela e enfiando os dedos no ânus e na vagina. Nega que tenha feito qualquer coisa, não tendo sequer tirado sua roupa ou colocado seu pênis para fora da calça (fl. 67/69).

Já M. narrou que praticou sexo vaginal com a vítima, enquanto F. beijava e passava as mãos por todo o corpo dela, sendo que C. e D. assistiam. Depois, resolveu tomar banho, e viu quando D. saiu de cima dela. Em seguida, foram para o carro e deixaram F. e a vítima sozinhos no quarto, não sabendo dizer se eles tiveram relação sexual (fls. 64/66).

F. asseverou que viu M. tendo relação sexual com a ofendida, e, depois que ele saiu, D. tomou seu lugar, penetrando-a. Disse, ainda, que quando a ofendida percebeu que era D. que estava com ela, passou a chorar, momento em que C. se aproximou e tentou beijá-la, argumentando que também queria se relacionar sexualmente com ela, contudo, a ofendida se negou. Na sequência, mandou todos para fora do quarto e auxiliou a vítima a tomar banho (fls. 71/73).

Por fim, C. narrou que a vítima teve relações sexuais com M., enquanto F. beijava-a e chupava seus seios. Disse que D. tentou manter relação sexual com a ofendida, contudo, não conseguiu. Disse que ficou perto da porta do apartamento, do lado de dentro, somente observando (fls. 75/76).

Todos os acusados, quando ouvidos na delegacia, contaram que a iniciativa de ir até o motel partiu da vítima, que teria dito a eles no carro: “*quero ir pro motel... eu quero dar pra vocês quatro*”, tendo eles somente anuído ao desejo da ofendida.

Pois bem.

Com efeito, foram reunidos elementos suficientes a dar supedâneo à denúncia, com individualização de condutas.

Diante disso, evidenciada a justa causa para o exercício da ação penal, porquanto esta deve ser entendida como a exigência de um lastro mínimo para a deflagração da persecução criminal.

Não há juízo exauriente acerca da culpabilidade ou não.

O que se tem são indícios mínimos a justificar que haja o prosseguimento da ação para que se possa coligar mais provas e, ao final, quando de seu sopesamento, julgar se há lastro probatório mínimo a ensejar a condenação.

A hipótese dos autos não revelou, de plano, a ausência de autoria ou materialidade, insignificância do bem jurídico violado ou ausência de lesão ao

bem jurídico, de modo que a rejeição não foi medida acertada.

Ensina-nos Julio Fabbrini Mirabete que a denúncia deve demonstrar a viabilidade da acusação nela deduzida, realçando que “é realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja ‘fumus boni iuris’ para que a ação penal tenha condições de viabilidade, pois do contrário, não há justa causa” (In: Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 134-135).

Desta forma, não reinam dúvidas que não se possa, liminarmente, concluir pela falta de justa causa da ação penal, havendo por certo prova da existência de hipótese delitiva, além de indícios idôneos de sua autoria.

Neste contexto, não se mostra oportuno abortar a ação penal em seu nascedouro.

Em outras palavras, não estando presentes qualquer das hipóteses de rejeição liminar da denúncia, descritas no artigo 395 do Código de Processo Penal, mister o seu recebimento, pois se trata de mero juízo de admissibilidade, que iniciará efetivamente à ação penal, onde os fatos poderão ser analisados pormenorizadamente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao presente recurso em sentido estrito, recebendo-se a denúncia em relação a M.J.J., D.C.P., F.F.F. e C.S.T., com o conseqüente prosseguimento dos autos em seus ulteriores termos.

## ÓRGÃO ESPECIAL

### Ações Diretas de Inconstitucionalidade

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2026694-79.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 19.291**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, 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 e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

**Ementa:**            **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 13.883, DE 02 DE SETEMBRO DE 2016 – MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO – INICIATIVA PARLAMENTAR – NORMA QUE “DISPÕE SOBRE A DIVULGAÇÃO DO DISQUE 100” NA CORRESPONDÊNCIA OFICIAL MUNICIPAL, COMO CONTRACHEQUES, CONTAS DE ÁGUA E CARNÊS DE IPTU – INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA – MATÉRIA CUJA INICIATIVA NÃO É RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INEXISTÊNCIA**

## DE INTERVENÇÃO NAS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – PRECEDENTES – AÇÃO IMPROCEDENTE.

### VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, tendo como objeto a Lei Municipal nº 13.883, de 02 de setembro de 2016, a qual determina que *“Periodicamente, a correspondência oficial municipal, os contracheques, as contas de água, carnês de imposto predial e territorial urbano – IPTU e outros documentos oficiais veicularão a seguinte mensagem: ‘Disque 100 – Denuncie violações e informe-se sobre direitos humanos. Você fica no anonimato’.*” (art. 1º). A referida norma teve iniciativa do Legislativo.

Funda-se a demanda, em suma, na assertiva de que a lei em questão viola a separação dos Poderes, pois disciplina matéria pertencente à órbita de competência do Chefe do Executivo, isto é, a direção superior da administração municipal. Pede o autor a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, bem assim a liminar suspensão da sua eficácia.

A petição inicial foi emendada à fl. 30, para fazer constar no polo ativo da demanda o atual Prefeito de Ribeirão Preto, visto que a ação fora protocolada após o término do mandato da anterior ocupante do cargo, mas era ela que constava como autora.

A liminar foi concedida às fls. 32/34, suspendendo-se a eficácia da Lei Municipal 13.883/16 até o julgamento final da presente demanda.

A Procuradoria Geral do Estado manifestou falta de interesse na defesa do ato impugnado (fls. 46/47).

A Câmara Municipal de Ribeirão Preto, por seu Presidente, prestou as informações às fls. 49/55, acerca do processo legislativo que deu origem à norma impugnada, defendendo sua constitucionalidade. Salienta, ainda, que o objetivo da referida lei é colaborar com a tutela da dignidade da pessoa humana e que sua execução não depende da criação de cargos ou despesas extras, bastando tão somente adequar a correspondência municipal com a inserção da frase *“DISQUE DIREITOS HUMANOS – DISQUE 100”*.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência da ação no parecer de fls. 58/63, sob o argumento de que a norma em questão não trata de matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, tampouco gera despesa pública, tendo como objetivo unicamente incentivar a comunicação sobre violações a direitos humanos.

### **É o relatório.**

A ação é improcedente.

A Lei Municipal 13.883/2016, de Ribeirão Preto, possui a seguinte redação:

*“Artigo 1º – Periodicamente, a correspondência oficial municipal, os contracheques, as contas de água, carnês de imposto predial e territorial urbano – IPTU e outros documentos oficiais veicularão a seguinte mensagem: “Disque 100 – Denuncie violações e informe-se sobre direitos humanos. Você fica no anonimato”.*

*Artigo 2º – A implantação do disposto nesta lei dar-se-á de forma progressiva, subordinada à existência de condições técnicas e à sua viabilidade econômica, a critério do Executivo.*

*Artigo 3º – Eventuais despesas com a execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

*Artigo 4º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.”*

Como bem apontado no parecer da i. Procuradoria de Justiça, entendo que *“o objeto da lei impugnada não se arrola nas hipóteses de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, já que não se enquadra em qualquer dos incisos do § 2º do art. 24 da Constituição Estadual (...).”* (fl. 61).

Em outras palavras, a norma em questão não cria outras obrigações ao Executivo, nem mesmo a de fiscalizar a sua aplicação, tampouco gera aumento de despesas. Seu único objeto é dar visibilidade ao serviço de atendimento telefônico para denúncias de violações a direitos humanos, mediante a inclusão de uma frase em documento oficial que já seria elaborado/enviado independente da lei em tela.

Este Colendo Órgão Especial assim já se posicionou em caso idêntico, também do Município de Ribeirão Preto:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.775, de 04 de maio de 2016, do Município de Ribeirão Preto, que dispõe sobre a inclusão do enunciado ‘economize água, evite o desperdício’ nas contas de água e esgoto emitidas pelo DAERP. Legislação oriunda de iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade. Não ocorrência. Matéria cuja iniciativa não é reservada ao Chefe do Poder Executivo. Não intervenção nas atividades da Administração municipal. Entendimento no C. Órgão Especial. Ação improcedente.”*

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2175964-17.2016.8.26.0000; Relator: Borelli Thomaz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/02/2017; Data de Registro: 09/02/2017)

Cumpra anotar, outrossim, que o C. STF, em recente decisão, submetida ao regime da repercussão geral, consolidou o entendimento de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar são previstas de forma taxativa, não se permitindo interpretação extensiva daquele rol:

*“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de*

Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.”

(ARE 878911 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Sem prejuízo, é mister registrar que, embora a lei guerreada faça menção a respeito da dotação orçamentária para o custeio do programa de forma genérica, não se verifica a alegada afronta ao art. 25 da Constituição Estadual, pois tal generalidade não tem o condão de inquinar a norma de inconstitucionalidade, pois o que importa “*é a inexecuibilidade do programa estabelecido no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada a referida lei*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2184913-64.2015.8.26.0000 – Órgão Especial do TJ/SP – Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI – J. em 24.02.2016).

Oportuno citar trecho do v. acórdão proferido pelo ilustre Desembargador. Veja-se:

“8. Neste esteio firmou-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, que afirma reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, a inexecuibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

A este título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343: ‘Eu não vislumbro, em análise preliminar, **vinculação da criação de cargo com a atual receita orçamentária**. A própria lei previa que isso seria para o futuro e que, na medida em que a Lei de Diretrizes pudesse atender os percentuais, **seriam preenchidos os cargos na medida das permissibilidades orçamentárias**, decorrentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (...) **Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo**. O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos. **Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexecuível, no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica.**

Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do **Ministro Gilmar Mendes** no julgamento da ADI 3.599: ‘O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão,



*unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que **não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade** quando se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição, pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica **não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro**. Outros precedentes seguiram-se, todos no sentido do não conhecimento da ação direta **quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas** (ADI 1585 DF, Rel. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339 SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343 SC, Rel. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003).*

*Inexiste, assim, na norma impugnada, ofensa à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado”.*

Destarte, por qualquer ângulo que se analise a demanda, a única conclusão possível é de que o pedido deve ser indeferido.

**Assim, pelo meu voto, julgo IMPROCEDENTE a ação.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2104784-04.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessada PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**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 28.902)**

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, 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, 18 de outubro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inciso III do artigo 3º, da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, que veda a inscrição de candidato que possua tatuagem visível na hipótese do uso do uniforme desportivo militar – Entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal – “As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade” (RE 898.450/SP, em sede de repercussão geral, tema nº 838) – A vedação de inscrição de candidato ao cargo militar, única e exclusivamente pelo fato de possuir tatuagem visível em uniforme esportivo, desde que não represente símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores ofensivos à dignidade humana, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência, ameaças reais ou represente obscenidades, não deve prevalecer, porquanto afronta os princípios constitucionais da isonomia e do amplo acesso aos cargos públicos – Ofensa aos artigos 111 e 115, incisos I e II, da Constituição do Estado.**

**Pedido procedente.**

## 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 do inciso III do artigo 3º, da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo. Alega o autor, que a limitação imposta pela legislação estadual, proibindo a inscrição de candidato que possua tatuagem visível na hipótese de uso de uniforme de verão, mostra-se incompatível com a Constituição Estadual (artigos 111 e 115, incisos I e II), na medida em que restringe o acesso ao cargo público e viola a isonomia, sendo despida de razoabilidade e proporcionalidade. Pede pela concessão de liminar

para suspender os efeitos do inciso III do artigo 3º, da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo e, ao final, pela procedência do pedido.

Deferida a liminar (fl. 66/78).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, manifestou-se a fl. 88/93.

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações a fl. 95/100, bem como o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (fl. 107/128).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 364/371, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 3º, da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo.

É o relatório.

2. No Estado de São Paulo foi editada a Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, que “Institui a Lei de Ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas”, dispondo em seu artigo 3º:

**“(…) Artigo 3º – O candidato ao ingresso não poderá apresentar tatuagem que, nos termos do detalhamento constante nas normas do Comando da Polícia Militar:**

I – divulgue símbolo ou inscrição ofendendo valores e deveres éticos inerentes aos integrantes da Polícia Militar;

II – faça alusão a:

- a) ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas ou que pregue a violência ou a criminalidade;
- b) discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem;
- c) ideia ou ato libidinoso;
- d) ideia ou ato ofensivo aos direitos humanos;

**III – seja visível na hipótese do uso de uniforme que comporte camisa de manga curta e bermuda, correspondente ao uniforme operacional de verão. (...)”** (grifei).

A celeuma jurídica acerca do tema referente a restrição do ingresso em carreira militar decorrente da ostentação pelo candidato de tatuagem visível, não é nova. É certo que as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa mutação quanto ao seu aceitamento social, indo de características que estigmatizavam determinados grupos sociais a, hodiernamente, sinais que buscam retratar valores, ideias, momentos significativos da pessoa que possui os desenhos gravados em sua pele. Cada cultura e cada período possui um olhar diferenciado sobre a arte da tatuagem, e por estar inserida em culturas e em

períodos diferentes, a tatuagem fornece leituras singulares. A interpretação dessa arte sempre será feita de acordo com o tempo e com a cultura a qual pertence. A possibilidade da feitura de marcas no próprio corpo relaciona-se modernamente às liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal), não devendo ninguém ser discriminado por tal fato.

Desta feita, a mera circunstância de um candidato possuir na pele marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitiva, por não influir em sua capacidade para o desempenho das atividades do cargo, não pode, a princípio, constituir óbice para o acesso ao serviço público.

N'outro bordo, também não merece prosperar o argumento no sentido de que com as tatuagens os agentes que compõem as chamadas forças de segurança são de fácil identificação, pois ao adentrarem na carreira e após o período de estágio probatório muitos acabam por fazer tatuagem.

Todavia, necessário distinguir determinadas hipóteses, nas quais o conteúdo ou a mensagem transmitida pela tatuagem ou marca são manifestamente incompatíveis com os valores éticos e sociais da atividade a ser desempenhada pelo seu detentor. Essa assertiva ganha relevo maior nas funções militares sujeitas a regime particular de regência entre seus integrantes e o Estado marcado pela hierarquia e disciplina. É o caso dos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados (Cf. artigo 42, da Constituição Federal), bem assim dos membros das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica (artigo 142).

Assim, nas carreiras militares, regidas pela hierarquia e disciplina, não se mostra desarrazoada a **restrição a certos tipos e dimensões de tatuagem**, com vistas aos padrões de apresentação pessoal quando no uso de uniformes estabelecidos por regulamento das carreiras militares, incluindo o desportivo (manga curta e bermuda).

Entretanto, ressalvado o entendimento pessoal deste Relator, o dispositivo legal impugnado que veda a inscrição de candidato à carreira militar se ele possuir tatuagem aparente quando do uso de uniforme de verão, ainda que não ofenda valores constitucionais, denota restrição excessiva frente à decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 898.450/SP, que reconheceu a repercussão geral e fixou a seguinte tese: **“Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”**, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgamento em 17/08/2016, publicado em 22/08/2016, assim ementado:

**“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.**

**TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTADUAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFISTÁVEL JUDICIAL REVIEW. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. *IN CASU*, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.**

**1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.**

**2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal.**

(Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992).

3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores.

4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013).

5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.

9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica

*“Freiheitsvermutung”* (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública.

11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público.

12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.

13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiossincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.

14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade.

15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional.

16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como



um todo, não possui um sério valor literário, artístico, político ou científico.

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “fighting words”, como, v.g., “morte aos delinquentes”.

18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material, (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que “a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança”. Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta.

19.1. Consectariamente o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público.

19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

20. **Recurso Extraordinário a que se dá provimento.”** (grifei)

Destaca-se trecho do voto do eminente Relator Ministro Luiz Fux:

**“(…) o critério de exclusão de um certame sob o fundamento da**

visibilidade de uma tatuagem não possui, por si, qualquer amparo constitucional, na medida em que não cumpre a imperiosa missão de auxiliar na aferição da capacidade de atuação do candidato no cumprimento de seu futuro mister. Apenas justifica-se a restrição, sem prejuízo do inafastável *judicial review*, em relação àquelas pigmentações definitivas que façam apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, mormente porque evocam ideais e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições.”

Por outro lado, também já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de requisito de acesso a cargo público que não guarde relação com a natureza do cargo, conforme julgado a seguir ementado:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. Agravo regimental desprovido.”** (RE 598.969 AgR/SE – Relator: Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 20/03/2012).

E, ainda, sobre o princípio da igualdade, a repudiar toda forma de discriminação, leciona José Afonso da Silva que, **“além da base geral em que se assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e desigual a situações desiguais, a Constituição veda distinções de qualquer natureza (art. 5º, caput). As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas do *discrimen*: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. (...) A Constituição vigente é mais veemente e mais abrangente na condenação das desequiparações entre as pessoas (...).”** (*in* Curso de Direito Processual Civil, 27ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2006).

Nesse diapasão, conclui-se da inconstitucionalidade do dispositivo questionado por violação aos princípios constitucionais da isonomia, bem como do amplo acesso aos cargos públicos, *ex vi* do disposto nos artigos 111 e 115, incisos I e II, da Carta Bandeirante.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 3º, da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095257-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, ALEX ZILENOVSKI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.488, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Franca, que Regulamenta a venda e o consumo de bebidas nas arenas desportivas e estádios localizados no município de Franca e dá outras providências – Lei municipal tratando de consumo e desporto, reduzindo proteção existente a favor de torcedores e consumidores, invade esfera de competência concorrente da União e Estados (art. 24, V e IX, CF) – Precedente deste C. Órgão Especial – Ação Procedente.**

## VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça, em face da Lei nº 8.488, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Franca, que Regulamenta a venda e o consumo de bebidas nas arenas desportivas e estádios localizados no município de Franca e dá outras providências.

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, viola o princípio federativo que se manifesta na repartição constitucional das competências (art. 1º, CE), de observância obrigatória por força do disposto no art. 144 da CE. Viola, também, o princípio da proporcionalidade, derivado do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Inadmissível que a Lei Municipal discipline sobre matéria relacionada a consumo e a desporto (art. 217 da CF). Nos termos do art. 24, incisos V e IX, da CF, a matéria é de competência da União, Estados e Distrito Federal. Norma geral cabe à União, que editou a Lei nº 10.671/03. Posteriormente adveio norma federal (Lei nº 12.299/10 – Estatuto do Torcedor) regulando a matéria. Por sua vez, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 9.470/96. Suplementar a competência do Município.

A liminar foi deferida (fls.78/79).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls.93/102).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls.146/148).

### *É o relatório.*

Assim dispõe a norma guerreada:

**“Art. 1º – Esta lei regulamenta a venda e o consumo de bebidas nas arenas desportivas e estádios localizados no município de Franca.**

**Art. 2º – A comercialização e o consumo de cerveja são admitidos nos ambientes aludidos no artigo 1º exclusivamente em dias de eventos desportivos, espetáculos musicais e culturais.**

**Art. 3º – A única bebida alcoólica que poderá ser vendida e consumida em recintos esportivos é a cerveja, sendo proibida a venda e o consumo de quaisquer outras espécies de bebidas alcoólicas, sejam elas destiladas ou fermentadas.**

**Art. 4º – A comercialização de bebidas nas arenas desportivas e nos estádios somente poderá ser realizada em copos plásticos ou garrafas plásticas, descartáveis, admitido o uso de copos promocionais de plástico ou papel.**

**Art. 5º – Cabe ao responsável pela gestão do recinto esportivo definir os locais nos quais a comercialização e o consumo de bebidas serão permitidos.**

**Art. 6º – É vedada a entrada nas arenas desportivas e nos estádios**

**de pessoas portando qualquer tipo de bebida.**

**Art. 7º – Fica proibida a venda e a entrega de bebidas alcoólicas, nos locais referidos nesta lei, a pessoas menores de 18 (dezoito) anos, podendo os responsáveis responder civil e criminalmente nos termos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com as alterações da Lei Federal nº 13.106, de 17 de março de 2015.**

**Art. 8º – O consumidor que descumprir o disposto nesta Lei será advertido e retirado das dependências do recinto esportivo, sem prejuízo da aplicação da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

**Art. 9º – Os responsáveis pela comercialização de cerveja nos ambientes aludidos no artigo 1º ficam obrigados a divulgar mensagens de consumo moderado e consciente de bebidas alcoólicas.**

**Art. 10 – As despesas com a execução da presente Lei correm à conta de dotações orçamentárias próprias do orçamento vigente.**

**Art. 11 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.**

**Art. 12 – Revogam-se as disposições em contrário”.**

Procede a ação.

Não há como o Município legislar, muito menos para abrandar a proibição, a título de interesse local, quando a competência normativa no tema, é exercida tanto pela União (Lei nº 10.671/03 – Estatuto do Torcedor), quanto pelo Estado de São Paulo (Lei nº 9.470/96), marcadas, ambas as leis, pela vedação de venda, distribuição ou consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol e ginásios de esportes (art. 13-A, da Lei Federal, e art. 5º, da Lei Estadual).

Neste sentido, este Colendo Órgão Especial recentemente decidiu:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 6.021, de 10 de dezembro de 2015, do Município de Sertãozinho – Legislação que dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádios de futebol e praças desportivas no Município de Sertãozinho – Usurpação de competência legislativa concorrente da União e do Estado para legislar sobre consumo e desporto (artigo 24, incisos V e IX, da Constituição Federal) – Afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante) – Princípio da razoabilidade – O princípio da razoabilidade é composto por adequação, necessidade e proporcionalidade ‘strictu sensu’, o que exige a análise da norma em relação ao direito fundamental por ela atingido por restrição ao seu efetivo exercício, ou, então, seu tangenciamento – A legislação de regência malfez o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais à segurança e à proteção do consumidor – Violação aos artigos 1º, 111 e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente.” (ADIn nº 2.127.169-77.2016.8.26.0000 0 v.u. j.**

de 09.11.16 – Rel. Des. RICARDO ANAFE).

**“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 5.243, de 29 de janeiro de 2016, do Município de Barretos. Dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádio de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no Município de Barretos e dá outras providências. Disposições sobre consumo e desporto, temas reservados à competência normativa da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ofensa, também, ao princípio da proporcionalidade. Violação dos artigos 1º, 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação procedente.” (ADIn nº 2121804-42.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 26.10.16 – Rel. Des. BORELLI THOMAZ).**

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar inconstitucional Lei nº 8.488, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Franca.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2104997-10.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.8410E)**

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, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

CARLOS BUENO, Relator

**Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.749, de 5 de abril de 2016, do Município de Catanduva, que**

**concedeu 50% de desconto do valor da tarifa da passagem de ônibus a estudantes que frequentam cursos técnicos e profissionalizantes, no Município de Catanduva.**

**Preliminar – Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município – Inadmissibilidade – Ausência de parametricidade.**

**Vício material – Ocorrência – Criação de despesas para os cofres públicos sem indicação da fonte dos recursos necessários para fazer frente à majoração do subsídio – Violação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro – Dever de manter as condições do contrato no curso de sua execução, até seu término – Ofensa aos arts. 25 e 117 da CE/89.**

**Vício formal – Competência do Executivo para fixar a política tarifária de transporte público – Vício de iniciativa – A matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição ao chefe do Poder Executivo Municipal, por ser inerente ao planejamento e organização do Município – Violação aos arts. 5º, 25, 47, II, XIV e XIX, 120 e 159, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da Constituição Paulista.**

**Precedentes – Ação procedente.”**

## **VOTO**

O Prefeito Municipal de Catanduva propõe ação direta de inconstitucionalidade, objetivando a retirada do ordenamento jurídico da Lei nº 5.749, de 5 de abril de 2016, do Município de Catanduva, que incluiu no rol dos beneficiários do desconto de 50% no valor da tarifa do transporte público municipal, os estudantes de cursos técnicos e profissionalizantes, durante o deslocamento entre o estabelecimento de ensino e sua residência.

Argumenta, em resumo, o autor que a norma viola os arts. 5º, 25, parágrafo único e 144 da CE/89, porque cuida de assunto típico da administração municipal, da seara do Chefe do Executivo, e não da Câmara dos Vereadores. Haveria vício de iniciativa e violação à separação dos poderes, além de não indicar a fonte de custeio das despesas. Na ótica do requerente, o ato também afrontaria o art. 163, I, da CF/88, dos arts. 15 e 16 da Lei Complementar nº 101/2001 e do art. 67, VI, da Lei Orgânica do Município.



Em substituição ao relator sorteado, o eminente des. Artur Marques deferiu a liminar, às fls. 37/38, para suspender a eficácia da Lei nº 5.749/16.

Após regularmente citada, a Câmara Municipal de Catanduva, representada por seu Presidente, apresentou informações, ocasião em que narrou o trâmite do processo legislativo que originou o diploma impugnado e ainda defendeu a validade da lei, fls. 43/44.

Citado o Procurador-Geral do Estado, manifestou-se declarando faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado por tratar-se de matéria de cunho exclusivamente local, fls. 89/90.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, para declarar inconstitucional a Lei nº 5.749, de 5 de abril de 2016, do Município de Catanduva, fls. 93/104.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Catanduva, em face de ato normativo originário da Câmara Municipal que concedeu 50% de desconto no valor da tarifa de ônibus aos estudantes de curso técnicos e profissionalizantes, editado na forma da Lei nº 5.749, de 5 de abril de 2016, argumentando o requerente que o aumento do subsídio viola o princípio da separação de poderes e não indica a fonte de custeio pra fazer frente a tais despesas.

Eis o texto da norma impugnada:

“Art. 1º – O art. 1º da Lei nº 3.003, de 21 de março de 1994, alterado pelas Leis Municipais nºs 4.648, de 20 de março de 2008 e 5.244, de 29 de setembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte nova redação:

‘Art. 1º – É concedido desconto de 50% (cinquenta por cento) nos ônibus coletivos de serviço público aos estudantes cursantes do ensino fundamental, médio, superior,  **cursos técnicos e profissionalizantes**, durante os deslocamentos entre o estabelecimento de ensino e sua residência, nos dias letivos, mediante apresentação de documento comprobatório emitido pela Secretaria das escolas e pelos Diretórios Acadêmicos das instituições de ensino superior.’ (negritos do relator)

Art. 2º – Esta Lei entrará em vigor a partir de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

De início, afasta-se análise de violação à Lei Orgânica do Município, à Lei de Responsabilidade Fiscal 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.

A ação procede. A ementa do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do eminente Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico, em exercício, dr. Wallace Paiva Martins Junior, resume a questão da seguinte forma:

“Constitucional. Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 5.749, de 05 de abril de 2016, do Município de Catanduva, que ‘altera dispositivo da Lei 3.003, de 21 de março de 1994, alterada pelas Leis nºs 4.648, de 20 de março de 2008 e 5.244, de 29 de setembro de 2011’. Serviço público. Transporte coletivo, parametricidade. Extensão do desconto de 50% nas passagens do transporte público coletivo a estudantes que frequentam cursos técnicos e profissionalizantes. Iniciativa parlamentar. Invasão da reserva da administração. Impacto negativo no equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. Procedência. 1. Limites à cognição do tribunal em sede de controle concentrado de normas. Impossibilidade de análise de inconstitucionalidade indiretas ou reflexas, de ofensa à legislação ordinária ou mesmo de questões de fato. O controle de constitucionalidade lei municipal, por via de ação direta, tem como exclusivo parâmetro a Constituição Estadual, sendo defeso o seu contraste como o direito infraconstitucional e com a Constituição Federal. 2. Lei municipal de iniciativa parlamentar que dispõe sobre o desconto de passagens no serviço público de transporte coletivo em prol de estudantes que frequentam cursos técnicos e profissionalizantes viola o princípio da separação de poderes, por dispor sobre organização administrativa e dos serviços públicos (arts. 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XI, XIV, XVII e XIX, ‘a’, da CE/89). 3. Ofensa, ainda, aos arts. 120 e 159, parágrafo único, da CE/89, que estabelecem a competência exclusiva do Poder Executivo para fixação de tarifas do serviço público e que, por simetria, abrange as respectivas isenções ou reduções. 4. À luz da causa de pedir aberta, constata-se também ofensa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de delegação do serviço público correspondente, na medida em que a norma não indica a fonte de recursos para a cobertura das respectivas despesas (art. 117, CE/89). 5. Procedência da ação.”.

Originariamente, a redação da Lei nº 3.003/94, concedia “desconto de 50% (cinquenta por cento), nos ônibus coletivos de serviço público, aos estudantes de 1º, 2º e 3º Graus, mediante a apresentação da Carteira Nacional de Identidade Estudantil, expedida pela União Brasileira de Estudantes Secundaristas – UBES –, União Nacional dos Estudantes – UNE –, ou pela União Municipal de Estudantes Secundaristas de Catanduva – UMESC”. Em 2009, a Lei nº 4.648 estabeleceu que o desconto seria para estudantes do ensino fundamental, médio e superior, mediante a apresentação de documento comprobatório emitido pelas secretarias das escolas e por diretórios acadêmicos das instituições de ensino superior. Além disso, limitou o benefício aos estudantes que residam em Catanduva, condição essa que ficou mais restrita com a entrada em vigor da

Lei nº 5.244/11, ao conceder a isenção apenas durante os deslocamentos entre o estabelecimento de ensino e a residência, nos dias letivos. Por fim, a Lei nº 5.749, de 5-4-2016, alterou a redação anterior, para incluir como beneficiários os estudantes de cursos técnicos e profissionalizante.

O ato impugnado, aprovado pelo legislativo do Município de Catanduva, ao conceder desconto no preço das passagens dos usuários que sejam estudantes de cursos técnicos ou profissionalizantes, acarreta dano ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo celebrado entre a Administração Pública e a empresa concessionária de serviço público de transporte coletivo de passageiros, provocando aumento de despesas para o Poder Executivo, sem indicar a fonte de custeio, violando os arts. 25 e 117, da CE/89.

A criação de despesas para os cofres públicos sem indicação da fonte dos recursos disponíveis para fazer frente ao aumento do subsídio do benefício viola o disposto no art. 25 da CE/89: “Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.”.

A majoração da isenção, da forma como instituída, refletirá diretamente nas despesas do Município porque reduzirá a receita decorrente da prestação do serviço de transporte e a empresa concessionária do serviço de transporte coletivo poderá cobrar da Municipalidade o prejuízo decorrente do aumento do percentual do subsídio.

O ato também viola o art. 117 da CE/89, na medida em que deixa de observar a garantia constitucional que assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, cujos fundamentos impõem a manutenção das condições do pacto no curso da execução do contrato até seu término: “Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”.

Em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Marçal Justen Filho nos ensina que “A Lei admitiu expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, mesmo quando a ruptura derivar de eventos previsíveis, desde que imprevisíveis sejam suas decorrências (...)” Existe, diz ele, “direito do contratado de exigir o restabelecimento econômico-financeiro do contrato se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial será modificada. O mesmo se

passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contratado (...)”. Isto “significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificados. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com os encargos mais onerosos e perceba remuneração originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração”. (pág. 543, 11ª edição, Malheiros).

Nesse sentido já decidiu o Órgão Especial:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 5.011, de 02 de agosto de 2016, do Município de Suzano – Concessão de isenção da tarifa de transporte coletivo aos trabalhadores desempregados que buscam nova colocação no mercado de trabalho – Iniciativa oriunda do Poder Legislativo local – Inviabilidade – Competência legislativa privativa do Executivo – Matéria relativa à administração pública municipal – Alteração do equilíbrio econômico-financeiro – Direito previsto pela Constituição paulista, visando à proteção do contrato administrativo e da continuidade do serviço público – Fiscalização e regulamentação dos serviços públicos são atribuições privativas do Poder Executivo – Violação à separação dos poderes – Ação procedente.”. (ADI nº 2175512-07.2016.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 22-3-2017).

“Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 13.207, de 21 de outubro de 2001 que: ‘dispõe sobre orientação e o auxílio ao usuário dos ônibus que integram o sistema de transporte coletivo’, da cidade de São Paulo. Preliminar. Extinção do feito sem julgamento do mérito por inexistir interesse processual. Impossibilidade. Condição da ação se faz presente. Vício no processo legislativo lastreado em parâmetros constitucionais. Vício formal e material. Existência. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes. Interferência diretamente na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo firmado entre o Poder Público e as empresas prestadoras do serviço de transporte. Afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição Estadual. Modulação de Efeitos. Necessidade. Lei que vigora há 15 anos. Presentes os requisitos destinados para avaliar a imprescindibilidade dos efeitos da declaração. Razões de segurança jurídica já bastariam à justificativa. Excepcional interesse social plenamente demonstrado. Gestão Municipal deverá conduzir eventual transformação na forma de prestação do essencial serviço público de transporte, ajustando-se à nova realidade emanada dessa declaração de inconstitucionalidade, sem que da mudança decorra prejuízo à população. Efeito da declaração a produzir-se com o término 120 dias, contados da data deste julgamento colegiado. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos.” (ADI nº 2126725-44.2016.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. em 7-6-2017).

Mas não é só, instituir isenção tarifária é tema relacionado à organização, funcionamento e direção superior da administração, cuja competência para regulamentação é afeta ao Poder Executivo, vedado, portanto, ao Poder Legislativo editar o referido ato normativo, por ser ele, à evidência, ato de gestão, inserido na esfera do poder discricionário do Prefeito Municipal.

A matéria regulamentada pela norma de iniciativa parlamentar insere-se no âmbito da competência atribuída pela Constituição ao chefe do Poder Executivo Municipal, existindo, pois vício de iniciativa a violar o princípio da separação dos poderes, nos termos dos 5º, 47, II, XIV e XIX, ‘a’, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da CE/89.

Além disso, há dispositivo expresso na Constituição Estadual dispendo que a isenção de tarifa é matéria de competência do Chefe do Executivo, art. 159, da CE/89, e, conseqüentemente, só poderá ser fixada pelo órgão executivo competente, art. 120, da CE/89.

Por decorrência dos citados dispositivos constitucionais, a competência para conceder subsídios à tarifa do transporte público, área em que está inserido o objeto do ato normativo impugnado, cuja natureza é evidentemente administrativa, pertence ao Poder Executivo, já que é atividade própria da Administração Pública.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que cabe privativamente ao Poder Executivo a função administrativa, a envolver atos de planejamento, organização, direção e execução de políticas e de serviços públicos. Em outras palavras, os atos de concretude cabem ao Poder Executivo, enquanto ao Poder Legislativo estão deferidas as funções de editar atos normativos dotados de generalidade e abstração.

Conforme anota Hely Lopes Meirelles, “O sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante”. Dando continuidade ao raciocínio diz que “O prefeito atua sempre por meio de atos concretos e específicos, de governo (atos políticos) ou de administração (atos administrativos); ao passo que a Câmara desempenha suas atribuições típicas editando normas abstratas e gerais de conduta (leis). Nisso se distinguem fundamentalmente suas atividades. O ato executivo do

prefeito é dirigido a um objetivo imediato, concreto e especial; o ato legislativo da Câmara é mediato, abstrato e genérico. Só excepcionalmente o prefeito edita normas através de decreto regulamentar e a Câmara pratica atos administrativos, de efeitos internos ou externos, consubstanciados em resolução ou em decreto legislativo. O prefeito provê in concreto, em razão de seu poder de administrar; a Câmara provê in abstracto, em virtude do seu poder de regular. Todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário” (Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed. Atualizada por Adilson Abreu Dallari, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 735/736 e 739).

Portanto, o ato impugnado viola a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, prevista pelo art. 117 da CE/89, cria despesa aos cofres públicos sem indicar a fonte de custeio e invade área de atuação privativa do Poder Executivo, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a Lei nº 5.749, de 5 de abril de 2016, do Município de Catanduva, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112511-14.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 28.954**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO,

SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 1º e 2º e Anexo I da Resolução nº 500, de 28 de maio de 2014, da Câmara Municipal de Franca – Criação de cargo de provimento em comissão de “Diretor de Comunicação Institucional” – Alegação de que a descrição das atribuições desempenhadas pelo ocupante do cargo não revela natureza exigente da confiança senão plexo de competências comuns, técnicas e profissionais – Atribuições que guardam arrimo para efeito da observação do cargo em comissão, pois inerentes à natureza das funções de direção, chefia e assessoramento – Vício de inconstitucionalidade não configurado.**

**Pedido improcedente.**

## 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 1º e 2º e Anexo I da Resolução nº 500, de 28 de maio de 2014, da Câmara Municipal de Franca, porque, segundo ele, violam o disposto nos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que as atribuições do cargo de “Diretor de Comunicação Institucional” revelam funções de natureza puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior, exigindo-se tão somente o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor. Não há pedido de liminar. Requer o recebimento e processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 188/189).

O Presidente da Câmara Municipal de Franca, notificado, prestou informações a fl. 191/197.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 201/206, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos



artigos 1º e 2º e Anexo I da Resolução nº 500, de 28 de maio de 2014, da Câmara Municipal de Franca.

2. É o relatório.

Os artigos 1º, 2º e Anexo I da Resolução nº 500, de 28 de maio de 2014, que “dispõe sobre a criação e incorporação de cargo ao Anexo VI da Resolução nº 473/2013 e dá outras providências”, têm a seguinte redação:

“O Dr. JOSÉ EURÍPEDES JEPY PEREIRA, Presidente da Câmara Municipal de Franca, no uso de suas atribuições legais, faz saber que a Câmara Municipal de Franca aprovou e ele promulga a seguinte RESOLUÇÃO:

**Art. 1º – Fica criado e incorporado ao Anexo VI da Resolução nº 473, de 24/04/2013, o cargo em comissão de Diretor de Comunicação Institucional da Câmara Municipal de Franca.**

**§ 1º – O cargo em comissão criado por esta Resolução será provido por livre nomeação e exoneração da Presidência, obedecido o disposto no art. 3º desta Resolução.**

**§ 2º – O vencimento do cargo em comissão criado por esta Resolução será fixado por lei específica.**

**Art. 2º – A descrição e as atribuições do cargo em comissão ora criado constam do anexo I desta Resolução, e passam a integrar do Anexo VIII da Resolução 473/2013.**

(Art. 3º revogado pela Resolução nº 517, de 09 de janeiro de 2015).

Art. 4º – Os recursos necessários à remuneração dos cargos criados por esta Resolução serão provenientes da seguinte dotação orçamentária da Câmara Municipal de Franca:

01.01.031.1001 – GESTÃO DE SERVIÇOS LEGISLATIVOS

21.01 – MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS LEGISLATIVOS

3.0.00.00 – DESPESAS CORRENTES

3.1.00.00 – Pessoal e Encargos Sociais

3.1.90.00 – Aplicações Diretas

Art. 5º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º – Revogam-se as disposições em contrário.

(...)

## ANEXO I

**1. Cargo: DIRETOR DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL**

**2. Descrição sintética: Subordina-se diretamente à Presidência, com observância da coordenação e organização estrutural dos órgãos. Compreende o cargo que se destina a coordenar, supervisionar e**

dirigir as atividades de divulgação dos trabalhos da Câmara.

### **3. Atribuições típicas:**

**I – planejar, coordenar, controlar e executar a divulgação dos trabalhos e atividades desenvolvidos pela Câmara de Vereadores, promovendo sua imagem através de veículos multimídia, tais como, televisão (TV Câmara e demais emissoras de TV), radiofonia, fotografia, Internet, publicações, bem como visitas monitoradas;**

**II – planejar anualmente as atividades de divulgação e o respectivo plano de metas, bem como relatório anual de atividades de divulgação e o respectivo plano de metas alcançadas;**

**III – providenciar o credenciamento de jornalistas para participação, nos trabalhos desenvolvidos pela Câmara de Vereadores;**

**IV – providenciar condições de trabalho para os jornalistas credenciados, assim como fornecer-lhes todas as informações necessárias para o desempenho de suas atividades;**

**V – assessorar entrevistas, quando solicitado, intermediando o relacionamento do Presidente da Câmara dos Vereadores e dos Vereadores com a mídia;**

**VII – planejar, coordenar e executar os serviços de fotografias solicitados pelos Vereadores;**

**VIII – planejar, coordenar e executar, os serviços de filmagens solicitados pelos Vereadores;**

**IX – encaminhar pautas pelo correio eletrônico;**

**X – criar programas de cunho educativo com fim de informar a população sobre as funções da Câmara de Vereadores, relativas a defesa da cidadania e incentivar a participação popular;**

**XI – alimentar a página oficial da Câmara de Vereadores na *Internet* (*site*) com as matérias dos Vereadores e da Câmara de Vereadores;**

**XII – preparar e direcionar para distribuição releases e matérias jornalísticas;**

**XIII – promover a divulgação e relacionamento com a imprensa em geral;**

**XIV – acompanhar diariamente as informações prestadas pela imprensa (rádio, jornais e TV), procedendo, quando for o caso, esclarecimentos e respostas, após ouvido o Presidente da Câmara de Vereadores;**

**XV – promover a cobertura jornalística das reuniões da Casa e demais eventos promovidos pela Câmara de Vereadores;**

**XVI – dar cumprimento a outras atribuições atinentes à sua área de**

competência que lhe venham a ser determinada pela Presidência;

**XVII – assessorar a Presidência no planejamento e execução de atividades de “marketing institucional” da Câmara de Vereadores, dando suporte à condução e gerenciamento, das atividades de consolidação como Casa de Leis do Município de Piracicaba, buscando sua certificação organizacional;**

**4. Requisitos para provimento:**

**Instrução: curso superior completo de jornalismo ou comunicação social ou registro profissional de jornalista no órgão competente.**

**Experiência: mínimo de 5 (cinco) anos de trabalho comprovado na profissão de jornalista e/ou em comunicação social.”**

Em primeiro plano, cumpre asseverar que o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Constituição Federal dispõe que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (inciso II, do artigo 37).

Por sua vez, dispõe o artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração” e, o inciso V prevê que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.”

Os cargos em comissão, como sabido é, são aqueles de livre nomeação e exoneração. Todo cargo em comissão guarda norte constitucional específico, revelador, na forma do inciso V, do artigo 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento.

O Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 3.706, pontuou que as atribuições meramente técnicas não guardam caráter de assessoramento, chefia ou direção, na forma do preceito constitucional, como sói poderia ser.

No mesmo sentido, este Eg. Tribunal de Justiça já decidiu que **“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão, de cujos titulares nada mais se pode exigir além do escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional técnico”** (JTJ 176/64).

De outro lado, a necessidade de concurso não pode ser contornada pela criação de cargos comuns sob a roupagem de cargos em comissão que, por certo, apoiam-se na necessária e natural confiança dos superiores e, em regra, estão no nível de direção, chefia e assessoramento superior.

Lembrando Cammarosano, o arrimo expoente das funções de confiança se encontra na demonstração de que o máximo de importância do cargo guarda liame a eficiência desejada do superior hierárquico, que não teria condições de bem atuar se não fosse o auxílio daquele posto no cargo ou na função de confiança<sup>1</sup>, por necessária correspondência a direção, chefia ou assessoramento, pena de afronta “sistemática ao artigo 37, inciso II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos ...” (Cf. Supremo Tribunal Federal AgReg RE 752.769, j. 08.10.13, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

A despeito da livre contratação é a lição de Alexandre de Moraes:

**“Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza.”** (MORAES, Alexandre de. “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional” – 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2003).

Fixadas essas premissas e examinando-se o cargo de **“Diretor de Comunicação Institucional”**, destinado a “dirigir as atividades de divulgação dos trabalhos da Câmara” (Anexo I, item 2), constando, ainda, os requisitos mínimos para o seu exercício (item 4), e a descrição de suas atribuições especificados na Resolução nº 500, de 28 de maio de 2014, da Câmara Municipal de Franca, em especial pelo que consta do Anexo I, conclui-se que as atribuições do cargo são adequadas aos de provimento em comissão, evidenciada a relação de necessária confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado, tendo em vista que a comunicação das ações do Legislativo deve seguir as diretrizes governamentais, bem como a linha de ação proposta pelo Chefe do Poder Legislativo, o que implica na nomeação de pessoa de sua especial

1 Cammarosano, Marcio. Cargos em comissão: breves considerações quanto aos limites à sua criação. Revista Interesse Público, Porto Alegre, n. 38, jul/ago. 2006, p. 25-31.

confiança e justifica o regime de livre nomeação e exoneração.

Nesse ponto, Adilson de Abreu Dallari esclarece:

**“(...) Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado seu exercício a esta ou àquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior. (...)”** (DALLARI, Adilson de Abreu. Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2ed. São Paulo: RT, 1992. p.41.)

N’outro bordo, para que “se possa estabelecer quais os pré-requisitos para os cargos comissionados e funções de confiança, primeiro é necessário haver uma caracterização bem definida do que se trata direção, chefia e assessoramento. Os termos direção, chefia e assessoramento apresentam uma imprecisão técnica. Afinal, as atividades de direção e chefia são equivalentes, sendo a chefia um nível de direção. O assessoramento, por sua vez, pressupõe um conhecimento técnico especializado. Com base nessa diferenciação básica, cada cargo e/ou função deve estar vinculada a uma descrição e a uma especificação em relação às particularidades de cada exercício (...) A definição de condições para a investidura em cargos comissionados e funções de confiança, que extrapole os limites da mera confiança, demonstra um forte compromisso com os objetivos a serem alcançados pelo órgão. Desse modo, a escolha do designado deve combinar critérios discricionários de confiança (entrevista / indicação) e critérios impessoais de qualificação e competência (*curriculum* / experiência / formação acadêmica). Tal procedimento vai ao encontro do estabelecido no art. 94 do Decreto-Lei nº 200 de 1967: *V – Constituição de quadros dirigentes, mediante formação e aperfeiçoamento de administradores capacitados a garantir a qualidade, produtividade e continuidade da ação governamental, em consonância com critérios éticos especialmente estabelecidos; VI – Retribuição baseada na classificação das funções a desempenhar, levando-se em conta o nível educacional exigido pelos deveres e responsabilidade do cargo, a experiência que o exercício deste requer, a satisfação de outros requisitos que se reputarem essenciais ao seu desempenho e às condições do mercado de trabalho.*”<sup>2</sup>

Demais disso, os verbos “planejar”, “coordenar” e “controlar”, na forma dos incisos I, II, VII, VIII, pressupõem a existência de uma unidade (Departamento) de comunicação da Câmara de Vereadores, a indicar posição

2

Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original), acesso em 03 out 2017.

de comando do “Diretor de Comunicação Institucional”, destacando, desta feita *facere* de chefia e direção. Também o gênero dos incisos V e XVII, pontuado pelo verbo “assessorar” a Presidência na área de sua referência, eleva a função atividade de assessoramento, que muito embora não combine com a ideia de direção, guarda arrimo para efeito da observação do cargo em comissão.

Portanto, diante da descrição minudente das atribuições do cargo impugnado \_\_ necessária para se prevenir deliberações legislativas que desvirtuem a primazia da regra do concurso público e para a aferição da sua legitimidade \_\_ resta afastada a tese de afronta ao artigo 111 da Constituição do Estado, não evidenciada a inobservância dos princípios constitucionais nele descritos (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade).

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236908-82.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ e PREFEITO MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULOILLO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

MOACIR PERES, Relator

**Ementa:            AÇÃO            DIRETA            DE**  
**INCONSTITUCIONALIDADE            –            PERDA**

**SUPERVENIENTE DO OBJETO – Criação de diversos cargos em comissão – Posterior edição de leis que revogaram os atos normativos impugnados – Ausência superveniente de interesse processual – Processo extinto, sem análise do mérito.**

## VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra os incisos IV e V do artigo 96 da Lei Complementar n. 499, de 22 de dezembro de 2010, na redação dada pela Lei Complementar n. 508, de 2 de dezembro de 2011; artigo 100 da Lei Complementar n. 499, de 22 de dezembro de 2010; das expressões “Assessor Municipal III”, “Assessor Municipal IV”, “Assessor Municipal V” e “Assessor Municipal VI” (artigo 5º e Anexos IV da Lei n. 5.673, de 28 de setembro de 2001, Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012, artigo 5º da Lei n. 8.084, de 24 de outubro de 2013 e artigo 5º da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Sub-Comandante da Guarda Municipal”, “Secretário Executivo do Prefeito” (Anexo XV da Lei n. 6.897, de 12 de setembro de 2007 e Anexo II da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor de Relações Institucionais” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Diretor de Assuntos Jurídicos” e “Diretor Técnico Jurídico” (artigo 1º da Lei n. 3.490, de 11 de dezembro de 1989, Lei n. 4.976, de 20 de março de 1997 e Anexos II e XIX da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor Especial” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012, artigo 14 da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013, artigo 5º da Lei n. 8.084, de 24 de outubro de 2013, artigo 13 da Lei n. 8.260, de 16 de julho de 2014, artigo 6º da Lei n. 8.352, de 17 de dezembro de 2014 e artigo 5º da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Coordenador do PROCON de Jundiaí” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Procurador do Município – Chefe” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor Municipal IV”, “Assessor Municipal V” e “Assessor Municipal VI” (Anexos II e X da Lei n. 7.828, de 29 de março de 2012, artigo 2º da Lei n. 8.261, de 16 de julho de 2014 e artigo 2º da Lei n. 8.571, de 28 de dezembro de 2015); “Controlador Geral do Município”, “Contador Geral do Município”, “Coordenador do Bem Estar Animal”, “Coordenador Especial da Promoção de Políticas Públicas de Igualdade Racial”, “Coordenador da Pessoa com Deficiência”, “Coordenador de Políticas Públicas das Mulheres”, “Coordenador do Idoso”, “Coordenador da Juventude”, “Coordenador da Defesa Civil”, “Assessor Especial Educacional e “Assessor Especial da Saúde” (artigo 12 e Anexo I da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013); “Assessor Especial de Programação” (artigo 17 e seus §§ 1º e 2º e Anexo I da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013); “Assessor



Especial para Assuntos das Coordenadorias”, “Diretor de Cerimonial e Eventos”, “Coordenador do Trabalho, Emprego e Renda”, “Assessor Especial da Aglomeração Urbana de Jundiá”, “Secretário Adjunto de Administração e Gestão”, “Assessor Especial de Apoio a Gestão e Projetos”, “Diretor do Departamento Técnico” e “Secretário Executivo” (artigo 8º e Anexo I da Lei n. 8.260, de 16 de julho de 2014); “Assessor Especial para Assuntos de Segurança Pública” e “Coordenador de Projetos Urbanos” (artigo 5º, incisos I e II, e Anexo I da Lei n. 8.352, de 17 de dezembro de 2014); “Assessor Especial para Assuntos de Regularização Fundiária” (artigo 4º e Anexo I da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Controlador Geral do Município” (artigo 7º da Lei n. 8.116, de 13 de dezembro de 2013); “Diretor de Relações Institucionais” e “Coordenador da Política Habitacional” (artigo 3º e seus §§ 1º e 2º e Anexo I da Lei n. 8.571, de 28 de dezembro de 2015), todas do Município de Jundiá.

O autor discorre sobre os dispositivos legais impugnados, explicando a sucessão de leis que culminaram com a criação e regulamentação dos cargos em comissão ora analisados. Alega que as atribuições dos cargos em questão não revelam natureza de assessoramento, chefia e direção, mas funções genéricas, técnicas, burocráticas e operacionais. Transcreve as funções atribuídas aos cargos. Diz que os dispositivos legais contrariados ofendem os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, aplicáveis aos Municípios por força dos artigos 29 da Constituição Federal e 144 da Constituição do Estado. Há também violação aos artigos 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, 128 e 144 da Constituição Estadual, pois a atividade de advocacia pública somente pode ser exercida mediante aprovação em concurso público. Acrescenta que a previsão de gratificação para determinados cargos de provimento em comissão pelo fato de serem comissionados e a gratificação de nível universitário para específicos cargos de provimento em comissão, que exigem formação superior para o provimento, violam a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, o interesse público e as exigências do serviço, insculpidos nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Saliencia ainda que não estão descritas as atribuições de alguns dos cargos questionados, em ofensa aos artigos 111 e 115, incisos I, II e V, da Constituição Estadual. Cita doutrina e julgado. Pontua que alguns cargos possuem atribuições idênticas às de outros cargos. Argumenta que as funções deveriam corresponder a atividades de chefia, direção e assessoramento, em observância aos artigos 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Bandeirante. Discorre sobre a autonomia municipal e a *ratio* dos cargos em comissão. Transcreve doutrina e jurisprudência, concluindo que há ofensa aos artigos 115, incisos II e V, da Constituição Estadual e 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Quanto ao cargo de natureza jurídica, asseve que possui natureza técnica e que, por se tratar de advocacia pública, não poderia ser provido em comissão. Discorre sobre as gratificações previstas aos cargos em comissão, alegando

que os servidores não podem ser recompensados por exercê-los segundo essa forma especial de provimento, nos termos de jurisprudência que transcreve. Diz também que não é possível gratificar a educação de nível superior do servidor em cargos nos quais essa escolaridade é requisito para o provimento. Transcreve julgados. Discorre sobre a moralidade administrativa. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/148).

A liminar foi concedida (fls. 1.554/1.557).

Os réus prestaram informações (fls. 1.560/1.562 e 2.895/2.905).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 2.890/2.891).

Foram opostos embargos de declaração, acolhidos para corrigir erro material, sem alteração da decisão que havia concedido a liminar (fls. 3.011/3.016 e 3.034/3.039).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pela procedência da ação (fls. 3.051/3.113).

Em petições juntadas a fls. 2.955/3.004 e 3.128, o Prefeito Municipal informou que as leis impugnadas foram revogadas pela edição das Leis n. 8.762, n. 8.763 e n. 8.764 e da Lei Complementar n. 573, todas de 3 de março de 2017, bem como da Lei n. 8.809, de 12 de julho de 2017, todas do Município de Jundiá.

Instada a se manifestar novamente, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela extinção do processo (fls. 3.137/3.141).

É o relatório.

Objetivava o Procurador Geral de Justiça a declaração de inconstitucionalidade dos incisos IV e V do artigo 96 da Lei Complementar n. 499, de 22 de dezembro de 2010, na redação dada pela Lei Complementar n. 508, de 2 de dezembro de 2011; artigo 100 da Lei Complementar n. 499, de 22 de dezembro de 2010; das expressões “Assessor Municipal III”, “Assessor Municipal IV”, “Assessor Municipal V” e “Assessor Municipal VI” (artigo 5º e Anexos IV da Lei n. 5.673, de 28 de setembro de 2001, Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012, artigo 5º da Lei n. 8.084, de 24 de outubro de 2013 e artigo 5º da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Sub-Comandante da Guarda Municipal”, “Secretário Executivo do Prefeito” (Anexo XV da Lei n. 6.897, de 12 de setembro de 2007 e Anexo II da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor de Relações Institucionais” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Diretor de Assuntos Jurídicos” e “Diretor Técnico Jurídico” (artigo 1º da Lei n. 3.490, de 11 de dezembro de 1989, Lei n. 4.976, de 20 de março de 1997 e Anexos II e XIX da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor Especial” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827,

de 29 de março de 2012, artigo 14 da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013, artigo 5º da Lei n. 8.084, de 24 de outubro de 2013, artigo 13 da Lei n. 8.260, de 16 de julho de 2014, artigo 6º da Lei n. 8.352, de 17 de dezembro de 2014 e artigo 5º da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Coordenador do PROCON de Jundiaí” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Procurador do Município – Chefe” (Anexos II, XIX e XXI da Lei n. 7.827, de 29 de março de 2012); “Assessor Municipal IV”, “Assessor Municipal V” e “Assessor Municipal VI” (Anexos II e X da Lei n. 7.828, de 29 de março de 2012, artigo 2º da Lei n. 8.261, de 16 de julho de 2014 e artigo 2º da Lei n. 8.571, de 28 de dezembro de 2015); “Controlador Geral do Município”, “Contador Geral do Município”, “Coordenador do Bem Estar Animal”, “Coordenador Especial da Promoção de Políticas Públicas de Igualdade Racial”, “Coordenador da Pessoa com Deficiência”, “Coordenador de Políticas Públicas das Mulheres”, “Coordenador do Idoso”, “Coordenador da Juventude”, “Coordenador da Defesa Civil”, “Assessor Especial Educacional” e “Assessor Especial da Saúde” (artigo 12 e Anexo I da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013); “Assessor Especial de Programação” (artigo 17 e seus §§ 1º e 2º e Anexo I da Lei n. 7.996, de 27 de fevereiro de 2013); “Assessor Especial para Assuntos das Coordenadorias”, “Diretor de Cerimonial e Eventos”, “Coordenador do Trabalho, Emprego e Renda”, “Assessor Especial da Aglomeração Urbana de Jundiaí”, “Secretário Adjunto de Administração e Gestão”, “Assessor Especial de Apoio a Gestão e Projetos”, “Diretor do Departamento Técnico” e “Secretário Executivo” (artigo 8º e Anexo I da Lei n. 8.260, de 16 de julho de 2014); “Assessor Especial para Assuntos de Segurança Pública” e “Coordenador de Projetos Urbanos” (artigo 5º, incisos I e II, e Anexo I da Lei n. 8.352, de 17 de dezembro de 2014); “Assessor Especial para Assuntos de Regularização Fundiária” (artigo 4º e Anexo I da Lei n. 8.465, de 1º de julho de 2015); “Controlador Geral do Município” (artigo 7º da Lei n. 8.116, de 13 de dezembro de 2013); “Diretor de Relações Institucionais” e “Coordenador da Política Habitacional” (artigo 3º e seus §§ 1º e 2º e Anexo I da Lei n. 8.571, de 28 de dezembro de 2015), todas do Município de Jundiaí (fls. 1/148).

Porém, após o ajuizamento da presente ação, providenciou-se a edição das Leis n. 8.762, n. 8.763 e n. 8.764 e da Lei Complementar n. 573, todas de 3 de março de 2017, bem como da Lei n. 8.809, de 12 de julho de 2017, todas do Município de Jundiaí, que revogaram os atos normativos vergastados.

Como é cediço, “existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.” (Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504.).

No caso dos autos, mostra-se desnecessária a tutela judicial inicialmente pretendida, pois desapareceram do mundo jurídico os atos normativos cuja constitucionalidade se questionava.

Como bem pontuou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, existe a possibilidade de criação, pelas leis revogadoras, “de novos cargos de provimento em comissão, dentre os quais muitos poderiam e parecem constituir, na verdade, reprodução dos cargos impugnados na presente. Destarte, muito embora possa ter ocorrido a perda do interesse de agir, em virtude da extinção dos cargos nos moldes em que haviam sido criados e nos termos da lei ora impugnadas, a Procuradoria-Geral de Justiça determinará a extração de cópias das novas leis, para examinar a constitucionalidade dos novos cargos de provimento em comissão criados, o que inclui os cargos instituídos em substituição aos contestados por meio da presente ação direta de inconstitucionalidade.” (fls. 3.122).

Contudo, com relação à presente ação, verifica-se mesmo a ausência superveniente do interesse processual.

Esse Colendo Órgão Especial, analisando caso semelhante ocorrido no mesmo Município, assim decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 1º DA LEI MUNICIPAL Nº 714/2001, DO MUNICÍPIO DE ESTIVA GERBI – PERDA DO OBJETO COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 874, DE 9 DE OUTUBRO DE 2015, QUE REVOGA EXPRESSAMENTE A LEI QUESTIONADA – AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL – EXTINÇÃO DO FEITO DECRETADA.” (Direta de inconstitucionalidade n. 2204166-38.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Ferraz de Arruda – j. em 24.2.16 – v.u.)

Ante o exposto, julga-se extinta a ação, sem julgamento do mérito, por perda superveniente de objeto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2246128-07.2016.8.26.0000, 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 RANCHARIA e PREFEITO MUNICIPAL DE RANCHARIA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. BERETTA

DA SILVEIRA. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. JOÃO NEGRINI E MOREIRA VIEGAS.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40581)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, ANGÉLICA DE ALMEIDA, MOREIRA VIEGAS (com declaração), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e CARLOS BUENO julgando a Ação procedente; e PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO (com declaração), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, SILVEIRA PAULO, PAULO ALCIDES, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERRAZ DE ARRUDA julgando a Ação improcedente.

São Paulo, 4 de outubro de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator Designado

**Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigos 36 e 37 da Lei Orgânica do Município de Rancharia, que dispõem sobre a cessão de máquinas e operadores da Prefeitura a particulares, de forma transitória e mediante remuneração. Generalidade. Não cabimento. Ausência de critérios objetivos a impedir o exercício da lei dentro dos patamares que devem nortear a conduta do administrador público. Necessidade de se preservar os axiomas da motivação, moralidade, impessoalidade, publicidade e transparência. Ultraje aos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Jurisprudência deste Colegiado. **AÇÃO PROCEDENTE.****

## VOTO

Indiquei vista dos autos para melhor compreensão da extensão da controvérsia.

Tributado o devido respeito ao voto do E. Relator, o Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO, meu voto caminha em sentido diverso.

Anoto que se trata de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade promovida pelo DD. Procurador Geral de Justiça em face do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Rancharia/SP, tendo por objeto os artigos 36 e 37 da Lei Orgânica do Município.

Busca a Procuradoria de Justiça, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, que autorizam a cessão de máquinas e operadores da Prefeitura a particulares, de forma transitória e mediante remuneração, porém, sem qualquer disciplina procedimental para tais cessões. Salienta que, sem o estabelecimento de rito normativo específico, há excessiva discricionariedade do Administrador para autorizar o uso de bens públicos por particulares. Esta situação viola os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da transparência, previstos nos arts. 111 e 144 da CE. Pede, assim, a procedência da demanda.

O douto Relator julga improcedente a ação.

Recentemente, 22.03.2017, relatei caso de todo semelhante, oportunidade em que este Colendo Órgão Especial – Votação Unânime – julgou procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta também pela Procuradoria Geral de Justiça em face de Lei Complementar nº 1.736, de 03 de julho de 2013, do Município de Boraceia, que dispôs sobre a outorga de incentivo a pequeno agricultor e proprietário de único imóvel, consistente na utilização de máquinas e implemento, que teve a seguinte ementa:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 1.736, de 03 de julho de 2013, do Município de Boraceia, que dispôs sobre a outorga de incentivo a pequeno agricultor e proprietário de único imóvel, consistente na utilização de máquinas e implementos. Generalidade. Não cabimento. Ausência de critérios objetivos a impedir o exercício da lei dentro dos patamares que devem nortear a conduta do administrador público. Necessidade de se preservar os axiomas da motivação, moralidade, impessoalidade, publicidade e transparência. Ultraje aos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Jurisprudência deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE.” (ADI nº 2237015-29.2016.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 22.03.2017, V.U.).

Para fins de comparação, reproduzo a lei questionada na ADI acima mencionada, fazendo cotejo com os artigos impugnados nesta ação ora em julgamento:

Lei Complementar nº 1.736, de 03 de julho de 2013, do Município de Boraceia – ADI 2237015-29.2016.8.26.0000 (julgado em 22.03.2017) Artigos 36 e 37 da Lei Orgânica do Município de Rancharia – ADI ora em julgamento.

Artigo 1º – Fica o Poder Executivo Municipal, em consonância ao artigo 158 e seguintes, e 165 e seguintes da Lei Orgânica do Município de Boracéia, autorizado a conceder o uso de máquinas, implementos e congêneres para os proprietários de imóveis agrícolas de pequeno porte, bem como ao proprietário de um único imóvel urbano, localizados nos limites do município de Boracéia.

Artigo 2º – O proprietário de área rural compreendida de 0 a 7,999 alqueires será isento de qualquer cobrança de taxa para a utilização de máquinas,

implementos e congêneres em sua propriedade.

§ 1º – Do proprietário de área rural compreendida de 8,00 a 50,00 alqueires será cobrado o valor da taxa indicada a tabela elaborada pela na Lei 1.213/2001, com um abatimento de 50% (cinquenta por cento), para a utilização de máquinas, implementos e congêneres em sua propriedade;

§ 2º – Para a propriedade ou a soma de mais de uma propriedade de um mesmo proprietário, que atingir área igual ou superior a 51,00 alqueires, que possuam mais que um imóvel urbano, bem como aqueles que possuam máquinas, tratores ou equipamentos, fará jus aos benefícios desta lei, porém, serão taxados pelo dobro dos valores constante na tabela da Lei 1.213/2001, para efeito de compensação financeira, em virtude de possível redução de receita em decorrência da isenção aos beneficiados desta lei.

Artigo 3º – Serão beneficiados desta isenção de cobrança, pelo uso de máquinas, implementos e congêneres, proprietários de um único imóvel urbano, independente de sua dimensão.

Artigo 4º – As despesas com a execução desta lei correrão por conta de dotação orçamentária própria, podendo, ainda, o Poder Executivo Municipal providenciar as adequações orçamentárias necessárias nas peças de Planejamento do PPA, LDO e LOA.

Artigo 5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua divulgação, revogando-se às disposições em contrário. Artigo 36. Poderão ser cedidos a particulares, para serviços transitórios, máquinas e operadores da Prefeitura, desde que não haja prejuízo para os trabalhos do Município e o interessado recolha, previamente, a remuneração arbitrada e assine termo de responsabilidade pela conservação, guarda, danos e devolução dos bens cedidos.

Artigo 37. Salvo interesse público devidamente justificado, a utilização dos bens municipais por terceiros será sempre remunerada consoante o valor de mercado, neste compreendidos o gasto com combustível, a depreciação do bem e os custos indiretos.

§ 1º. A remuneração, de que trata o caput, poderá ser revista semestralmente, ou em tempo inferior se a ordem econômica o exigir.

§ 2º. O pagamento da remuneração, de que trata este artigo, não exime o usuário de outras responsabilidades, a exemplo das tributárias.

Fazendo o cotejo de ambos os diplomas legais, verifico – na minha leitura – identidade de porte tal a me levar a ter o mesmo raciocínio que foi feito na ADI por mim relatada, e, aprovado por unanimidade por este prestigiado Órgão Especial.

Disse lá, e repito agora, pouco importa, na espécie, o bom propósito da lei contestada. Por certo que a concepção de se ajudar os munícipes mediante a permissão, ou mesmo de autorização de uso – como sustenta o nobre Relator,



dos mais variados equipamentos da Edilidade é de ser considerada louvável, ainda que haja exclusivo benefício direto de parte deles.

O que convém anotar é que, apesar desse elogiável desígnio, há princípios que não podem ser desprezados pelo administrador público, notadamente no trato de patrimônio que a todos pertence.

Muito embora não se possa fazer qualquer prévio juízo e tampouco descrever da honestidade de todos os prefeitos que agiram no império da norma pelejada, o seu traçado é inegavelmente inconstitucional, pelo menos na minha leitura e, claro, com o mais devotado respeito ao douto Desembargador Relator.

Independentemente da ciência que os estudiosos do Direito têm acerca do matiz geral que as leis devem conter, o que até poderia se acomodar com o texto criticado, a questão essencial está relacionada à completa ausência de critérios objetivos que autorizem navegar em águas serenas e sem a menor perspectiva de desvio do escopo legal.

Deveras, levando-se em conta que a benesse estabelecida haverá de disponibilizar diversos bens públicos e promover o concurso de várias pessoas, somente a especificação do uso, mediante instrumentos expressos, é que tornaria a lei legítima.

E tal se dá não apenas porque os agentes públicos estão obrigados a divulgar o inteiro teor de seus atos, mas também porque o favor previsto não pode ser destinado a determinadas pessoas. Estes vetores, à farta, além de prestigiar os princípios da publicidade e da impessoalidade, põem-se ao lado dos que pregam a motivação, a moralidade e a transparência.

Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 41ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014, página 90) leciona, com sua habitual proficiência, ao comentar as doze regras de observação permanente e obrigatória por parte do administrador que “(...) por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais. (...)”.

Não será demais afirmar que a submissão a tais preceitos contribui, ainda, no relevantíssimo controle dos atos de gerência dos bens – lato senso – públicos. In casu, é seguro afirmar que, aplaudida a informalidade legislativa adotada pela norma em comento, o controle dos atos de gestão estará correndo sério risco.

Nesse vértice, é inquestionável o agravo da regra em pauta ao Texto Fundamental Paulista.

Com efeito, abandonados quaisquer critérios objetivos à concessão de uso dos bens públicos nela mencionados, apartou-se do que dispõe o art. 111 (Artigo

111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência), com evidente reflexo no comando do art. 144 (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).

Tenho como insuperável o vício nas normas contestadas, já que ausente forma pormenorizada pela qual se daria a aludida cessão – seja permissão seja autorização – até como forma de garantir a manifestação de interesse por parte dos munícipes interessados. Não há qualquer publicidade das máquinas e implementos disponíveis, vale dizer:

a) quais e quantas máquinas e implementos estão ou poderão estar disponíveis?

b) quais são os critérios utilizados para a seleção dentre os eventuais interessados? Ou seja,

c) como se procederia na hipótese de haver mais de um interessado na mesma máquina?

d) Qual o prazo para o uso dos bens?

e) Qual a motivação e a decisão final pela administração pública, bem ainda,

f) como se dará a efetiva demonstração de que os trabalhos municipais não serão prejudicados com a materialização de tal ato administrativo?

E nem se assevere, em abono do edito criticado, que ele teria previsto condutas abstratas a serem praticadas pelo Administrador-Mor mercê de futuros diplomas regulamentadores, seja porque a redação da lei em mira não faz qualquer indicação nesse sentido.

De notar, que muitos são os questionamentos que me levam a conclusão da inconstitucionalidade dos artigos surrados.

Dessa forma, inegável que os princípios suso aludidos restaram amalgamados, de sorte que é imperioso reconhecer a inconstitucionalidade da lei protestada, e, novamente, deixo expressa minha vênias ao culto Relator.

Ao cabo, guardadas as devidas proporções, cabe evidenciar a posição deste C. Órgão Especial ao apreciar situações em que envolvia a outorga de bens públicos sem se respeitar os princípios acima comentados, a saber:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Lei municipal. Desafetação de bem de uso comum. Permissão de uso sem licitação. 1. Viola o art. 117 da CE a norma municipal que outorga permissão de uso de bem de uso comum a particular sem a necessária licitação. 2. A desafetação de bem de uso

comum somente se mostra legítima em casos excepcionais, quando afastado o prejuízo para a finalidade da sua instituição. Ação julgada procedente. (ADI nº 0228513-82.2009.8.26.0000, Rel. Des. Laerte Sampaio, j. em 09/12/2009).

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Artigo 125, § único, da Lei Orgânica do Município de Pederneiras e artigo 5º, § 5º, da Lei 2.903, de 07 de julho de 2011, do Município de Pederneiras. Concessão de direito real de uso sobre bem público. Dispensa de licitação. Invasão da competência da união para normas gerais sobre licitação e contrato administrativo. Dispositivos que criam exceção à regra da licitação e favorecem particular como concessionário de uso privativo de bem público, que não se investiu nessa qualidade a partir de processo seletivo objetivo, público e imparcial. Afronta aos artigos 117 e 144 da Constituição Estadual e art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Precedentes do Órgão Especial. Ação procedente (ADI nº 2228477-30.2014.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. em 27/05/2015).

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Concessão de direito real de uso de bem público a particular. Inobservância da regra de licitação e das exigências legais. Desrespeito aos artigos 111, 117 e 144 da Constituição Estadual, bem como aos princípios constitucionais da Administração Pública. Inconstitucionalidade configurada. Ação julgada procedente. (ADI nº 2215110-02.2015.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. em 17/02/2016).

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** a ação a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 36 e 37 da Lei Orgânica do Município de Rancharia.

## **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

### **(Voto nº 19.282)**

Trata-se de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade promovida pelo DD. Procurador Geral de Justiça em face do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Rancharia/SP, tendo por objeto os arts. 36 e 37 da Lei Orgânica do Município.

Busca a Procuradoria de Justiça, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, que autorizam a cessão de máquinas e operadores da Prefeitura a particulares, de forma transitória e mediante remuneração, porém, sem qualquer disciplina procedimental para tais cessões. Salienta que, sem o estabelecimento de rito normativo específico, há excessiva discricionariedade do Administrador para autorizar o uso de bens públicos por particulares. Esta situação viola os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da transparência, previstos nos arts. 111 e 144 da CE. Pede, assim, a procedência da demanda.

Não houve pedido de tutela antecipada liminar.

A douta Procuradoria Geral do Estado deixou de oferecer a defesa dos dispositivos normativos impugnados tratando de matéria de interesse exclusivamente local (fls. 780/783).

A Prefeitura e a Câmara Municipal de Rancharia prestaram informações (fls. 759/765 e 769/771, respectivamente). Em síntese, defenderam a compatibilidade dos arts. 36 e 37 da Lei Orgânica Municipal com a Constituição do Estado. Sustentaram, também, que o empréstimo de maquinário aos cidadãos rancharienses visa atender ao interesse público, pois ajuda a fomentar e desenvolver a economia local. Salientam, ainda, não haver casos de favorecimento pessoal ou de tratamento discriminatório e que o uso dos bens públicos móveis sempre ocorre de forma onerosa ao particular. Por fim, argumentam que não há falar em inconstitucionalidade em razão de ausência de regulamentação mais específica sobre matéria, inclusive porque os princípios constitucionais mencionados pela parte autora são vinculantes e devem pautar a aplicação dos arts. 36 e 37 da Lei Orgânica. Pediram o julgamento de improcedência da ação, tendo a Câmara Municipal postulado, subsidiariamente, pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, caso se entenda pertinente determinar que as normas em debate deverão ser aplicadas somente após a devida regulamentação; ou pela modulação de efeitos da decisão de procedência, com concessão de prazo razoável para que o Poder Público edite a competente norma regulamentadora.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou novamente, reiterando os argumentos trazidos na inicial e pugnano pela procedência da ação (fls. 773/777).

### **É o relatório.**

Respeitado o entendimento em sentido contrário, a meu ver, a presente ação é improcedente.

Os artigos em debate possuem a seguinte redação:

*Art. 36. Poderão ser cedidos a particulares, para serviços transitórios, máquinas e operadores da Prefeitura, desde que não haja prejuízo para os trabalhos do Município e o interessado recolha, previamente, a remuneração arbitrada e assine termo de responsabilidade pela conservação, guarda, danos e devolução dos bens cedidos.*

*Art. 37. Salvo interesse público devidamente justificado, a utilização dos bens municipais por terceiros será sempre remunerada consoante o valor de mercado, neste compreendidos o gasto com combustível, a depreciação do bem e os custos indiretos.*

*§ 1º. A remuneração, de que trata o caput, poderá ser revista semestralmente, ou em tempo inferior se a ordem econômica o exigir.*

*§ 2º. O pagamento da remuneração, de que trata este artigo, não exige*

*o usuário de outras responsabilidades, a exemplo das tributárias.*

A referida norma estabelece forma de cessão de uso de bem público que se assemelha muito mais à “autorização de uso” do que à “permissão de uso”.

Odete Medauar assim conceitua os dois institutos:

*“a) Autorização de uso – é o ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a Administração consente que um particular utilize privativamente um bem público. Pode incidir sobre qualquer tipo de bem. De regra, o prazo de uso é curto; poucas e simples são suas normas disciplinadoras; independe de autorização legislativa e licitação; pode ser revogada a qualquer tempo. Exemplos: uso de área municipal para instalação de circo, para formar canteiro de obra pública.*

*b) Permissão de uso – é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se atribui ao particular o uso privativo de bem público. Em geral, a permissão se aplica a usos privativos não conformes à real destinação do bem, mas compatíveis, por exemplo: bancas de jornais em ruas, mesas e cadeiras em frente a restaurantes e bares. Qualquer tipo de bem público poderá ser objeto de permissão de uso; independe de autorização legislativa; quanto à licitação, embora de regra não se exija, melhor parece efetuar o certame se o caso comportar disputa entre interessados, propiciando-se, desse modo, igualdade de oportunidade e evitando-se favoritismos. (...) Pode ser outorgada com prazo determinado, se for revogada por interesse público, sem motivos oriundos do permissionário, este deverá ser indenizado.”*

(Direito Administrativo Moderno, 18ª ed., 2014, RT, pp. 288-289).

Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, apresenta os seguintes elementos diferenciadores entre a autorização e a permissão de uso:

*“1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo;*

*2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à precariedade. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso da permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público;*

*3. A autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma faculdade de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.”*

(Direito Administrativo, 20ª ed., Atlas, 2007, pp. 636/638).

Como visto, a Lei Orgânica Municipal de Rancharia permite ao Executivo praticar ato típico de gestão (e para o qual, a rigor, nem seria necessária

autorização legislativa), consistente em autorizar o uso de bens públicos (máquinas e operadores da Prefeitura), desde que cumpridos os requisitos nela mesma estabelecidos, quais sejam: inexistência de prejuízo aos trabalhos do Município; pagamento prévio de remuneração compatível com o valor de mercado; e assinatura de termo de responsabilidade por guarda, conservação, danos e devolução.

Ou seja, diferentemente do que sustenta o autor, os dispositivos legais em apreço trazem os requisitos essenciais para a prática do ato administrativo, mostrando-se absolutamente desnecessária a fixação, no texto de Lei Orgânica Municipal, de todos os detalhes e pormenores de como deve funcionar a autorização dos bens de uso público da Municipalidade.

Note-se que nem a Constituição Federal, nem a Constituição Estadual prescrevem minudências sobre como deverá ocorrer a cessão de bem público, apenas permitindo a prática e relegando à lei a sua regulamentação.

Como é cediço, a Lei Orgânica Municipal tem o objetivo de estabelecer os elementos constitutivos deste ente federativo, a ela cabendo, segundo Eduardo de Moraes, organizar “*os órgãos da Administração, a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais (...); além de estabelecer as regras de processo legislativo municipal e toda regulamentação orçamentária, em consonância com a Constituição Federal, a Constituição do respectivo Estado*” e os preceitos do art. 29 da CF (Direito Constitucional, 20ª ed., 2007, Atlas, p. 268).

Destarte, não seria pertinente esperar que a Lei Orgânica Municipal regulamentasse minúcias acerca da autorização de uso de maquinário e operadores do Município por particulares. Em outras palavras, a mera omissão, na LOM, quanto aos pormenores da autorização de uso não tem o condão de tornar inconstitucional o instituto.

De outro lado, é mister reconhecer que os arts. 36 e 37 da LOM de Rancharia não prescrevem critérios ou requisitos que contrariem os princípios constitucionais da moralidade ou da impessoalidade. Ao reverso disso, a norma define que o uso será remunerado e que o patrimônio público deverá ser preservado, arcando o particular com o ônus da perda do bem ou da ocorrência de danos.

Sem prejuízo, vale notar que a eventual execução de norma de forma pessoal e/ou imoral não a torna inconstitucional, sendo certo que tal prática deve ser solucionada na seara da improbidade administrativa, não na do controle de constitucionalidade.

Ainda, cabe ressaltar que, como se depreende dos excertos doutrinários acima acrescidos, o ato administrativo de autorização de uso é unilateral,

precário, não necessita de licitação e exige regulamentação simples para sua prática, requisitos presentes no caso das normas em análise.

Observo, outrossim, que não há necessidade de autorização legislativa para que o Poder Executivo pratique o referido ato, motivo pelo qual se evidencia a vantagem, para fins de fiscalização dos atos do Administrador, da preservação dos artigos 36 e 37 da LOM de Rancharia.

Em outras palavras, se tais normas fossem retiradas do ordenamento por contrariedade à CE, as autorizações de uso continuariam a ser concedidas pelo Executivo, só que sem um arcabouço mínimo normativo que o balizasse.

Por fim, admite-se que a regulamentação dos aludidos artigos da LOM por lei ordinária, lei complementar ou decreto executivo trariam mais transparência e clareza para os procedimentos internos de autorização de uso, contribuindo para a observância dos princípios arrolados na inicial. Contudo, é certo que a ausência de regulamentação não torna inconstitucionais as normas em apreço.

Enfim, analisando os pontos impugnados pela autoria, vê-se que os arts. 36 e 37 da LOM de Rancharia não ferem dispositivos constitucionais, devendo ser julgada, portanto, improcedente a ação.

**Diante o exposto, consigno meu voto pela IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.**

JOÃO NEGRINI FILHO, Desembargador, Relator sorteado vencido

### DECLARAÇÃO DE VOTO

#### **(Voto nº 21006)**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 36 e 37 da Lei Orgânica do MUNICÍPIO DE RANCHARIA.

Inicialmente, transcrevo o teor dos dispositivos contestados:

Art. 36. Poderão ser cedidos a particulares, para serviços transitórios, máquinas e operadores da Prefeitura, desde que não haja prejuízo para os trabalhos do Município e o interessado recolha, previamente, a remuneração arbitrada e assine termo de responsabilidade pela conservação, guarda, danos e devolução dos bens cedidos.

Art. 37. Salvo interesse público devidamente justificado, a utilização dos bens municipais por terceiros será sempre remunerada consoante o valor de mercado, neste compreendidos o gasto com combustível, a depreciação do bem e os custos indiretos.

§ 1º. A remuneração, de que trata o caput, poderá ser revista semestralmente,



ou em tempo inferior se a ordem econômica o exigir.

§ 2º. O pagamento da remuneração, de que trata este artigo, não exime o usuário de outras responsabilidades, a exemplo das tributárias.

O Requerente argumenta que referidos dispositivos padecem do vício de inconstitucionalidade material. Argumenta, em síntese, que, ao prever de forma genérica a cessão de uso de bens e de servidores públicos para atividades particulares, suas normas lesionam vetores plasmados no âmbito da Constituição Estadual, porquanto ausentes, dos seus textos, disposições normativas assecuratórias da impessoalidade administrativa, da publicidade e da transparência. Aponta que não há critério algum positivado na norma examinada, acerca do iter administrativo a ser seguido, para fins de efetivação do direito subjetivo individual. Sustenta que a legislação questionada é omissa, pois não traz os critérios do indispensável procedimento administrativo municipal para o deferimento, juridicamente motivado, do pedido de cessão. Com efeito, obsta-se aos cidadãos de RANCHARIA o acesso à informação de que máquinas e veículos públicos se encontram disponíveis para a utilização. Diz que se trata de cessão de servidor público para a realização de trabalhos para particulares e que não pode o servidor público, remunerado pelos cofres públicos, exercer atividade para a consecução de interesses privados. Tampouco é facultado ao Município transferir a responsabilidade de remuneração do servidor, ainda que por um dia de trabalho, para o particular. Conclui que a lei em comento malfez o disposto no caput do artigo 37 da Constituição da República e, igualmente, os artigos 111 e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo.

Em sede de informações, a Prefeitura e a Câmara Municipal de Rancharia defenderam a compatibilidade dos artigos 36 e 37 da Lei Orgânica Municipal com a Constituição do Estado. Sustentaram, também, que o empréstimo de maquinário aos cidadãos rancharienses visa atender ao interesse público, pois ajuda a fomentar e desenvolver a economia local. Salientam, ainda, não haver casos de favorecimento pessoa ou de tratamento discriminatório e que o uso dos bens públicos móveis sempre ocorre de forma onerosa ao particular. Por fim, argumentam que não há falar em inconstitucionalidade em razão de ausência de regulamentação mais específica sobre matéria, inclusive porque os princípios constitucionais mencionados pela parte autora são vinculantes e devem pautar a aplicação desses artigos.

Pois bem.

Em que pesem os argumentos lançados em sede de informações, tenho que razão assiste ao Requerente. Certo que, ao autorizar o particular que se utilize, em proveito próprio, de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos de propriedade municipal), mediante remuneração, sem prazo específico, a lei em comento malfez os princípios da impessoalidade, legalidade, indisponibilidade

administrativa e, especialmente, o da moralidade.

Ela permite a terceiros interessados a utilização de bens públicos para realização de serviços de seu interesse particular. Abre a possibilidade de a Administração Pública do Município de Rancharia liberar uso de máquinas, veículos e equipamentos da municipalidade ao particular, para uso em sua propriedade, ou seja, sem que haja interesse direto da coletividade. No entanto, não estabelece prazo fixo, não impõe limites ou define um objetivo e criterioso procedimento administrativo prévio que permita o controle e atuação contra eventuais abusos, abrindo ampla margem a práticas discricionárias sem limites razoáveis e proporcionais, com alto grau de subjetivismo, oferecendo ao administrador público ambiente propício a favoritismos ofensivos à moralidade administrativa ou às perseguições com viés eleitoral.

EVANDRO MARTINS GUERRA, em obra coordenada por CARLOS PINTO COELHO MOTTA, expõe:

“Os bens públicos são passíveis de serem utilizados por terceiros interessados, desde que atendam a finalidades públicas, haja expressa anuência do Poder Público e não sejam levados à inutilização ou à destruição” (Curso prático de direito administrativo. 3. ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 666).

Entendo, não obstante os argumentos contidos nas informações, que, mesmo que, diante das peculiaridades locais ali apontadas, fosse considerada plausível a liberação de uso de máquinas, veículos e equipamentos da municipalidade a particulares, para uso próprio, vejo que a questionada lei não possui exigências capazes de resguardar os princípios constitucionais apontados na inicial.

O alardeado subjetivismo que é permitido pela lei municipal, somado à ausência de critérios formais mais rigorosos, válidos e legítimos para concretização da autorização de uso de referidos bens públicos tornam temerária a permanência de sua eficácia no ordenamento jurídico municipal.

Tal como prevista, o simples cumprimento de tal norma pelo Executivo violará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 111 da CESP). Aliás, cumpre frisar, a simples previsão contida na lei vulnera objetivo prioritário do Município, que é o de preservar a moralidade administrativa, tido como pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.125/TO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Carmen Lúcia. j. 10.06.2010, unânime, DJe 15.02.2011).

Permite que, pela via discricionária, o Chefe do Poder Executivo autorize a utilização onerosa ou gratuita de bens públicos (máquinas, veículos e equipamentos) a terceiro interessado, em serviços particulares em sua propriedade, sem qualquer finalidade de ordem pública. Pressupõe, em princípio,

situação precária, transitória e irrelevante para o Poder Público, mas sem definir qualquer procedimento formal prévio válido sob a ótica principiológica constitucional. Cria espaços para que, por simples ato administrativo, supostamente marcado por conveniência e oportunidade, haja, conforme dito, favoritismos ou perseguições.

O MUNICÍPIO DE RANCHARIA encontra-se sujeito aos princípios que regem a Administração Pública, sendo permitido afirmar que o dispositivo legal transcrito viola a norma do artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como as normas dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Estas normas assim dispõem:

“Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição da República e nesta Constituição”.

De amplo alcance conceitual, a moralidade ganhou contornos constitucionais, vingando como princípio concretizado em diversos pontos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente a ser observado em todas as atividades praticadas pela Administração Pública.

O princípio da moralidade impõe ao administrador público uma conduta pautada pela honestidade e pela boa-fé no trato da coisa pública. Em outras palavras, o ordenamento jurídico constitucional impõe ao legislador que, ao editar diploma legal, não fomente favoritismos ou discriminações odiosas.

Vale lembrar que, nesse contexto de normatividades, as infundáveis relações intersubjetivas da Administração Pública com os administrados, em razão do princípio da legalidade, devem ser disciplinadas por normas de direito positivo, que, a propósito, abarcam tanto significados jurídicos, como agregam critérios político-ideológicos. Em sua plena vigência, buscam validar-se e legitimar-se, também, na consciência moral dos administrados.

Para HAURIOU, citado por CELSO RIBEIRO BASTOS, a moralidade administrativa seria:

“o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a

utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.

A propósito, CELSO RIBEIRO BASTOS ressalta, na mesma obra, que a encampação do princípio da moralidade trouxe como consequência o aumento do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa (Curso de Direito Constitucional – 20. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1999).

No presente controle de constitucionalidade, sob tais relevantes orientações, entendo que o acolhimento da Representação se impõe também como forma de proteção ao próprio patrimônio da sociedade local. Impõe-se como medida protetora da moral administrativa, de que fala HAURIOU, a vigorar no próprio ambiente institucional e a condicionar a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo sendo ele discricionário.

Com efeito, em virtude de ofensa aos artigos 37 da Constituição Federal, 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, abro divergência para reconhecer e, enfim, declarar a inconstitucionalidade dos artigos 36 e 37 da Orgânica do MUNICÍPIO DE RANCHARIA.

É como voto.

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2124460-35.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCO DA ROCHA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCO DA ROCHA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS ‘EX TUNC’. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto-O.E. nº 25.505)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, 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 e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

**Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, de Franco da Rocha, na redação da Emenda Aditiva 01/2017 – dispõe sobre ser necessária prévia autorização legislativa para aprovação dos projetos de parcerias público-privadas. Descabimento. Inconstitucionalidade, por ocorrer invasão da competência exclusiva do Poder Executivo. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos II e XIX, alínea ‘a’ e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente.**

## VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Franco da Rocha para declaração de inconstitucionalidade do inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, lei que *dispõe sobre o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, cria o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas do Município de Franco da Rocha e autoriza o Poder Executivo a instituir Fundo de Garantia de Parceria Público-Privada Municipal – FGPPPM*.

Assim pretende porque, consoante narrativa na petição inicial, esse dispositivo legal<sup>1</sup>, oriundo da Emenda Aditiva 01/2017 ao projeto de lei original, é materialmente incompatível com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, porquanto *não possui cabimento a pretendida autorização ou aprovação prévia, pela Câmara de Vereadores, de ato de competência do Chefe do Executivo, a quem cabe a administração do Município*.

Deferida a liminar até final julgamento da ação (págs. 71/73), o Presidente da Câmara Municipal de Franco da Rocha apresentou informações e documentos (págs. 80/95).

Sem manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado, por se tratar de *matéria exclusivamente local* (págs. 101/102), seguiu-se parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação (págs. 105/110).

### É o relatório.

Antes do mais, observo não haver dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos

<sup>1</sup> Art. 10. Os projetos de parceria de que trata esta Lei serão aprovados mediante procedimento que compreenderá as seguintes fases: [...] V – aprovação através de lei.

nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE<sup>2</sup>).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*<sup>3</sup>.

E prossegue o ilustre doutrinador: *do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior*<sup>4</sup>.

Nesta ação, impugna-se o inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, do Município de Franco da Rocha, oriundo da Emenda Aditiva 01/2017 ao projeto de lei 016/2017, de iniciativa do Prefeito Municipal e a dispor sobre o *Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, cria o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas do Município de Franco da Rocha e autoriza o Poder Executivo a instituir Fundo de Garantia de Parceria Público-Privada Municipal – FGPPPM*.

Encaminhado ao Chefe do Executivo o autógrafo nº 33/2017, *houve veto parcial, especialmente no que se refere às alterações introduzidas pela Casa de Leis, veto, no entanto, rejeitado pela Câmara Municipal*.

Assim dispunha o dispositivo, na redação do projeto original:

Art. 10. Os projetos de parceria de que trata esta Lei serão aprovados mediante processo administrativo deliberativo prévio que compreenderá as seguintes fases:

- I – proposição do projeto;
- II – análise da viabilidade do projeto;
- III – consulta pública;
- IV – deliberação.

E o texto modificado do **caput**, além do inciso V, dispositivo inserido após a emenda aditiva 01/2017, promulgados pelo Presidente da Câmara Municipal:

2 CRFB, Art. 29 – *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

3 Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., Malheiros, p. 46.

4 Op. Cit., p. 47.

Art. 10. Os projetos de parceria de que trata esta lei serão aprovados mediante procedimento que compreenderá as seguintes fases:

- I – proposição do projeto;
- II – análise da viabilidade do projeto;
- III – consulta pública;
- IV – deliberação;
- V – aprovação através de lei.**

Isso realçado, há mesmo o vício referido pelo autor no inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, de Franco da Rocha, na redação da Emenda Aditiva 01/2017, porquanto, como já realcei por ocasião do despacho em que deferi a liminar, *é evidente o vício material decorrente da inserção, pela Emenda Aditiva 01/2017 lançada pela Câmara Municipal, de necessária autorização legislativa para aprovação dos projetos de parcerias público-privadas no Município de Franco da Rocha, havendo nítida invasão de competência do Poder Executivo, situação descabida ante risco concreto de se romper o princípio da separação os poderes.*

Simplem lancei naquele dispositivo impugnado traz constatação de haver descabida ingerência do Poder Legislativo no Poder Executivo, porquanto, repito, a situação denunciada fere princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por não ser possível à Câmara Municipal dispor sobre atos de gestão e organização da Administração<sup>5</sup>.

Não se deslembre, ainda, ser exclusiva do Chefe do Poder Executivo a atribuição de celebrar convênios, consórcios, acordos ou outras formas de parceria, atos a consubstanciar atividade nitidamente administrativa, atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, com nota de ser defeso ao Poder Legislativo, demais disso, ocupar-se da administração, sob pena de se permitir que o legislador administre invadindo área privativa do Poder Executivo.

É o que se conclui, também, por ser expressa a determinação constitucional de competir privativamente ao Chefe do Poder Executivo, com auxílio dos Secretários, exercer a direção superior da administração, além de ser ato da exclusiva alçada dele dispor sobre organização e funcionamento da administração (art. 47, incisos II e XIX, alínea ‘a’ da Constituição Estadual).

Daí porque, como também já afirmei quando do deferimento liminar, é tranquilo entendimento *no C. Órgão Especial de serem inconstitucionais dispositivos de lei a exigirem autorização da Câmara Municipal para assinatura de convênios e consórcios, como já se declarou, v.g., acerca do artigo 30, inciso XIV da Lei Orgânica do próprio Município de São José do Rio Preto, no*

5 **CE, Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.**



*julgamento da ADI 125.763-0/3-00, em 24.05.2016*<sup>6</sup>.

Sobre assim ser, na mesma linha de entendimento, ementa do v. acórdão proferida na ADI 2059810-47.2015, j. em 12.8.2015, de minha relatoria:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 27, inc. XVI, 67, inc. I, 77, inc. V, 118, inc. XI, 227, § 1º e 357, todos da Lei Orgânica do Município de Ourinhos. Instituem necessidade de autorização legislativa prévia à celebração de convênios e consórcios. Inconstitucionalidade, por ocorrer invasão da esfera de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos II e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente*<sup>7</sup>.

Nesse viés também entendimento no E. Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: “Compete, privativamente, à Assembléia legislativa: XXI – autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembléia Legislativa, nos noventa dias subseqüentes à sua celebração”. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembléia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná**<sup>8</sup>.

Conclui-se, então, haver mesmo a inconstitucionalidade material denunciada do inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, de Franco da Rocha, na redação da Emenda Aditiva 01/2017, pois se cuida do que

6 *Ação direta de inconstitucionalidade – Dispositivo da Lei Orgânica de São José do Rio Preto que exige autorização da Câmara Municipal para assinatura de consórcios – Ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes – Questão afeta ao Prefeito no âmbito de sua competência administrativa – Norma guerreada que ofende os artigos 5º, ‘caput’, 47, XIV, e 144 da Carta Paulista – Ação julgada procedente, com a comunicação prevista no art. 676 do Regimento Interno (Relator Des. CORRÊA VIANNA).*

7 *No mesmo sentido, ADI 2177229-42.2014.8.26.0000, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 25.03.2015, ADI 0038171-12.2012.8.26.0000, rel. Des. KIOITSI CHICUTA, j. 10.04.2013; ADI 2212671-52.2014.8.26.0000, rel. Des. ADEMIR BENEDITO, j. 11.02.2015.*

8 *ADI 342, rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, j. 06.02.2003, DJ 11.04.2003.*

se convencionou chamar de lei autorizativa.

Colho julgamento neste C. Órgão Especial, sob relatoria do D. Des. Itamar Gaino: *[n]a linguagem legislativa autorizar tem o sentido de ordenar, e eventual desatendimento a essa quase imposição poderia, inclusive, ensejar o reconhecimento de uma postura omissiva do administrador por não praticar o ato autorizado. Vasco Della Giustina ensina 'não ser possível interpretar autorização como mero sinônimo de opção para cumprir ou não a lei, tendo o substantivo o sentido e o alcance de uma determinação ou imposição, não podendo falar-se em lei inócua ou decorativa, ainda que dela não decorrer ônus para o Poder Executivo Municipal'*<sup>9</sup>.

É o suficiente, pois, para se concluir por violação dos artigos 5º, **caput**, 47, incisos II e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição Estadual, a resultar em ser inconstitucional o inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, de Franco da Rocha, na redação da Emenda Aditiva 01/2017, com efeitos **ex tunc**.

Pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2128562-03.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB DE CONCHAS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CONCHAS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CONCHAS.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “ACOLHERAM A PRELIMINAR E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.063)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, 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, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

SÉRGIO RUI, Relator

**Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 66, inciso V, da Lei Orgânica do Município de Conchas, que dispõe sobre o recebimento da denúncia em processo de cassação de vereadores. Preliminar. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Acolhimento. Diretório municipal de partido político não é parte legítima para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Inteligência do artigo 90, inciso VI, da CE. Legitimidade conferida aos diretórios nacionais. Precedentes. Extinção, sem resolução de mérito, por falta de legitimidade (artigo 485, inciso VI, do CPC).**

## VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pleito liminar, ajuizada pelo Diretório Municipal do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB de Conchas, com o escopo de colher declaração de inconstitucionalidade do artigo 66, inciso V, da Lei Orgânica do Município de Conchas que dispõe sobre o recebimento da denúncia em processo de cassação de vereadores.

Sustenta o requerente, inicialmente, possuir legitimidade para a propositura da demanda por se tratar de partido político com representação na Câmara de Vereadores de Conchas. No mérito, clama pela manifesta inconstitucionalidade do apêndice em questão por desobediência ao rito do artigo 49 da Constituição Estadual.

Requeru a concessão de liminar, arguindo a presença do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris** fundados na possibilidade de subtração aos vereadores do direito ao exercício do mandato político de 04 anos, notadamente por particular situação de edis que compõem a base de oposição ao atual governo.

A liminar foi indeferida (fls. 331/332).

A Câmara Municipal e o Município de Conchas prestaram informações e alegaram, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* do requerente com a consequente extinção do feito, no mérito, defenderam a constitucionalidade do apêndice em questão, com o consequente julgamento da improcedência da ação e a condenação do requerente às penas da litigância de má-fé (fls. 349/357 e 376/381).

A Procuradoria Geral do Estado (fls. 372/373), citada, manifestou desinteresse na lide e na defesa do ato impugnado, declarando que os dispositivos

legais atacados abordam matéria exclusivamente local.

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela extinção da ação, sem resolução de mérito, dada ilegitimidade ativa do Diretório Municipal para o ajuizamento da presente medida, ou, superada a preliminar, pela improcedência do pedido (fls. 384/392).

É o relatório.

A preliminar colhe.

Dispõe o artigo 90, inciso VI, da Constituição Estadual:

**Artigo 90 – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:**

(...)

**VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.**

Portanto, nas letras do citado artigo são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade os diretórios estaduais com representação na respectiva Câmara Municipal, ainda que se impugne legislação local.

Neste sentido, precedentes deste Colendo Órgão Especial e do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 2.820, de 19 de abril de 2012, do Município de Andradina, a qual traz composição do Conselho Deliberativo da Fundação Educacional de Andradina – FEA – Ilegitimidade ativa dos Diretórios Municipais dos Partidos Políticos – Configuração – Legitimidade para a ação direta de constitucionalidade que, aplicando-se o princípio da simetria, pertence aos Diretórios Estaduais, ainda que o texto legal impugnado seja de caráter municipal, conforme art. 90, VI, da Constituição Estadual – Presença de preliminar de inépcia da inicial – Da fundamentação não decorre logicamente o pedido – Alegações que se baseiam na natureza jurídica da fundação e da forma de sua criação, enquanto que a norma não trata deste aspecto e sim apenas da constituição de um Conselho Deliberativo – Natureza que, também, apresenta-se como discussão de caráter subjetivo, inviável no Controle concentrado de constitucionalidade que é objetivo, sem envolver interesses subjetivos dos envolvidos – Extinção da ação sem resolução do mérito” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2095552-65.2017.8.26.0000; Relator: Álvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 14/09/2017).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 1º, parágrafo

único, da Lei Complementar nº 2.328, de 27 de novembro de 2015, do Município de Nhandeara (alteração na base de cálculo da taxa municipal de coleta, transporte e disposição final de resíduos sólidos) – Alegação de afronta aos artigos 111, 160, § 1º, 163 II e IV e ainda, 144, todos da Constituição Estadual (e desatendimento do art. 81 do Regimento Interno da Câmara Municipal local) – Ação que, no entanto, deve ser julgada extinta, sem exame do mérito (acolhendo-se a preliminar arguida pela d. Procuradoria Geral de Justiça) – Autor da ação (Diretório Municipal de Partido Político) que é parte ilegítima para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade – Somente os diretórios estaduais é que possuem legitimidade para tanto – Inteligência do art. 90, VI, da Constituição Estadual – Precedentes – Ação julgada extinta, sem exame do mérito (art. 485, VI, do Novo CPC)” (Relator: Salles Rossi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 07/12/2016; Data de registro: 12/12/2016).

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Arguição de ausência de lei regulamentadora do § 2º do art. 139 da Lei Orgânica do Município de Louveira, que dispõe sobre a criação de cargos, salários e carreira da Guarda municipal. Violação aos artigos 111, inciso XII, 124, § 1º, e 128 todos da Constituição Estadual. – Preliminar de ilegitimidade ativa de Diretório Municipal de Partido Político para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Acolhimento. Inteligência do art. 90, inciso VI, da Constituição Bandeirante – Legitimidade pertence, tão somente, ao Diretório Estadual. – Extinção, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil” (Relator: Péricles Piza; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 21/09/2016; Data de registro: 22/09/2016).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Omissão legislativa para instituição do Plano Geral de Cargos, Salários e Carreiras dos funcionários públicos do Município de Louveira-SP. Alegação de afronta ao artigo 127, da Lei Orgânica de Louveira, bem como aos artigos 111, ‘caput’, XII, 124, ‘caput’, § 1º, e 128, da Constituição do Estado de São Paulo. Ilegitimidade ativa do Diretório Municipal do Partido dos Trabalhadores. Partidos políticos para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte de Justiça, somente podendo fazê-lo por intermédio de seu Diretório Estadual. Inteligência do art. 90, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial. Princípio da Simetria. Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o art. 103, VIII, da Constituição Federal, entende pela legitimidade ativa dos Diretórios Nacionais dos partidos políticos para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade perante aquela Corte Superior. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 485, VI, do CPC)” (Relator: Tristão Ribeiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 28/07/2016).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA – PROCLAMAÇÃO – O DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA

PROPORADIN PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEGUNDO A MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 90, INCISO VI DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, É O DIRETÓRIO ESTADUAL O TITULAR DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AGIR EM ADIN REPORTADA A LEI MUNICIPAL – PRECEDENTES DESTES COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NESSE SENTIDO – AÇÃO EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO” (Relator: Amorim Cantuária; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 13/04/2016; Data de registro: 14/04/2016).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AJUIZAMENTO POR DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. – Falece legitimidade ativa ad causam ao Diretório Municipal de Partido Político para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que o objeto de impugnação seja ato normativo de caráter estadual. A pertinência subjetiva para a instauração do controle normativo abstrato perante o S.T.F. assiste, no plano das organizações partidárias, exclusivamente aos respectivos Diretórios Nacionais. Precedentes” (ADI 1426 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1996, DJ 06-09-1996 PP-31848 EMENT VOL-01840-01 PP-00121).

Anota-se que tal entendimento é pacífico na Suprema Corte que, com fulcro no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, considera parte legítima para instauração de controle concentrado de constitucionalidade, perante sua Corte, somente os diretórios nacionais dos partidos políticos.

A corroborar:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda nº 7, de 31/10/96, à Constituição do Estado do Amapá. Artigos 95, I e 100, § 3º. Constituição Federal, art. 57, § 4º. Assembleia Legislativa. Reeleição dos membros da Mesa Diretora. Possibilidade. Questão de Ordem. Ilegitimidade ativa *ad causam* de Diretório Regional ou Executiva Regional. Firmou a jurisprudência desta Corte o entendimento de que o Partido Político, para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, deve estar representado por seu Diretório Nacional, ainda que o ato impugnado tenha sua amplitude normativa limitada ao Estado ou Município do qual se originou. Precedentes: ADI nº 610, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 07.02.92 e ADI nº 2.547, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 01.02.2002. No caso em exame, embora não haja na petição inicial nenhuma referência quanto ao órgão pelo qual se fez representar o Partido requerente, os documentos trazidos pelo autor – mandato outorgado pelo Presidente do Diretório Regional do Partido no Amapá ao subscritor da inicial (fls. 6/6-v) e Ata da Reunião do Diretório Regional do PFL do Amapá, para a eleição de sua Executiva Regional (fls. 8/11) – evidenciam a iniciativa local do Partido no ajuizamento da presente ação. Questão de ordem resolvida no sentido de não conhecer a presente ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 1528 QO, Relator: Min. ELLEN GRACIE,

Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002, DJ 23-08-2002 PP-00069 EMENT VOL-02079-01 PP-00055).

Por conseguinte, dada inteligência da Suprema Corte e, em prestígio ao princípio da simetria que *“postula que haja uma relação simétrica entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas nas Constituições Estaduais, e mesmo Municipais. Isto quer dizer que no sistema federativo, ainda que os Estados-Membros e os Municípios tenham capacidade de auto-organizar-se, esta auto-organização se sujeita aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal. Assim, por este princípio, os Estados-Membros se organizam obedecendo o mesmo modelo constitucional adotado pela União<sup>1</sup>”*, mister se faz reconhecer a ilegitimidade ativa **ad causam**, cuja consequência é a extinção do feito, sem resolução de mérito, nas letras do artigo 485, inciso VI, do CPC.

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se extinta, sem resolução de mérito, a presente ação direta de inconstitucionalidade.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2123616-85.2017.8.26.0000, 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 NATIVIDADE DA SERRA e PREFEITO MUNICIPAL DE NATIVIDADE DA SERRA.

**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 28.907)**

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, SILVEIRA PAULILO, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e

1 Paulo Mascarenhas. “Princípio da Simetria Constitucional” (PDF). *MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. Consultado em 17 de outubro de 2012 – fonte: (endereço eletrônico constante do texto original).



SALLES ROSSI.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 1º ao 6º, da Lei nº 652, de 08 de dezembro de 2015, do Município de Natividade da Serra – Gratificação de incentivo à atividade médica – Vantagem concedida a servidores mediante o cumprimento de deveres inerentes à função – Trata-se de vantagem pecuniária que não atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, vez que a assiduidade, pontualidade, produtividade, qualidade e eficiência constituem deveres funcionais elementares ao exercício de qualquer função pública – Vedação constitucional – Violação aos artigos 111 e 128, da Constituição Estadual.**

**Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar.**

**Pedido procedente, com ressalva.**

## 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 1º a 6º, da Lei nº 652, de 08 de dezembro de 2015, do Município de Natividade da Serra, que “dispõe sobre a instituição da Gratificação de Incentivo à Atividade Médica no Município de Natividade da Serra, Estado de São Paulo, e dá outras providências”, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 111 e 128, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta 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, porquanto os requisitos para o seu recebimento representam meros deveres funcionais inerentes ao exercício de qualquer função pública. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 1º a 6º, da Lei nº 652, de 08 de dezembro de 2015, do Município de Natividade da Serra.

A liminar foi deferida (fl. 48/55).

O Presidente da Câmara Municipal de Natividade da Serra, notificado, prestou informações a fl. 67/69, bem como o Prefeito do Município a fl. 86/87.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa dos dispositivos impugnados (fl. 83/84).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 103/107, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei nº 652, de 08 de dezembro de 2015, do Município de Natividade da Serra, tem a seguinte redação:

**“Art. 1º – Fica instituído, no âmbito do Município de Natividade da Serra, Estado de São Paulo, a Gratificação de Incentivo à Atividade Médica.**

**Parágrafo único – A gratificação a que se refere o *caput* deste artigo será devida aos médicos integrantes do Quadro de Pessoal do Município em efetivo exercício, no desempenho de suas atividades junto ao Departamento Municipal de Saúde.**

**Art. 2º – Considera-se efetivo exercício, para efeito desta Lei, os afastamentos em virtude de:**

**I – Férias;**

**II – Casamento;**

**III – Falecimento do cônjuge, pais, filhos, irmãos, avós e sogros;**

**IV – Júri e outros serviços obrigatórios por Lei;**

**V – Licença à funcionária gestante;**

**VI – Licença paternidade.**

**Art. 3º – O valor da gratificação estabelecida no artigo 1º, desta Lei, poderá atingir o percentual de até 75% (setenta e cinco por cento) do salário base previsto para o cargo de médico, desde que cumpridos os critérios estabelecidos no artigo 5º, desta Lei.**

**Art. 4º – A gratificação criada por esta Lei não será incorporada, em nenhuma hipótese, aos vencimentos dos servidores e aos proventos de inatividade, e não servirá de base de cálculo para a incidência de qualquer vantagem, excetuando-se férias e 13º (décimo terceiro) salário.**

**Art. 5º – A gratificação ora instituída será paga mensalmente, na conformidade do resultado obtido em Processo de Avaliação previsto nos parágrafos 1º e 2º, deste artigo.**

**§ 1º – A gratificação será paga à proporção de 50% (cinquenta por cento) do salário base do médico que atender aos seguintes fatores:**

**I – Assiduidade;**

**II – Pontualidade;**

**III – Produtividade;**

**§ 2º – Fará jus aos demais 25% (vinte e cinco por cento) da gratificação, também incidentes sobre o salário base do médico que atender aos seguintes fatores:**

**I – Grau de resolatividade;**

**II – Qualidade dos trabalhos prestados;**

**III – Responsabilidade e eficiência na execução das atividades.**

**Art. 6º – O Processo de Avaliação, para fins do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo anterior, será realizado com base nas condições a serem estabelecidas em decreto mediante proposta a ser apresentada pelo Departamento Municipal de Saúde.**

Art. 7º – Os médicos integrantes do Quadro de Pessoal do Município de Natividade da Serra, cuja jornada de trabalho semanal é de 20 (vinte) horas, poderão optar pela redução da referida jornada para 10 (dez) horas semanais, com redução proporcional de seus vencimentos.

Art. 8º – As despesas decorrentes com a execução da presente Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 9º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Cumpra 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, não se justifica a adoção do benefício, quer em fatos ou situações de interesse administrativo, relacionadas direta ou indiretamente com a prestação do serviço ou com a situação do servidor, senão o intuito de beneficiar

servidor ou grupo de servidores, 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 às exigências do serviço (Cf. artigo 128).

Como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer de fl. 103/107, “a assiduidade, pontualidade, produtividade, qualidade, responsabilidade e eficiência, adotadas como parâmetro para a concessão da gratificação ora impugnada, são deveres funcionais gerais, elementares ao exercício de qualquer função pública, não podendo, assim, ser consideradas como critério para concessão da vantagem em comento. Ao se consignar ao servidor público municipal prêmio pecuniário com base nos aludidos requisitos, o estamos remunerando duplamente por cumprir nada mais que seu dever.”

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 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 1º ao 6º, da Lei nº 652, de 08 de dezembro de 2015, do Município de Natividade da Serra, com ressalva.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142125-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ e PREFEITO MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 37.519)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

SALLES ROSSI, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÕES – “Assessor”, “Assistente de Gabinete”, “Coordenador de Artes Plásticas”, “Coordenador de Artes Populares”, “Coordenador de Atividades Artísticas”, “Coordenador de Atividades Teatrais”, “Gerente de Área”, “Motorista do Prefeito” e “Secretária de Gabinete”, constantes dos Anexos V e VI da Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010 (redação dada pela Lei Complementar nº 406, de 30 de março de 2017), do Município de Taubaté.**

**1. Cargos de provimento em comissão, mediante descrição das respectivas atribuições que não representam assessoramento, chefia e direção, mas funções técnicas e burocráticas. Violação do princípio da reserva legal. Situações avessas às hipóteses permitidas constitucionalmente. Relação de confiança não evidenciada. Criação de forma abusiva e superficial.**

**2. Cargos que reclamam provimento efetivo mediante concurso público. Inteligência dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual.**

**3. Decreto de procedência, com modulação (declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de 120**

**dias contados da data do julgamento da demanda).**

## VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo que busca a declaração de inconstitucionalidade das expressões “Assessor”, “Assistente de Gabinete”, “Coordenador de Artes Plásticas”, “Coordenador de Artes Populares”, “Coordenador de Atividades Artísticas”, “Coordenador de Atividades Teatrais”, “Gerente de Área”, “Motorista do Prefeito” e “Secretária de Gabinete”, constantes dos Anexos V e VI da Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010 (redação dada pela Lei Complementar nº 406, de 30 de março de 2017), do Município de Taubaté.

Sustenta o d. Procurador Geral de Justiça que os cargos em comissão acima referidos padecem de inconstitucionalidade, eis que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, mas funções genéricas, burocráticas, técnicas, operacionais e profissionais e que, por tal motivo, devem ser preenchidos por servidor público investido em cargo de provimento efetivo, havendo *in casu*, violação aos artigos 111, 115, II e V, 144, todos da Constituição Estadual.

Prossegue dizendo, agora com relação aos cargos de “Coordenador de Artes Plásticas”, “Coordenador de Artes Populares”, “Coordenador de Atividades Artísticas” e “Coordenador de Atividades Teatrais”, apresentam idênticas atribuições, também técnicas, burocráticas e operacionais distantes do alto comando municipal e profissionais; já os cargos “Diretor de Departamento” e “Gerente de Área”, relacionados a atribuições técnicas, administrativas e burocráticas, aonde não se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo. Por fim, os cargos de “Motorista do Prefeito” e “Secretária de Gabinete”, não obstante a atribuição de suas funções, destinam-se ao atendimento de necessidades executórias ou para dar suporte subalterno a decisões e execução.

Em verdade, verifica-se a previsão de atribuições genéricas, amplas e comuns, além da criação abusiva de cargos em comissão, em afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade previstos no já citado artigo 111 da Carta Bandeirante.

Pugnou pela concessão de liminar para suspensão da eficácia das expressões ora referidas, até julgamento definitivo da presente ação que ao final, deve ser julgada procedente.

A liminar foi indeferida pelo despacho de fls. 1.943.

O d. Procurador Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 1.955/1.956, deixou de se manifestar sobre o mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.



Informações prestadas pelo Exmo. Prefeito Municipal de Taubaté às fls. 1.958/1.961, seguidas daquelas prestadas pelo Exmo. Presidente da Câmara Municipal (fls. 2036/2.047).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 2.051/2.059), pelo decreto de procedência.

### **É o relatório.**

A ação é procedente.

A Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010, do Município de Taubaté, que *“Dispõe sobre a estrutura administrativa do município e dá outras providências”*, no tópico que diz respeito ao cerne da presente ação direta de inconstitucionalidade, apresenta a seguinte redação:

**“Art. 1º – A estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Taubaté passa a ser constituída do Gabinete do Prefeito, Secretarias, Departamentos e Assessorias, na seguinte conformidade: (...)**

**Art. 106 – Ficam criados e/ou mantidos, no quadro de servidores do Poder Executivo Municipal, os cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, estruturados de acordo com a sua lotação, denominação, referência, quantidade e requisitos para investidura, constantes do Anexo II. (...)**

**Art. 111 – Integram a presente Lei Complementar o Anexo I – Quadro de Pessoal Efetivo e o Anexo II – Cargos em Comissão. (...)**

**Art. 113 – Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos ao primeiro dia do mês de janeiro de 2011, revogadas as disposições em contrário, de modo especial os arts. 1º a 59 da Lei Complementar nº 1, de 4 de dezembro de 1990, e as Leis Complementares nºs 81, de 29 de março de 2000; 96, de 31 de janeiro de 2002; 127, de 1º de agosto de 2005, 130, de 1º de agosto de 2005, e 144, de 26 de janeiro de 2006. (...).”**

Por seu turno, referida Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010, do Município de Taubaté, sofreu alterações promovidas pela Lei Complementar nº 406, de 30 de março de 2017, do mesmo Município, dispõe, *verbis*:

**“Art. 1º – Ficam alterados os Anexos I, II e III da Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010, conferindo-lhe nova redação e formatação.**

**Art. 2º – Ficam acrescentados à Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010, os Anexos IV, V e VI.**

**Art. 3º – Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação (...).”**

Já os Anexos V e VI da Lei Complementar 406 acima referida, tratam do quadro de cargos de provimento em comissão e descrevem as respectivas

atribuições, conforme tabela de fls. 4/10.

Com efeito, as expressões impugnadas no âmbito da presente ação são incompatíveis com o ordenamento constitucional.

Referidos dispositivos legais, ao criarem cargos em comissão cuja descrição das respectivas atribuições é feita de forma a não representar assessoramento, chefia e direção, mas funções técnicas e burocráticas, afrontam os artigos 24, § 2º, 1, 115, I, II e V, e 144, todos da Carta Bandeirante, não revestindo a excepcionalidade exigível de assessoramento, chefia e direção inerentes aos cargos de provimento em comissão, devendo ser declarados inconstitucionais.

Imperiosa a previsão das atribuições de cada qual deles que se coadunam com funções meramente técnicas que não autorizam o provimento sem prévia aprovação em concurso público, cuja dispensa é medida excepcional, somente admissível em situações aonde exista vínculo de confiança com a autoridade nomeante, conforme ensina JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, na *Obra Manual de Direito Administrativo*, Editora Atlas, 26ª edição, às págs. 613, ao dizer que:

***“Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).*”**

***É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF) (...)”*** (grifei).

Na mesma esteira, os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, na obra *DIREITO ADMINISTRATIVO*, 30ª edição, Malheiros Editores, às págs. 405, ao dizer que o cargo em comissão ***“(…) só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. As instituições de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito a***

***continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração (...)***”.

Há, ainda, afronta ao artigo 37, II e V, da Constituição Federal, porquanto a criação de cargos de provimento em comissão deve-se ater às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais exista relação de confiança, vedada para o exercício de funções técnicas ou profissionais, cujo provimento é reservado à prévia aprovação em concurso público, “*como apanágio da moralidade, da impessoalidade e da eficiência*”.

Nesse sentido, diversos precedentes deste Órgão Especial, dos quais se destacam:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS COMPLEMENTARES MUNICIPAIS Nº 108/09 E 1110/10, DO MUNICÍPIO DE MOTUCA, QUE CRIA CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – EXCEÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO RESTRITA ÀS ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO – NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO, NA LEI, DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111, 115, II E V, E 144, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

**1. A possibilidade de criação de cargos de provimento por comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá, mas sim pela natureza das atribuições respectivas.**

**2. A criação, por lei, de cargos de provimento em comissão deve vir acompanhada da descrição das atribuições destes mesmos cargos, também por meio de lei em sentido estrito.**

**3. Ação parcialmente procedente”** (ADI nº 0319344-43.2010.8.26.0000, Rel. ARTUR MARQUES, j. 20.04.2011).

E ainda:

**“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 20, de 02 de julho de 1999, do Município de Mirante do Paranapanema, que criou os cargos de diretor de divisão de assuntos jurídicos e assessor jurídico em comissão. Ausência de descrição das atribuições funcionais de cada cargo a impossibilitar a verificação de que foram criados exclusivamente para as hipóteses permitidas constitucionalmente (direção, chefia e assessoramento). Relação de confiança não revelada. Violação aos artigos 98, 99, 111, 115, II, V e 144 da Constituição Estadual. Informações que acenam para a extinção dos cargos em comissão criados pela lei impugnada ante a publicação de norma que vaticina realização de concurso público para preenchimento das vagas. Termo de ajustamento de conduta que não prevê a revogação da norma impugnada. Inexistência de lapso para a providência. Procedência da ação”** (ADI nº 2032974-37.2015.8.26.0000, Rel. SERGIO RUI, j. 29.07.2015).

**“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis nº 14.845, de 18**

**de dezembro de 2008, 16.510, de 6 de março de 2013 e 17.150, de 4 de junho de 2014, todas do Município de São Carlos, que dispõem sobre a estrutura administrativa da Prefeitura Municipal e a alteram – Criação de cargos de ‘Procuradora Geral do Município’, ‘Assessor de Projetos Especiais’, ‘Assessor de Relações Institucionais e Internacionais’, ‘Coordenador’, ‘Superintendente’, ‘Assessor de Controle da Dívida Fundada’, ‘Assessor de Planejamento I’, ‘Corregedor Geral do Município’, ‘Ouvidor Geral do Município’, ‘Inspetor Chefe da Guarda Municipal’, ‘Administrador Regional’, ‘Assessor do Parque Ecológico’, ‘Assessor Jurídico’, ‘Chefe de Divisão’, ‘Assessor de Planejamento II’ e ‘Assessor de Participação Popular’ – Ausência de descrição das respectivas atribuições na lei de criação – Ofensa ao princípio da reserva legal – Demais cargos combatidos, de provimento em comissão, que não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, destinando-se ao desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou profissionais, que dispensam, para seu regular desempenho, relação especial de confiança – Precedentes deste Órgão Especial e do C. Supremo Tribunal Federal – Violação aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição do Estado – Cargos de Procurador Geral do Município, Consultor Jurídico e Assessor Jurídico, ademais, que exigiram admissão pelo sistema de mérito e concurso público – Modulação dos efeitos (120 dias deste julgamento) – Ação julgada procedente” (ADI nº 2006840-70.2015.8.26.0000, Rel. FRANCISCO CASCONI, j. 29.07.2015).**

No mesmo sentido e direção, o posicionamento do C. STF, destacando-se o julgamento do AgReg no RE 752.769, j. em 08.10.13, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, ao dizer que:

*“(...) para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento.*

*Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos (...)” (grifo do Relator).*

Reitere-se, a criação de cargos em comissão com atribuições de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, não pode subsistir, cuidando-se de funções que devem ser exercidas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo, mediante prévia e regular aprovação e nomeação em concurso público.

Vale dizer, o provimento de cargo em comissão, sem prévio concurso público, é medida excepcional que somente tem lugar em funções de direção, chefia e assessoramento que demandem especial relação de confiança entre

governante e respectivos subordinados, o que não se amolda aos cargos aqui criados constantes das normas impugnadas, eis que atinentes a funções técnicas, burocráticas ou profissionais e, portanto, típicas de cargos públicos efetivos – exigência que se amolda ao princípio da legalidade, desdobrado no da reserva legal.

Some-se a isso que o vício também reside no excesso de unidades comissionadas na estrutura administrativa de Taubaté – o que, aliás, se depreende da criação do número de cargos em comissão criados perante o Gabinete do Prefeito (assessor, assessor de gabinete, secretária), cujas atribuições, além de técnicas e burocráticas, foram previstas de forma ampla e bastante similar entre elas.

Idênticas ainda as atribuições dos cargos instituídos em segundo escalão comissionados de “*Coordenador de Artes Plásticas*”, “*Coordenador de Artes Populares*”, “*Coordenador de Atividades Artísticas*”, “*Coordenador de Atividades Teatrais*” – previstos na Lei Complementar 236 (redação dada pela Lei Complementar 406/2017), ambas do Município de Taubaté.

Há, ainda, abuso na criação de 25 (vinte e cinco) cargos comissionados para *Diretor de Departamento*, e 45 (quarenta e cinco) para *Gerente de Área* e aqui, também, verificada **equivalência de funções** que, nas bem lançadas considerações da d. Procuradoria Geral de Justiça, “*denota a sobreposição das mencionadas ocupações e corrobora a ausência de necessidade de especial relação de confiança desta unidade que, necessariamente, deve ser preenchida por servidor efetivo (...)*” (fls. 2.057) e ainda, conforme se extrai dos mesmos anexos, seriam ocupados/exercidos de forma muito distante do alto comando municipal.

Por derradeiro, em atenção ao artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, necessária a modulação dos efeitos da procedência que ora se decreta.

A retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados ao início da vigência dos mesmos, atingiria a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, daí emergindo obrigação de ressarcimento do erário Municipal. Todavia, descabida a repetição das verbas recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que já se beneficiou pelos serviços prestados.

Diante das razões acima alinhavadas, de se determinar que a presente declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia a partir de 120 (cento e vinte) dias contados da data do julgamento da demanda.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente a ação em sua íntegra, para declarar a inconstitucionalidade das expressões “*Assessor*”, “*Assistente de Gabinete*”, “*Coordenador de Artes Plásticas*”, “*Coordenador de Artes*

*Populares*”, “*Coordenador de Atividades Artísticas*”, “*Coordenador de Atividades Teatrais*”, “*Gerente de Área*”, “*Motorista do Prefeito*” e “*Secretária de Gabinete*”, constantes dos Anexos V e VI da Lei Complementar nº 236, de 21 de dezembro de 2010 (redação dada pela Lei Complementar nº 406, de 30 de março de 2017), do Município de Taubaté, com observação da modulação imposta na forma da fundamentação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2110068-90.2017.8.26.0000, 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. V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

**Ementa:**            **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 9.320, de 17 de abril de 2017, que “institui o Programa Moradia Ecológica de Presidente Prudente com utilização de alternativas tecnológicas, ambientalmente sustentáveis, nos conjuntos de moradia organizadas de forma horizontal ou vertical e dá outras providências”.**

**ALEGAÇÃO VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**



**Rejeição.** Norma impugnada que foi editada com enfoque nos princípios do desenvolvimento sustentável e da renovação natural do ambiente, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, cuja matéria não consta do rol de competência (legislativa) exclusiva do Chefe do Poder Executivo, fixado de forma taxativa no art. 24 da Constituição Estadual. Inocorrência, ademais, de qualquer interferência em área de gestão administrativa.

**RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR FUNDAMENTO DIVERSO.** Possibilidade. Uma vez que na ação direta de inconstitucionalidade vige o *“princípio da causa petendi aberta”*, é possível a apreciação do pedido sob fundamento diverso, como tem admitido a doutrina e jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento nesse sentido, proclamando que *“o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial”* (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001).

**OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 180, INCISO II, E ARTIGO 191, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.** Reconhecimento. Lei impugnada que, apesar de versar sobre planejamento e desenvolvimento urbano (art. 180, II), em matéria envolvendo preservação e melhoria do meio ambiente (art. 191), foi votada e aprovada, sem que seu projeto tenha sido (previamente) submetido a estudo técnico e participação popular. Como já foi decidido por este Órgão Especial, *“a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta”* (TJSP, ADIN



nº 994.09.224728-0, Rel. Des. Artur Marques, j. 05/05/2010).

**Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.**

## VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo *PREFEITO MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE*, com pedido de liminar, tendo por objeto a Lei nº 9.320, de 17 de abril de 2017, que “*institui o Programa Moradia Ecológica de Presidente Prudente com utilização de alternativas tecnológicas, ambientalmente sustentáveis, nos conjuntos de moradia organizadas de forma horizontal ou vertical e dá outras providências*”. O autor alega ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Não houve deferimento de liminar (fl. 14).

O Presidente da Câmara Municipal foi notificado (fl. 21) e prestou informações a fls. 23/27.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 19/20) e apresentou manifestação a fls. 36/37, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 40/57, opinou pela parcial procedência da ação.

É o relatório.

A lei acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fls. 09/11, redigida da seguinte forma:

*“Art. 1º. O Programa Municipal de Moradia Ecológica estabelece que conjuntos de moradias organizadas de forma horizontal ou vertical, implantados no município de Presidente Prudente, a partir da vigência da presente lei, são obrigados a utilizar alternativas tecnológicas ambientalmente sustentáveis.*

*Art. 2º. Considera-se, para efeitos da presente lei, como alternativas tecnológicas, ambientalmente sustentáveis, o que se segue:*

*I – sistema de captação de energia solar para fins de aquecimento de água;*

*II – lâmpadas de alta eficiência para iluminação em áreas comuns;*

*III – o uso de medidor individualizado de consumo de energia elétrica;*

*IV – o uso de medidor individualizado de consumo de água;*

*V – o uso de bacias sanitárias com volume de descarga reduzida, torneiras e válvulas de fechamento automático em lavatórios, favorecendo assim a menor utilização da água;*

*VI – sistema para a captação, retenção, armazenamento e utilização de*

águas pluviais, coletadas por telhados, coberturas, terraços e pavimentos descobertos;

VII – sistema de tratamento de efluentes capaz de reutilizar a água para finalidades não-potáveis;

VIII – sistema de reuso de água;

IX – sistema de Coleta Seletiva de Resíduos sólidos e de óleo comestível.

§ 1º. Sempre que houver uso das águas pluviais e reuso das águas residuárias para finalidades não-potáveis, deverão ser atendidas as normas sanitárias vigentes e as condições técnicas específicas, estabelecidas pelos órgãos competentes, que visem evitar o consumo indevido, garantir padrões de qualidade de água apropriados ao tipo de uso previsto e impedir contaminação do sistema de água potável predial.

§ 2º. Os equipamentos a serem instalados para dar cumprimento às disposições contidas na presente lei terão que atender às determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou outras normas técnicas aplicáveis, das legislações vigentes, em qualquer esfera administrativa.

Art. 3º. Os novos condomínios deverão utilizar, cumulativamente, todas as alternativas tecnológicas referidas no artigo 2º, desta lei, para fins de obtenção de alvará municipal de autorização para construção.

Art. 4º. São responsáveis pelo cumprimento do que se estabelece nesta lei, na fase de implantação do conjunto, no seu respectivo âmbito de atuação, o promotor da construção, o profissional habilitado autor e o profissional habilitado dirigente da obra.

§ 1º. Para fins das disposições desta lei, considera-se promotor da construção a pessoa jurídica responsável pela elaboração e execução do projeto.

§ 2º. Considera-se profissional habilitado Autor do Projeto o responsável pela elaboração e apresentação gráfica do projeto, bem como pelo conteúdo das peças gráficas, descritivas, especificações e exequibilidade de seu trabalho, registrado junto ao CREA.

§ 3º. Considera-se profissional habilitado Dirigente Técnico da Obra, o responsável pela direção técnica e execução da obra ou serviço, bem como pela sua segurança e eventuais riscos que venham causar a terceiros, registrado junto ao CREA.

Art. 5º. O proprietário do imóvel, ou, quando for o caso, o representante legal do condomínio, é obrigado a utilizar tecnologias descritas no artigo 2º da presente lei e a realizar as operações de manutenção e reparação necessárias a fim de manter as instalações em perfeito estado de funcionamento e eficiência, de forma que o sistema opere adequadamente e com os melhores resultados.

Art. 6º. Havendo o descumprimento de quaisquer dessas regras serão aplicadas notificações preliminares e multa em caso de reincidência,

*para assegurar o cumprimento do disposto.*

*Art. 7º. O disposto nesta lei será aplicado, em cada caso, de acordo com regulamentação, se necessário, efetuada pelo Poder Executivo.*

*Art. 8º. As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

*Art. 9º. Esta lei entra em vigor no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar de sua publicação”.*

É importante considerar, em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que a *“ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro”* (ADI 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes). Por esse motivo fica desde logo afastada a hipótese de inconstitucionalidade por suposta ofensa à disposição do art. 25 da Constituição Estadual, mesmo porque, no caso, existe (e é suficiente) a indicação genérica constante do art. 8º, conforme entendimento deste C. Órgão Especial (ADIN nº 2073677-73.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 10/08/2016).

Afasta-se, ainda, a alegação de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, porque a lei impugnada, no caso, foi editada com enfoque nos princípios do desenvolvimento sustentável e da renovação natural do ambiente, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, cuja matéria não consta do rol de competência (legislativa) exclusiva do Chefe do Poder Executivo (fixado de forma taxativa no art. 24 da Constituição Estadual), sempre lembrando que o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento consolidado no sentido de que *“a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca”* (ADI-MC 724/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/2011).

É importante considerar, ademais, que, recentemente, a Supremo Corte, no julgamento do Recurso Especial nº 878.911/RJ, sob rito da repercussão geral, apreciando o Tema 917, reafirmou a jurisprudência daquela C. 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”*.

Quanto ao aspecto material, não se vislumbra hipótese de violação ao princípio da separação dos poderes, porque a norma foi editada em caráter genérico e abstrato para obrigar a utilização de alternativas tecnológicas ambientalmente sustentáveis nos conjuntos de moradias (presentes e futuros),

no município de Presidente Prudente, **sem qualquer interferência em área de gestão administrativa**.

Esse posicionamento, entretanto, não implica no reconhecimento de improcedência da ação.

Uma vez que na ação direta de inconstitucionalidade vige o “*princípio da causa petendi aberta*”, é possível a apreciação do pedido sob fundamento diverso, como tem admitido a doutrina e jurisprudência, pois, “*a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação, que faz, da constitucionalidade dos dispositivos impugnados. É dominante no âmbito do Tribunal que na ação direta de inconstitucionalidade prevalece o princípio da causa petendi aberta*” (“Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”, 35ª ed. Malheiros, São Paulo, 2013; p. 435).

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento nesse sentido, proclamando que “*o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial*” (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001).

Nesse mesmo sentido também já se posicionou este C. Órgão Especial, decidindo que “*na ação direta vige o ‘princípio da causa petendi aberta’, pois a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, o Tribunal ‘não está a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados’, como anotam IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (‘Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999’, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 2ª tiragem, p. 241)’*” (Adin 56.2011.8.26.0000, Rel. Des. Mário Devienne Ferraz, j. 18/01/2012).

São feitas essas considerações para demonstrar que, embora não viole o princípio da separação dos poderes, a lei impugnada, no caso, ofende as disposições do artigo 180, inciso II, e artigo 191, da Constituição Estadual e, por esse fundamento, deve ser declarada inconstitucional.

É que o objeto da lei impugnada – **por envolver atos de planejamento e desenvolvimento urbano** – deveria ter sido submetido à divulgação e prévia discussão junto à comunidade local, o que, entretanto, não ocorreu, já que nenhuma referência ao cumprimento desse requisito consta do trâmite do processo legislativo, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa à disposição do artigo 180, inciso II e do art. 191 da Constituição Paulista.

*“Art. 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

.....

**II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo.**

encaminhamento e solução dos problemas. plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes:

Art. 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.”

Como já foi decidido por este Órgão Especial, “a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta” (TJSP, ADIN nº 994.09.224728-0, Rel. Des. Artur Marques, j. 05/05/2010).

Aliás, pelo mesmo vício (falta de participação popular) e com base no mesmo fundamento (referente à causa de pedir aberta), este C. Órgão Especial, em julgado recente, também reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 286, de 18 de fevereiro de 2016, do município de Suzano:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Lei Complementar nº 286, de 18.02.16 do município de Suzano, de iniciativa parlamentar, alterando preceitos da Lei Complementar nº 025, de 01.03.96, que dispõe sobre zoneamento, uso e ocupação do solo, ao incluir normas de acessibilidade, consistente em instalação de elevadores, em edificações residenciais coletivas, com mais de dois pavimentos. **Vício de iniciativa.** Ausência de vício. Competência concorrente para a iniciativa de projetos de lei versando sobre regras gerais e abstratas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano. Precedentes. **Fonte de custeio.** Ausente violação aos arts. 25 e 176 da CF. Inexistência de despesa pública. Precedente. **Causa petendi aberta.** Possível análise de outros aspectos constitucionais da questão. **Falta de participação popular.** Imprescindível a efetiva participação da comunidade, por suas entidades representativas, máxime quando, como no caso, o ônus com o cumprimento da nova exigência, ainda que em favor da acessibilidade, será suportado pela população. A Constituição Estadual prevê a necessidade de participação comunitária em matéria urbanística. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado. **Procedente a ação**” (ADIN nº 2256300-08.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 24/06/2017).

E ainda:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 377/2015, do Município de Taubaté. Modifica o artigo 27 da Lei Complementar 238, de

10 de janeiro de 2011 (Plano Diretor), dispondo sobre a permeabilidade do solo urbano. Cerceamento à participação popular e comunitária na elaboração de políticas de desenvolvimento urbano. Desrespeito ao artigo 180, II da Constituição do Estado. Ação procedente, com modulação dos efeitos a partir da data do deferimento liminar” (ADIN nº 2110992-38.2016.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 19/10/2016).

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis Complementares nº 164, de 21 de dezembro de 2001 e nº 239, de 10 de maio de 2006, ambas do Município de Caçapava, ‘frutos de iniciativa parlamentar, que alteram regras constantes da Lei Complementar nº 109/99 de Caçapava’. Não efetivação de estudos prévios, planejamento técnico e efetiva participação da comunidade. Exigências que, impostas à edição do plano diretor e ao zoneamento, devem ser observadas igualmente em sua alteração. Desrespeito, configurado, aos arts. 180, caput, e inciso II, 181, caput, e § 1º e 191, da Constituição Estadual, assim como, por força do art. 144 desse diploma, os princípios constitucionais estabelecidos nos arts. 182, caput, e § 1º, e o art. 30 e inciso VIII, da Constituição Federal. Vício, ademais, de iniciativa (arts. 47, II e XIV, da CE), porquanto se trata de matéria relativa à gestão da cidade (‘reserva de administração’). Necessidade de modulação, para preservar situações jurídicas e de fato já consolidadas. Efeito da declaração que se produz a contar da publicação do acórdão. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação”** (ADIN nº 2228709-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 26/08/2015).

**“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Bauru que regulamenta o uso, o parcelamento do solo e a construção de residências dentro de zonas de indústria, comércio e serviços. Legítimo o exercício da competência legislativa municipal suplementar em matéria de direito urbanístico. Indispensável, contudo, a participação popular na discussão sobre o projeto de lei. Violação do artigo 180, II, da Constituição Estadual. Vício formal reconhecido. Precedentes deste Órgão Especial. Pedido julgado procedente, com modulação de efeitos”** (ADIN nº 2032995-13.2015.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 12/08/2015).

**“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 6.075/11, do Município de Bauru. Diploma legal que altera uso do solo sem participação popular. Emendas pontuais indicando alterações da natureza de inúmeros trechos de ruas pela cidade. Matéria afeita ao zoneamento, uso e ocupação do solo. Desrespeito ao art. 180, II, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade da lei reconhecida. Ação procedente.”** (ADIN nº 2010296-62.2014.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 29/10/2014).

Ante o exposto, julga-se a ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.320, de 17 de abril de 2017, do município de Presidente Prudente, por ofensa às disposições do artigo 180, inciso II, e do



artigo 191, da Constituição Estadual.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079389-10.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA.

**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 35.550)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, 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, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

**Ementa:** DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 94-A da Lei Orgânica do Município de Araçatuba que, por iniciativa parlamentar, “assegura aos servidores municipais o direito à incorporação anual dos décimos das diferenças de vencimentos”. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo. Matéria de competência privativa do Poder Executivo. Se a competência que disciplina a gestão administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importaria em violação frontal ao texto constitucional que consagra o Princípio da Separação dos Poderes Estatais. Lei de iniciativa exclusiva. Criação de atribuições aos órgãos da Administração e de despesas sem dotação orçamentária. Ofensa aos artigos 5º, § 2º, 24, § 2º, 25,



**47 II e XIV e 144, todos da Constituição Bandeirante.  
Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.**

## VOTO

I – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito da Cidade de Araçatuba contra o artigo 94-A da Lei Orgânica do referido Município, o qual foi inserido pela Emenda nº 71/2013 e Emenda 77/2017, de iniciativa parlamentar, assegurando “*aos servidores municipais o direito à incorporação anual dos décimos das diferenças de vencimentos*”.

O autor afirma que o ato impugnado encontra-se eivado por vícios insanáveis de inconstitucionalidade, decorrentes de mácula de ordem formal e material. Com efeito, argumenta-se que o Poder Legislativo teria extrapolado os limites de sua função, porquanto a matéria legislada está compreendida na reserva da administração e sua iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Ademais, destaca que a norma cria despesa sem indicação da respectiva fonte de custeio.

Diante disso, invocando precedentes deste Tribunal sobre a matéria, o Autor requer seja julgada procedente a ação a fim de que seja pronunciada a inconstitucionalidade da lei, em sua integralidade.

Sem pedido liminar, foi determinado o processamento do feito (fl. 19).

Citada, a Câmara Municipal de Araçatuba, representada por seu Presidente, apresentou suas informações e defendeu a validade da norma (fls. 31/33).

O Procurador Geral do Estado se absteve da defesa da norma por tratar de matéria exclusivamente local (cf. fls. 34).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer no sentido da procedência da ação para declarar a incompatibilidade da Lei Municipal guerreada com os artigos 5º, 24, parágrafo 2º, 1 e 4, 25, 144, 174, III e 176, I, todos da Constituição Estadual (cf. fls. 35/46) e vieram os autos conclusos para julgamento.

É a síntese do necessário.

II – O desfecho do presente feito só poderia ser a procedente.

A ação direta de inconstitucionalidade discute a compatibilidade do artigo 94-A da Lei Orgânica do referido Município, o qual foi inserido pela Emenda nº 71/2013 e Emenda 77/2017, de iniciativa parlamentar, assegurando “*aos servidores municipais o direito à incorporação anual dos décimos das diferenças de vencimentos*”.

Eis o texto da norma impugnado:

**Artigo 94-A.** *Ao servidor público municipal é assegurado os benefícios previstos no art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo. (CRIADO*

PELA EMENDA N.º 71, DE 9 DE SETEMBRO DE 2013)

§ 1.º *Para fins de concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, levar-se-á em conta o cargo, a função e o tempo de efetivo exercício prestado pelo servidor redistribuído, no órgão ou entidade onde prestava serviço antes de ser deslocado.*

§ 2.º *Para incorporação de décimos, o servidor terá direito à remuneração superior à do cargo de que seja titular, recebida no exercício das funções em outro órgão da administração direta, indireta ou do Poder Legislativo. (CRIADO PELA EMENDA N.º 77, DE 27 DE MARÇO DE 2017)*

Primeiramente, afasta-se qualquer análise de violação à 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, conforme bem disciplina o artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Também a contrariedade reflexa ou indireta ao texto da constituição não podem ser aferidas por via principal.

O artigo impugnado assegura benesses relativas aos vencimentos dos servidores municipais, ou seja, versa sobre matéria relativa à remuneração e regime jurídico do funcionalismo.

Sopesando o teor tratado na norma, fica claro que a referida lei encontra-se eivada de vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo, tendo em vista que a competência para disciplinar a organização administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo.

A iniciativa do Legislativo importa, na espécie, em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais.

O ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, é verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional por violar o Princípio da Separação de Poderes, o qual, conforme bem elucida o ilustre doutrinador Alexandre de Moraes:

*“consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, as quais devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Referido sistema foi esboçado, pela primeira vez, por Aristóteles, na obra ‘Política’, tendo sido detalhado posteriormente por John Locke, no ‘Segundo Tratado do Governo Civil’, que também reconheceu três funções distintas, sendo, finalmente, consagrado na obra de Montesquieu, ‘O Espírito das Leis’, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal, transformado em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontrando previsão no artigo 2º da nossa*

*Constituição Federal*” (in *Direito Constitucional*, 27<sup>a</sup> ed. Editora Atlas, São Paulo, 2011 – p. 424).

Referido princípio, constituidor de verdadeira base harmônica da atuação dos poderes, os quais, pelo seu intermédio, atuam segundo um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), em controle recíproco, visando a manutenção do equilíbrio tripartite.

Daí encontrar-se, igualmente, previsto nos artigos 5º, 24 § 2º, 1 e 4, da Constituição do Estado, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal. Vejamos:

*“Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

*(...)*

*Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

*§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*

*I – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;*

*4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*

*(...)*

*Art. 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

*II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

*XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

*(...)*

*Art. 144 – Os Municípios, com autonomia, política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”*

Dessa forma, compete exclusivamente ao Poder Executivo a criação de normas que versem sobre regime jurídico de servidores públicos, compreendidos nesse conceito as regras disciplinadoras de direitos e obrigações, inclusive aquelas atinentes à remuneração, de maneira que, quando o Poder Legislativo do

Município toma frente na iniciativa de normas dessa natureza, age em violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista atuar em atividade própria do Administrador Público.

Dessa forma, como se viu e ressaltou, a norma guerreada não poderia prosseguir com sua eficácia, visto que cabe essencialmente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito do tema.

Destaca-se que na organização político-administrativa, o município apresenta funções distintas. O prefeito (chefe do Poder Executivo) é o responsável pela função administrativa, que compreende, dentre outras coisas, o planejamento, a organização e a direção de serviços públicos e dos funcionários que atuam em sua prestação, enquanto que a função básica das Câmaras Municipais (Poder Legislativo) é legislar, editando normas gerais e abstratas que devem pautar a atuação administrativa.

A atuação legislativa impugnada equivale à prática de ato de administração, de sorte a violar a garantia constitucional da separação dos poderes.

Além da invasão de iniciativa, ao criar despesas ao Poder Executivo, a mencionada norma ainda deixou de prever a correspondente dotação orçamentária, infringindo os termos dos artigos 25, 174 III e 176, inciso I, da Constituição Estadual, já que deixou toda a execução e concretização a cargo do Executivo:

*Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*

(...)

*Artigo 174 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:*

*I – o plano plurianual;*

*II – as diretrizes orçamentárias;*

*III – os orçamentos anuais.*

(...)

*Artigo 176 – São vedados:*

*I – o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual; (sem grifos no original).*

Sobre o tema, norma que disciplina matéria relacionada a regime jurídico e remuneração de servidores públicos, pacífico tem sido o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Complementar nº 542, de 23.06.17, do município de São José do Rio Preto. Concessão de Adicional de Assistente Técnico a servidores que especifica.*

*Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos com interferência na gestão administrativa e se referam a servidores públicos e seu regime jurídico. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º, 24, § 2º, 4 e 144, todos da Constituição Estadual). Ação procedente, com observação.*

(Direta de Inconstitucionalidade 2130451-89.2017.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Data do Julgamento: 04/10/2017)

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.398, DE 26 DE ABRIL DE 2017, DO MUNICÍPIO DE REGINÓPOLIS, QUE 'ALTERA A REDAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 1.992, DE 06 DE JANEIRO DE 2009 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – INSTITUIÇÃO DE HIPÓTESES DE FALTAS JUSTIFICADAS, NAS QUAIS O "VALE-COMPRAS" NÃO É DESCONTADO SE O SERVIDOR SE AUSENTAR DO TRABALHO – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO E REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITENS I E 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.*

(Direta de Inconstitucionalidade 2084948-45.2017.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Data do Julgamento: 16/08/2017)

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 106, de 15 de julho de 2016, do Município de Teodoro Sampaio, que revoga o artigo 17, da Lei Complementar nº 86, de 20 de novembro de 2013, o qual instituiu a incorporação da gratificação do Controlador Geral do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Matéria inserida na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, I e 4, e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente.*

(Direta de Inconstitucionalidade 2259029-07.2016.8.26.0000; Relator: Ricardo Anafe; Data do Julgamento: 28/06/2017)

Mais não precisa ser dito para concluir que a norma impugnada invadiu a esfera competente ao chefe do Poder Executivo.

De rigor, portanto, a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **julgo procedente** o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 94-A da Lei Orgânica do Município de Araçatuba, determinando, como consequência, sua retirada definitiva do ordenamento jurídico.

## Agravos Regimentais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2068673-21.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE LOUVEIRA, é agravado SINDICATO DOS TRABALHADORES MUNICIPAIS E AUTARQUIAS DE VALINHOS, LOUVEIRA E MORUNGABA – STMAVALIM.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, 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, SILVEIRA PAULO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 8 de novembro de 2017.

MOACIR PERES, Relator

**Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Os argumentos apresentados pelo agravante não têm o condão de alterar o decidido – Astreintes devidas, pois comprovado o descumprimento da ordem judicial – Ausência de motivos para reduzir o valor da multa**

**cominatória aplicada. Recurso improvido.****VOTO**

A Prefeitura Municipal de Louveira interpôs agravo contra a r. decisão de fls. 1.458/1.461 dos autos do dissídio coletivo de greve, que aplicou multa cominatória pelo descumprimento de ordem judicial.

Relata os atos processuais praticados, explicando que se trata de imposição de multa pelo descumprimento de liminar que determinava o parcelamento dos descontos salariais decorrentes dos dias de paralisação. Explica que deu cumprimento ao despacho, postergando o pagamento do dia 31 de maio para o dia 7 de junho, para que os servidores tivessem tempo hábil para se manifestarem sobre o parcelamento. Alega que deu publicidade aos seus atos e que disponibilizou requerimento a ser preenchido pelos servidores interessados no parcelamento, supostamente dando integral cumprimento à decisão judicial. Diz que a decisão deferiu o parcelamento nos termos do artigo 46 da Lei n. 8.112/90, segundo a qual o parcelamento pode ser feito a pedido do interessado. Acrescenta que há contradição entre as legislações invocadas na decisão judicial, pois o artigo 47 da Lei Municipal n. 1.006/90 determina que as reposições ao erário serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração ou provento, enquanto a lei federal estipula que cada parcela não poderá ser inferior a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. Invoca o princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Pede o afastamento ou, subsidiariamente, a redução da multa aplicada (fls. 1/11).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 18/23).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo (fls. 39/45).

É o relatório.

O sindicato agravado, no interesse dos servidores públicos do Município de Louveira, suscitou dissídio coletivo de greve. No decorrer do dissídio, foi deferido por este Juízo o parcelamento dos descontos de vencimentos relativos aos dias de paralisação, nos seguintes termos:

*Defiro o pedido para ampliação da abrangência da liminar outrora concedida, conforme ora pleiteado pelo sindicato requerente.*

*No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 49.339/SP, a C. Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:*

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. POSSIBILIDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E INTIMAÇÃO PESSOAL PARA REALIZAR O DESCONTO. DESNECESSIDADE. PARCELAMENTO DA REPOSIÇÃO. ART. 46, § 1º, LEI N. 8.112/90. PRINCÍPIO DA



RAZOABILIDADE. PEDIDO DO INTERESSADO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade do desconto dos dias parados e não compensados, provenientes do exercício do direito de greve, em parcela única sobre a remuneração do servidor público. 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que é lícito o desconto dos dias não trabalhados em decorrência de movimento paredista. Precedentes: AgInt no AREsp 780.209/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 2/06/2016; EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1497127/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 25/5/2016; AgRg no REsp 1377047/RN, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO), Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016. 3. Prescinde de prévio processo administrativo o desconto realizado no salário de servidores públicos referente a dias não trabalhados em decorrência de greve. Precedentes. 4. Não há que se falar em necessidade de intimação pessoal para realizar a reposição dos dias parados por conta do exercício do direito de greve, quando há comprovação de que o próprio servidor público faz a opção pela compensação dos referidos dias em regime de mutirão. 5. Falta razoabilidade e é contra legem normativo administrativo que impede o parcelamento em conformidade com a lei, por aplicação analógica do art 46, caput e § 1º, da Lei n. 8.112/90, a pedido do interessado, dos valores a serem restituídos à Administração Pública relativos ao desconto dos dias parados em razão do movimento paredista. 6. Recurso em mandado de segurança parcialmente provido.” (Rel. Min. Francisco Falcão – j. em 06/10/2016 – v.u. – g.n.).

*Em seu voto vencedor, o Ministro Francisco Falcão concluiu que, “considerando principalmente o pedido da recorrente, feito primeiramente, pela via administrativa, e, ainda, a falta de razoabilidade na negativa do referido parcelamento, é de se reconhecer seu direito líquido e certo ao parcelamento, por aplicação analógica do art 46, caput e § 1º, da Lei n. 8.112/90.”*

*O artigo 46 da Lei n. 8.112/90, que “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, assim estipula:*

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

*Desse modo, levando em conta o entendimento firmado no*

*recente julgado supramencionado e os ditames da Lei n. 8.112/90, que, na ausência de legislação municipal sobre o tema, deve ser aplicada analogicamente ao caso, pode-se concluir que é direito do servidor público grevista o parcelamento dos descontos pelos dias parados, sempre a seu pedido e nos limites do disposto na aludida lei. (fls. 1.416/1.418, g.n.).*

Posteriormente, informou o sindicato suscitante que a Prefeitura Municipal havia publicado comunicado por meio do qual disponibilizava aos servidores públicos municipais requerimento de parcelamento, que deveria ser preenchido e entregue na Secretaria respectiva a cada agente público, em um prazo de dois dias, sem o que o desconto seria realizado em uma única parcela (fls. 1.425/1.443).

Em razão do noticiado, entendendo que “os documentos juntados aos autos por ambas as partes comprovam o descumprimento da ordem judicial”, posto que o direito ao parcelamento havia sido reconhecido “a TODOS os servidores que aderiram à greve, independentemente de qualquer forma de manifestação de vontade” (fls. 1.458/1.459), aplicou este Juízo ao “suscitado a multa diária prevista no despacho de fls. 1.416/1.419, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, incidente desde o dia 30 de maio de 2017, quando o mencionado comunicado foi publicado no site da Prefeitura, até a data de cumprimento integral da decisão judicial, com a concessão do já determinado parcelamento dos descontos a TODOS os servidores públicos municipais que tiverem aderido ao movimento grevista” (fls. 1.460/1.461).

No mesmo despacho, entendeu-se também que, além do já mencionado artigo 46 da Lei n. 8.112/90, que determina a reposição ao erário de forma parcelada, em parcela não inferior ao correspondente a 10% da remuneração, deve a Municipalidade observar o disposto na legislação municipal aplicável, especificamente o artigo 47 do estatuto Municipal, o que implica o parcelamento dos descontos em parcelas que não superem 10% do valor dos vencimentos dos servidores municipais. O entendimento justifica-se pelo fato de, “considerado o direito constitucional ao recebimento de salário pelo trabalho contratado – no caso do servidor público, de vencimentos – e a duração da greve em questão, que abrangeu cerca de 2/3 de um mês de trabalho, o que [a não observância desse limite para os descontos] ocasionaria grave prejuízo à própria subsistência dos servidores a ela aderentes” (fls. 1.460/1.461).

O agravante objetiva, por meio do presente recurso, afastar ou, subsidiariamente, reduzir o valor da multa cominatória pelo descumprimento da decisão judicial referente ao parcelamento dos dias descontados.

Não assiste razão ao Município recorrente.

O despacho que deferiu o parcelamento da restituição dos dias descontados dos servidores paradedistas baseou-se em precedente do E. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é desnecessário prévio processo administrativo e

irrazoável a negativa de parcelamento (fls. 1.416/1.419). O aludido despacho é claro ao pontuar que, na ausência de legislação municipal sobre o tema, deveria ser observado o estatuto federal.

Entretanto, há no Município de Louveira dispositivo legal plenamente aplicável ao caso: o artigo 47 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais.

Não se justifica, então, o argumento do agravante de que era indispensável a prévia concordância do servidor quanto ao parcelamento dos descontos, em razão do teor da legislação federal mencionada nessa primeira decisão. Inclusive porque, ainda que não houvesse legislação municipal sobre o tema, como é cediço, a lei administrativa disciplina os atos officiosos da Administração, não se sobrepondo ao conteúdo do comando judicial, que responde à postulação e observa as peculiaridades do caso.

Como bem salientou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, “o pedido de parcelamento da multa foi formulado pelo Sindicato, entidade que, por óbvio, representava os servidores grevistas e estava à frente de pleitos e negociações, justamente no curso de dissídio coletivo. Portanto, formulado o pedido pelo Sindicato e acolhido pelo Tribunal de Justiça, era impertinente a exigência de prévio procedimento ou requerimento administrativo para confirmar o interesse no parcelamento do desconto com relação a cada servidor grevista. Na verdade, o procedimento administrativo, instituído pelo Município, após decisão judicial, que abrangia todos os servidores, constituiu uma forma de burlar o imediato efeito que deveria surtir a decisão judicial.” (fls. 43/44).

E evidencia-se o descumprimento da decisão judicial pelo fato de os servidores terem sido chamados a manifestar em dois dias o interesse no parcelamento, sob pena de o desconto ser realizado de uma só vez.

De outro lado, descabida a alegação de contradição entre as legislações federal e municipal invocadas. A primeira, aplicável na ausência de lei local, determina que as parcelas mensais referentes aos descontos devem totalizar no mínimo 10% do valor total dos vencimentos do servidor; a segunda, que as parcelas não podem ultrapassar esse patamar. Para resolver a aparente antinomia, bastaria fixar os descontos no ponto de encontro dessas duas regras: em 10% dos vencimentos dos servidores públicos municipais de Louveira.

Porém, repita-se: existindo lei municipal aplicável, devem os seus ditames ser observados, o que restou claro no despacho que deferiu o parcelamento. A aparente antinomia resolve-se, no caso, pelo simples critério da especialidade.

E, no mais, se dúvida havia a respeito da aplicação do comando judicial, poderia ter o agravante se socorrido, oportunamente, dos pertinentes embargos de declaração.

Também não se justifica a redução da multa cominatória aplicada.

A multa cominatória, prevista no Código de Processo Civil, tem natureza

coercitiva e não compensatória. O objetivo da medida é induzir ao cumprimento da obrigação, daí a necessidade de a multa ser fixada em valor que desestimule o inadimplemento.

Releva notar, neste passo, que a multa cominatória pode ser fixada pelo Juiz contra a pessoa jurídica de Direito Público, que ficará obrigada a suportá-la, na hipótese do não cumprimento da obrigação no prazo estipulado, ainda que o seu pagamento importe despesa pública.

Ressalte-se que o valor fixado, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, é razoável e conforma-se à finalidade das *astreintes*, vez que não as converte em instrumento de enriquecimento sem causa de eventual exequente, mas apenas desestimula a inércia do Poder Público, especialmente se consideradas a natureza da presente ação e a urgência da medida.

Observe-se, por fim, que não se verifica ofensa ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2153879-03.2017.8.26.0000/50000, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES, é agravado PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL – DIRETÓRIO ESTADUAL.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “ACOLHERAM A PRELIMINAR, JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, REVOGADA A LIMINAR, E JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, 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, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

**Ementa: AGRAVO REGIMENTAL**

**Liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto regulamentando a cobrança da Taxa de Coleta e Remoção do Lixo no Município de Embu das Artes. Ajuizamento por Diretório Estadual de Partido Político, sem representante na Câmara Municipal. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Inteligência dos arts. 103, da Constituição Federal e 90, VI, da Carta Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal.**

**Processo extinto, sem julgamento de mérito, cassada a liminar. Prejudicado, quanto ao mais, o agravo regimental.**

**VOTO**

1. Trata-se de **agravo regimental** de monocrática (fls. 289/290 do principal) concedendo liminar em **ação direta de inconstitucionalidade** do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, tendo por objeto o Decreto Municipal nº 1.367/17 (fls. 37/36 do principal) ao regulamentar a cobrança da Taxa de Coleta e Remoção do Lixo no Município de Embu das Artes.

Insurgiu-se o Prefeito Municipal de Embu das Artes contra a r. decisão. Arguiu, preliminarmente, o não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra decreto regulamentar. Em sede preliminar apontou a ilegitimidade ativa do PSOL diante da ausência de representação na Câmara Municipal. Cabível arguição de inconstitucionalidade apenas em face de decreto autônomo, o que não é o caso. Inadequada a via eleita. Ausentes os requisitos legais para a concessão da liminar. Mera alegação de prejuízo financeiro não se apresenta, normalmente, como irreparável. No mais, sustentou a legitimidade da Taxa do Lixo. Respeitados os princípios da anterioridade e da noventena. Não viola a legalidade tributária lei que, prescrevendo o teto, possibilita ao ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal. Quando o Decreto descreve a fórmula aritmética ele nada faz além de sistematizar matematicamente o que dispõe os arts. 160 e 174 do CTM. Sequer de ofensa ao princípio da capacidade contributiva se cogita. Citou doutrina e jurisprudência. Daí a reforma (fls. 01/41).

Respondeu o PSOL (fls. 48/50). Manifestou-se a D. Procuradoria (fls. 56/64).

É o relatório.

## 2. Impõe-se a extinção do feito.

Trata-se de **agravo regimental** contra decisão monocrática concedendo liminar em **ação direta de inconstitucionalidade** do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL tendo por objeto o **Decreto Municipal nº 1.367**, de 07 de julho de 2017 (fls. 37/39 do principal), regulamentando a cobrança da Taxa de Coleta e Remoção do Lixo no Município de Embu das Artes.

Ora, evidenciou o agravante não ter o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL representação na Câmara Municipal da Estância Turística de Embu das Artes (fls. 43) e autor da ADIN nada apresentou para refutar essa afirmação (fls. 48/50).

**Acolhe-se** a arguição de **ilegitimidade ativa** (fls. 10/12).

**Legitimidade *ad causam*** ou “... *legitimidade para agir; constitui a segunda das condições da ação. BUZAID denomina-a de ‘pertinência subjetiva da ação’, porquanto consiste a legitimidade *ad causam* (legitimidade de parte, ou também legitimação para agir) na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão.*” (JOSÉ FREDERICO MARQUES – “Manual de Direito Processual Civil” – Ed. Saraiva – 1975 – vol. I – nº 138 – p. 160/161).

É, acrescenta **E. D. MONIZ DE ARAGÃO**, reportando-se a **LIEBMAN**, a “... *pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a outra parte.*” (“Comentários ao Código de Processo Civil” – Ed. Forense – vol. II – nº 506 – p. 437).

A propósito, bem observou a Douta Procuradoria:

*“Com efeito, nos termos do disposto no art. 90, VI, da Constituição Estadual, são partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Carta Estadual, os **partidos políticos com representação** na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.”*

*“Logo, a legitimidade dos partidos políticos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade está condicionada à comprovação de sua representatividade na respectiva Câmara Municipal.”*

*“No presente caso, a ação foi proposta pelo Diretório Estadual do PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, sem a devida comprovação de sua representatividade na Câmara Municipal de Embu das Artes.”*

*“Em verdade, o documento acostado a fls. 43 indica que o referido Partido Político não possui vereador no exercício do mandato na legislatura em vigor.”*

*“Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já pontuou que a legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade deve ser aferida no momento da sua propositura (Ag. Reg. na ADI 2159-1/DF).”*

*“Desse modo, apesar da patente inconstitucionalidade do ato normativo questionado, inevitável nos parece o acolhimento da preliminar suscitada.” (grifos no original – fls. 58).*

Essa é orientação recentemente reafirmada neste segmento do Judiciário Paulista:

*“O rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, constante do artigo 103, da Constituição Federal, contempla ‘o partido político com representação no Congresso Nacional’ (inciso VIII).”*

*“A Carta Paulista, em seu artigo 90, VI, dispõe serem ‘partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse ... os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara’.*

*“No SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL essa é a interpretação:”*

***“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AJUIZAMENTO POR DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.”***

*“Falece legitimidade ativa ad causam ao Diretório Municipal de Partido Político para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que o objeto de impugnação seja ato normativo de caráter estadual. A pertinência subjetiva para a instauração de controle normativo abstrato perante o S.T.F. assiste, no plano das organizações partidárias, exclusivamente aos respectivos Diretórios Nacionais. Precedentes.”*

*“O magistério da doutrina, por sua vez, tem refletido esse mesmo entendimento jurisprudencial. Daí a observação de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE (‘A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro’, p. 123, 1995, Editora Revista dos Tribunais), que acentua, em tema de legitimidade ativa, que podem propor ação direta, ‘... na área dos partidos políticos, só os Diretórios Nacionais, e não os Diretórios Regionais, ainda que se trate de lei local’...”. (ADI 1.426-9/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.3.1996)”*

*“A despeito de se tratar de impugnação a lei municipal perante*



*órgão estadual, no caso, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, a interpretação se dá por simetria, na conclusão de que, sendo o Diretório Nacional o competente para intentar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, caberá apenas ao Diretório Regional, e não ao municipal, esse enfrentamento perante esta Corte Estadual.*” (grifei – ADIn nº 2.002.866-59.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.03.14 – Rel. Des. VANDERCI ÁLVARES).

*“Inicialmente, tem-se que os autores são partes ilegítimas, porquanto Diretórios Municipais de Partidos Políticos não detêm legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, a qual pertence, no Estado de São Paulo, aos Diretórios Estaduais de partidos com comprovação de representação na Câmara Municipal, mesmo que a norma impugnada seja de caráter municipal, conforme o art. 90, VI, da Constituição Estadual.”* (grifei – ADIn nº 2095552-65.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. ÁLVARO PASSOS).

Confirmam-se, no mesmo sentido: ADIn nº 135.781-0/3-00 – v.u. j. de 19.09.07 – Rel. Des. CARLOS STROPPA; ADIn nº 138.863-0/0-00 – v.u. j. de 01.08.07 – Rel. Des. PALMA BISSON; ADIn nº 157.692-0/8-00 – v.u. j. de 11.06.08 – Rel. Des. MAURÍCIO FERREIRA LEITE; ADIn nº 153.143-0/4-00 – m.v. j. de 14.01.09 – Rel. Des. IVAN SARTORI; ADIn nº 0.266.321-19.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 12.06.13 – Rel. Des. ÊNIO ZULIANI; ADIn nº 0.033.637-88.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 31.07.13 – Rel. Des. ELLIOT AKEL; ADIn nº 2.070.478-48.3013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. GRAVA BRAZIL; ADIn nº 2.020.108-31.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 11.06.14 – de que fui Relator, dentre outros arestos com igual dispositivo.

Mais não é preciso acrescentar.

Assim, acolho a preliminar (fls. 10/12) e, por falta de legitimidade ativa, **julgo extinta a ação direta de inconstitucionalidade**, sem julgamento de mérito (art. 485, VI, do CPC). Prejudicado, no mais, o agravo regimental.

Inadmissível subsista a liminar, ora expressamente cassada.

**3. Julgo extinto o processo, sem julgamento de mérito (art. 485, VI, do CPC), cassada a liminar concedida. Prejudicado, no mais, o agravo regimental.**

## Conflitos de Competência

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037084-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada CÂMARA ESPECIAL.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO E BERETTA DA SILVEIRA.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21034)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

MOREIRA VIEGAS, Relator

**Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Terceira Câmara de Direito Privado e Câmara Especial. Agravo de Instrumento. Pretensão de tutela de urgência para modificação de guarda e remoção de tutor. Feito oriundo de Vara da Infância e da Juventude. Situação da menor que se amolda a hipótese do artigo 98, II do ECA. Matéria recursal se inclui entre aquelas da competência da Câmara Especial. Conflito conhecido, declarada a competência da Câmara suscitada.**

### VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 3ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal em agravo de instrumento interposto contra decisão que,

nos autos de modificação de guarda e remoção de tutor, indeferiu o pleito dos autores.

O recurso originalmente distribuído à Câmara Especial, por decisão monocrática da Relatora sorteada, não foi conhecido; ordenada sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I (fls. 97/101).

A 3ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo Desembargador Donegá Morandini, suscitou o presente conflito por considerar que a hipótese dos autos versa sobre menor em situação de risco, com incidência de regras típicas do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 108/113).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Câmara suscitada (fls. 121/125).

É o relatório.

A ação originária proposta por W.F.P. e por A.D.S.P. (autores) tem como objetivo a modificação da guarda de L.A.P., e a conseqüente remoção da tutela da adolescente, outrora concedida por sentença judicial a D.F.P. (requerida).

Em atenta análise dos autos, verifica-se a situação de vulnerabilidade da adolescente, expulsa de casa pela tutora, vivendo em companhia de terceiros (fl. 94) e, completamente afastada da escola (neste ano, sequer foi matriculada).

Nesse diapasão, a hipótese enquadra-se perfeitamente no artigo 98, II, do ECA:

Art. 98 – As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

[...]

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

Diante disto, não se pode deixar de considerar que, muito embora esteja o adolescente amparada pela família na qual se encontra, o fundamento do pedido está relacionado à situação inicial de abandono da atual responsável, enquadrando-se nas hipóteses de competência absoluta do Juízo especializado, em estreita relação ao princípio da proteção integral inserto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, como bem ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça oficiante, trata-se de feito oriundo de Vara da Infância e Juventude e não de Vara de Família e Sucessões.

Sobre a competência da Câmara Especial para julgamento de feitos oriundos da Vara da Infância e Juventude, confira-se o precedente:

Dúvida de Competência entre a Câmara Especial e quaisquer outros órgãos colegiados situados em Seções diversas do Tribunal – Apreciação do incidente pelo Órgão Especial e não pelo Grupo Especial das Seções

Civis, já que o RITJSP não incluiu a Câmara Especial entre as suas Seções Civis – Dúvida suscitada em Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em ação civil pública, concedeu liminar obrigando a municipalidade a oferecer e manter pelo menos 20 vagas em abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco, sob pena de multa diária de R\$ 2.000.00 – Ação que visa tutelar direitos e garantias previstos no ECA – Inteligência dos artigos 209 da Lei 8.069/90 e 188 do RITJSP – Dúvida procedente – Competência da Câmara Especial e não de qualquer das Câmaras das Seções de Direito Público ou privado para apreciar recursos oriundos das Varas da Infância e da Juventude, ainda que apenas para declarar a nulidade da decisão por incompetência do Juízo.

(TJSP; Dúvida de Competência 0111802-38.2002.8.26.0000; Relator: Júlio Cesar Viseu Júnior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirassununga – 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 17/07/2003)

Vê-se, assim, que incide na hipótese a regra prevista no artigo 33, IV do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribui à Câmara Especial, competência específica para processar e julgar os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude.

Ante o exposto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Câmara suscitada (Câmara Especial). É o voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037345-10.2017.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 15ª 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 15ª 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 25.497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO,

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

**Ementa: Conflito de competência. Apelação. Ação cautelar de exibição de documentos. Ação principal indicada como de cobrança de expurgos inflacionários sobre saldo de caderneta de poupança. Artigo 103 do RITJ. Competência estabelecida pelo pedido. Inteligência do artigo 5º, II.4 e II.11 da Resolução 623/13. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 15ª Câmara de Direito Privado.**

## VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público ante r. decisão proferida na C. 15ª Câmara de Direito Privado, em que se declinou competência para conhecimento de apelação.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. 15ª Câmara de Direito Privado (fls. 109/113).

### É o relatório.

VALDEZ LOPES DA SILVA ajuizou ação cautelar de exibição de documentos contra a SEFIN – SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS DO ESTADO DE RONDÔNIA (SUCESSORA DO BANCO DE RONDÔNIA – BERON) para exibição dos extratos de contas poupanças de sua titularidade que mantinha no banco liquidado (BERON), em especial a conta poupança de nº 0002546-1 (Agência Colorado do Oeste – RO), nos períodos de junho a julho de 1987, janeiro a fevereiro de 1989, março a junho de 1990 e janeiro a março de 1991.

Apresentado extrato simplificado (fls. 47), a ação foi julgada procedente *a fim de reconhecer exibidos os documentos pleiteados pelo demandante* (fls. 63/67).

O Estado de Rondônia apelou apenas para pugnar pela isenção de custas e honorários advocatícios.

Distribuído o recurso à C. 15ª Câmara de Direito Privado, o I. Desembargador Jairo de Oliveira Júnior, por decisão monocrática, dele não conheceu e declinou a competência para uma das C. Câmaras de Direito Público,

pois visa a presente medida cautelar a exibição de documentos que estariam em poder da Fazenda Pública do Estado de Rondônia – RO, pessoa jurídica de direito público. Assim, a competência deve ser fixada em razão da qualidade da parte (fls. 88/91).

Redistribuídos os autos à C. 2ª Câmara de Direito Público, por v. acórdão da lavra da I. Desembargadora Luciana Bresciani, suscitou-se conflito de competência (fls. 97/102).

Conquanto provoque certa estranheza a formação do polo passivo por ente estadual da longínqua região norte do nosso país, observo que a competência para análise do quanto aqui trazido não vai além do disposto no artigo 13, inciso I, alínea “e” do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, não se desbordando para qualquer análise meritória ou processual.

Cabe, então, decidir sobre competência pela matéria em disputa, identificada a partir da petição inicial, sabidamente *o projeto da sentença*, a trazer os elementos identificadores da pretensão, a caracterizar também a ação – **rectius** partes, causa de pedir e pedido –.

Nesse viés o disposto no art. 103 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.*

Como se sabe, esta ação tem natureza cautelar, de modo que a atividade jurisdicional se presta a assegurar a garantia e a eficácia do desenvolvimento e do resultado das atividades de cognição e/ou execução.

A função cautelar não é substitutiva ou alternativa da definitiva função jurisdicional, a ser realizada pelos demais processos mencionados.

Conforme ensinam os doutos, não tem essa função fim em si mesma, pois serve a processo principal, e, por isso, sua existência é provisória por depender das contingências deste.

Os provimentos cautelares, portanto, devem ser provisórios, na medida em que apenas visam à garantia da viabilidade da decisão de mérito. Não podem, assim, ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que na lide se discute.

Como lembram Rocco e Calvosa, “*não se obtém com eles uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do promovente*” (Tratado de Direito Processual Civil, vol. V, 1977, pág. 435).

O requerente pretende, desde logo, exibição de documentos – extratos bancários – para forrar ação de cobrança de expurgos inflacionários.

1 Compete ao Órgão Especial: I – processar e julgar, originariamente: (...) e) os conflitos de competência entre órgãos do Tribunal pertencentes a Seções diversas;

Como indicou a D. Desembargadora Luciana Bresciani, *na espécie, o pedido a ação principal, à qual subordinada a presente cautelar de exibição, consiste na condenação do Estado de Rondônia, sucessor do BERON – Banco do Estado de Rondônia S.A., no pagamento dos “... valores pleiteados pelo Autor referente às diferenças dos denominados planos econômicos ‘Verão’ e ‘Collor’, em conformidade com as planilhas de cálculos (anexo), acrescida de correção monetária com base nos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma mencionada no pedido, juros moratórios e demais cominações legais (fls. 100).*

É o que veio no pedido da ação principal vista em apenso, já julgado procedente em parte para condenar o réu a pagar ao autor a quantia relativa à diferença entre aquilo que lhe foi pago pelo réu a título de correção monetária em sua conta de poupança e o que lhe era efetivamente devido, aplicando-se os índices do IPC no mês de abril de 1990, tudo acrescido de correção monetária e juros remuneratórios contratuais capitalizados a partir do momento em que os valores se tornaram devidos até o ajuizamento da lide e, a partir de então, tudo devidamente atualizado pela Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescido de juros de 1,0% a.m., estes, desde a citação, ambos incidentes até a data do efetivo pagamento (fls. 79v/80).

A ação cautelar, por óbvio, vem vinculada à ação principal, seja ela preparatória ou incidental, devendo ser analisado o pedido principal para fixação da competência recursal.

Em repetição, a cautelar veio para exibição de documentos a serem utilizados como prova em ação para cobrança de expurgos inflacionários, a incidir sobre o caso o disposto no artigo 5º, II.4 e II.11 da Resolução nº 623/2013.

Nesse sentido julgados do C. Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU “EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO” INSTAURADA CONTRA SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA. EXCEÇÃO ARGUIDA EM AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PROMOVIDA CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO NACIONAL VISANDO OBTER DOCUMENTOS EXISTENTES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO 623/13 (ART. 3º, INCISO I.1) – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO PROCEDENTE<sup>2</sup>.

Conflito de competência. Medida cautelar de exibição de documentos visando futura ação de acidente de trabalho. Ação acidentária. Inteligência da Resolução nº. 194/2004 e Provimento nº. 63/2004. Competência 17ª

2 Conflito de competência nº 0023782-80.2016.8.26.0000, Relator Des. Neves Amorim, Órgão Especial, Data do julgamento: 10/08/2016, Data de publicação: 12/08/2016.



Câmara de Direito Público. Dúvida procedente<sup>3</sup>.

Conflito de competência. Ação cautelar de exibição de documentos visando futura ação de indenização. Resistência da ex-empregadora. Inteligência Resolução nº 194/2004 c.c Provimento 63/2004. Competência 26ª Câmara de Direito Privado. Dúvida acolhida<sup>4</sup>.

A competência, deveras, é de uma das C. Câmaras de Direito Privado (DP2): *Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: [...] II.4. Ações relativas a contratos bancários, nominados ou inominados; [...] II.11. Ações fundadas em contrato de cartão de crédito e prestação de serviços bancários, além da que cuida o parágrafo primeiro.*

Aliás, são comumente julgadas na Seção de Direito Privado ações desse jaez:

**APELAÇÃO** – Ação cautelar de exibição de documentos ajuizada na vigência do CPC de 1973 – Pretensão à obtenção de cópias dos extratos de conta poupança – Planos Verão, Collor I e II – Inexistência de comprovação de prévio pedido administrativo à instituição – Recurso Especial 1.349.453-MS, afetado pelo efeito repetitivo estabelecido no artigo 543 do CPC – Falta de interesse de agir caracterizada – Extinção do processo sem resolução de mérito – Recurso provido<sup>5</sup>.

**CADERNETA DE POUPANÇA – EXTINÇÃO COM JULGAMENTO DE MÉRITO** – Reconhecimento da prescrição – Aplicação da Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal e do informativo nº 0484 do Superior Tribunal de Justiça – Ação proposta após o prazo quinquenal – Existência de cautelar de protesto interruptivo do lapso prescricional – Legitimidade ativa do *parquet* para o ajuizamento da mencionada medida cautelar – Inteligência da alínea 'c', do inciso VII, do artigo 6º da Lei Complementar nº 75/1993 c.c. os artigos 82 e 83 do Código de Defesa do Consumidor – Inocorrência da prescrição – Recurso provido.

**INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS – EXECUÇÃO INDIVIDUAL** – Julgamento com fulcro no parágrafo 4º, do artigo 1.013 do Novo Estatuto Adjetivo Civil – Eficácia *erga omnes* da r. sentença proferida na ação coletiva – Os credores podem promover o cumprimento do julgado no foro da comarca dos seus domicílios – Desnecessidade da comprovação da associação dos poupadores ao IDEC – Legitimidade ativa configurada – Prescindibilidade da prévia liquidação do julgado – A apuração do *quantum debeatur* depende de meros cálculos aritméticos – Os juros da

3 Conflito de competência nº 0020984-25.2011.8.26.0000, Relator Des. Cauduro Padin, Órgão Especial, Data do julgamento: 11/05/2011, Data de registro: 19/05/2011.

4 Conflito de competência nº 0400335-08.2010.8.26.0000, Relator Des. Cauduro Padin, Órgão Especial, Data do julgamento: 03/02/2011, Data de registro: 31/03/2011.

5 Apelação nº 0010750-79.2008.8.26.0358, Relator Des. Irineu Fava, 17ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 14/08/2017, Data de publicação: 14/08/2017.

mora são devidos a partir da citação do Banco nos autos da ação civil pública – Incidência do artigo 405 do Código Civil Brasileiro – Aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a correção monetária do débito – A utilização da referida Tabela acarreta, automaticamente, a incidência do percentual de 42,72% para janeiro e de 10,14% para o mês de fevereiro de 1989 – Cabimento da inclusão dos expurgos posteriores de forma reflexa – Entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo – Possibilidade do arbitramento dos honorários do advogado – Aplicação da Súmula nº 517 do Superior Tribunal de Justiça – Honorários advocatícios arbitrados na ação civil pública – Descabimento da sua inclusão no cálculo da dívida – Verba que não pode beneficiar quem não foi parte, tampouco patrocinou naquela demanda – Os juros remuneratórios não são devidos – Inexistência de previsão no título exequendo – Recurso provido, para os fins de desconstituir a r. sentença e julgar parcialmente procedente a impugnação ao cumprimento da sentença<sup>6</sup>.

Por fim, o fato de se ter a Fazenda Pública Estadual no polo passivo é de todo irrelevante, pois o dispositivo do Regimento Interno antes referido não qualifica, não adjetiva nem adverbialmente a fixação de competência quando se cuida de disputa sobre serviços bancários.

Trata-se de competência **ratione materiae** e **não ratione personae**, deduzida com base no pedido inicial, pouco importando a qualidade das partes.

Diante disso, procedente o conflito, dá-se fixação da competência, desde logo e de imediato, na C. 15ª Câmara de Direito Privado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040784-29.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTES AS CÂMARAS DA SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÕES DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. SALLES ROSSI.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

<sup>6</sup> Apelação nº 1007683-02.2017.8.26.0576, Relator Des. Carlos Alberto Lopes, 18ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 15/08/2017, Data de publicação: 15/08/2017.

**(Voto nº 30.857)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

MOACIR PERES, Relator

**Ementa:** CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO REGRESSIVA AJUIZADA POR COMPANHIA SEGURADORA EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA RESSARCIR A INDENIZAÇÃO PAGA POR DANOS CAUSADOS A EQUIPAMENTOS DE SOCIEDADE SEGURADA EM VIRTUDE DE SOBRECARGA DE ENERGIA ELÉTRICA – Competência firmada pelo pedido inicial, conforme dispõe o artigo 100 do RITJSP – Causa de pedir ligada ao direito de sub-rogação decorrente da má prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, em razão da existência de contrato de seguro – Competência de uma das Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (11ª a 38ª Câmaras), nos termos do artigo 5º, incisos II.9 e III.13 e § 1º, da Resolução nº 623/13. Conflito conhecido e provido para, contudo, determinar a remessa dos autos a nova distribuição para uma dentre as Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado.

**VOTO**

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público, figurando como suscitada a Colenda 8ª Câmara de Direito Privado (fls.

320/329).

Alfa Seguradora S/A ajuizou “ação regressiva de ressarcimento de danos” em face da Companhia Jaguari de Energia, pretendendo obter “a condenação da Ré ao pagamento da importância de R\$ 15.160,00 (quinze mil, cento e sessenta reais)” (fls. 30), referentes ao reembolso do que pagou a sociedade segurada, usuária do serviço de energia elétrica, a título de indenização contratual dos danos suportados em equipamentos em razão de sobrecarga de energia elétrica.

O MM. Juiz de Direito da 10ª da Vara Cível da Comarca da Capital julgou procedente a ação (fls. 208/215). O recurso de apelação interposto pela ré (fls. 244/262) foi distribuído livremente à C. 8ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (fls. 308).

Apreciando o apelo, o i. Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho entendeu que se trata de reparação de danos decorrentes de ilícito extracontratual atribuído a concessionária de serviço público, razão pela decidiu por não conhecer do apelo e determinar a distribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (fls. 310/314).

A 12ª Câmara de Direito Público, por sua vez, suscitou o conflito de competência. Observa que se trata de ação de regresso promovida por companhia seguradora em face de concessionária de fornecimento de energia elétrica para ressarcimento de despesas suportadas em virtude de indenização paga pelos danos nos equipamentos da segurada, cuja competência é de uma das Câmaras da Segunda ou Terceira Seções de Direito Privado (fls. 320/329).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com o reconhecimento da competência de uma das Câmaras das Subseções Segunda e Terceira de Direito Privado deste E. Tribunal para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 339/345).

É o relatório.

Como é cediço, diz o art. 103 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”.

Pretende a autora, por meio da presente ação, obter da concessionária de serviço público o ressarcimento dos valores pagos a título de indenização, decorrente de contrato de seguro, dos danos sofridos nos equipamentos da sociedade empresária segurada em virtude de sobrecarga de corrente elétrica.

Dessa forma, constata-se que o fundamento jurídico do pedido é o próprio direito de regresso da companhia seguradora decorrente da má prestação do referido serviço de fornecimento de energia elétrica. A responsabilidade objetiva da concessionária é ventilada apenas de forma reflexa, posto que embasadora da

responsabilidade civil da prestadora de serviço público perante o usuário.

A Resolução nº 623/2013, no § 1º do seu artigo 5º, define que “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.”

Além disso, o mesmo artigo 5º estipula que são da competência da Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, o julgamento das “ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com as matérias de competência da própria Subseção” (inciso II.9) e da Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, a competência para o julgamento das “ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção” (inciso III.13).

Desse modo, é da competência da Segunda e da Terceira Subseções da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal o julgamento das ações de responsabilidade civil relativas a prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica. Trata-se justamente da hipótese ora em análise.

E, como bem ressaltou a douta Procuradoria Geral de Justiça, “a ação regressiva com causa remota na relação de consumo, a qual tem por objeto a prestação satisfatória de serviço de fornecimento de energia elétrica, é matéria típica de direito privado” (fls. 344).

Recentemente, apreciando caso semelhante, assim decidiu, à unanimidade, este Colendo Órgão Especial, em acórdão relatado pelo Desembargador Álvaro Passos:

**COMPETÊNCIA RECURSAL Ação de regresso Ajuizamento com a pretensão de receber, da concessionária, reembolso do pagamento feito pela autora, como seguradora, a segurado, consistente nos prejuízos advindos de danos de equipamentos após oscilação brusca na rede elétrica Responsabilidade objetiva da prestadora que se apresenta de forma reflexa, já que o pedido inicial se pauta na sub-rogação da demandante nos direitos do segurado devido à alegada prestação de serviço de energia elétrica inadequada Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III Redistribuição Conflito procedente.**

[...]

Como se vê, o cerne da discussão é a pretensão de recebimento de reembolso dos valores que a autora teve de pagar ao segurado, conforme

*contrato de seguro firmado entre eles, em razão de danos causados a equipamentos após uma oscilação brusca da rede elétrica, tendo apenas como fundamento a prestação de serviço de energia elétrica pela concessionária, aqui ré.*

*Com efeito, não se trata diretamente de invocação de responsabilidade objetiva da concessionária, a qual se encontra de maneira reflexa no pleito por ele se basear em contrato de fornecimento entre o segurado e a concessionária e não em contrato entre a própria seguradora e a prestadora do serviço, mas sim de pretensão decorrente da sub-rogação da seguradora nos direitos advindos da alegada inadequação na prestação de serviço.*

*Nos termos da Resolução nº 623/2013, com alterações feitas pela Resolução nº 693/2015, a competência para julgar ações sobre “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”, conforme o disposto no § 1º do art. 5º, pertence às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Subseções II e III). Ademais, de acordo com o estabelecido no art. 5º, II.9 e III.13, será atribuição dessas câmaras o julgamento de ações de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matérias de competência da própria Subseção.*

[...]

*Entretanto, considerando-se que tanto a suscitante quanto a suscitada não se enquadram na previsão da competência recursal, o recurso deve ser redistribuído a uma das câmaras compreendidas entre as mencionadas 11ª e a 38ª de Direito Privado.*

*Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito, declarando-se competente uma das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III a conhecer e julgar a Apelação nº 0144468-05.2010.8.26.0100. (Conflito de competência n. 0010493-46.2017.8.26.0000 j. em 26.04.17 v.u.).*

No mesmo sentido:

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação regressiva ajuizada por companhia seguradora em face de concessionária de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica para ressarcimento de despesas que suportou para reparo de danos causados em equipamentos da segurada – Competência que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Responsabilidade objetiva da demandada de forma meramente reflexa, por se tratar de descumprimento do contrato de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, nos quais se subrogou em razão da execução do contrato de seguro Competência de uma dentre as Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Seções de Direito Privado (11 a 38ª Câmaras). Inteligência do artigo 5o, inciso**

**III, item III13, § 1º, da Resolução nº 623, de 6/11/2013 desta Corte. Conflito conhecido e provido para, entretanto, remeter os autos a nova distribuição para uma dentre as Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Seções de Direito Privado (11 a 38ª Câmaras).** (Conflito de competência n. 0054672-02.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Xavier de Aquino – j. em 7.12.16 – v.u.)

Todavia, no caso dos autos, nenhuma das Câmaras envolvidas no presente conflito negativo de competência é competente para a análise e o julgamento do presente recurso, de modo que o feito deve ser redistribuído a uma das Câmaras das Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, declarando competentes as Câmaras da Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal para conhecer e julgar o recurso, determinando-se a remessa dos autos para redistribuição a uma das mencionadas C. Câmaras.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045181-34.2017.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 31ª 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 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 29532/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.



São Paulo, 8 de novembro de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

**Ementa:** CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Controvérsia que envolve a pretensão de impor, à indústria farmacêutica demandada, obrigação de fornecer o medicamento indicado na inicial – Quadro que apresenta negócio de natureza de direito privado, ainda que a parte argumente, em seu requerimento, possuir os direitos constitucionais à vida e à saúde – Inexistência de envolvimento de ato administrativo e de requerimento em relação ao Poder Público – Relação jurídica de compra e venda – Competência recursal firmada de acordo com a matéria e o pedido do litígio – Competência preferencial das Câmaras da Subseção de Direito Privado III – Conflito precedente.

## VOTO

### Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 8ª Câmara de Direito Público sob o fundamento de que o pleito envolve negócio jurídico entre pessoa física e uma pessoa jurídica de direito privado com o objetivo de que seja determinada a obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamento, sem qualquer envolvimento da Administração Pública.

Foi interposto agravo de instrumento contra a r. decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer, indeferiu o pedido de tutela de urgência, sob o fundamento de que ausentes os requisitos legais para o imediato fornecimento do medicamento “fosfoetanolamina sintética”, assim como diante da suspensão da Lei nº 13.269/2016 e da ausência de registro da Anvisa.

O recurso foi distribuído, inicialmente, à 31ª Câmara de Direito Privado, que declinou de sua competência para uma das Câmaras da Seção de Direito Público, que, por sua vez, suscitou a presente dúvida.

### É o relatório do essencial.

O objeto da lide diz respeito à pretensão de impor, à demandada, obrigação de fornecer o medicamento “fosfoetanolamina sintética” para o tratamento da autora, mediante pagamento por meio de depósito judicial.

Assiste razão à Câmara suscitante.

É cediço que a definição de competência dentro do Tribunal de Justiça se dá pelo exame dos elementos da ação, observando-se, em especial, o pedido

e a causa de pedir. Nesta hipótese, o requerimento principal diz respeito ao recebimento de remédio da indústria farmacêutica demandada, de modo que se trata de pretensão ligada a uma relação entre particulares, de caráter privado e não público. Ainda que a parte tenha, em seus fundamentos, apresentado argumentos sobre os direitos constitucionais à saúde e à vida, não há pedido que envolva ato administrativo apto a deslocar a competência, que é fixada, como dito, pelo pedido e causa de pedir, que, no caso, é um negócio jurídico entre particulares.

De acordo com o art. 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*”.

Do pedido realizado pela interessada, verifica-se que, ainda que a causa esteja ligada aos direitos à vida e à saúde, a pretensão não diz respeito a qualquer obrigação do Estado para tanto, mas sim se discute a possibilidade de impor uma obrigação de fazer a um particular consistente na manipulação e venda de um medicamento, tratando, assim, de uma relação privada de compra e venda de tal produto.

Destarte, a hipótese vertente não engloba questão de direito administrativo e nem possui participação processual do Poder Público, ela abrange relação entre particulares pautada em normas de Direito Civil, daí porque se justifica a competência preferencial da Seção de Direito Privado desta E. Corte.

Nos termos da Resolução nº 623/2013, a competência para julgar “ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes”, conforme o art. 5º, III.14, pertence à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, previsão em que se enquadra o caso em apreço.

Sobre este tema, já se posicionou este C. Órgão Especial:

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA** – Ação de obrigação de fazer – julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2031449-49.2017.8.26.0000, visando obter o fornecimento gratuito do composto denominado Fosfoetanolamina sintética, necessário para o controle dos sintomas nefastos e da evolução de neoplasia maligna – Resolução n. 623/2013, art. 5º, inciso III e III.14 – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitada, 28ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de competência nº 0033522-28.2017.8.26.0000 – Cravinhos – Órgão Especial – Rel. Antonio Carlos Malheiros – J. 16/08/2017)

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA.** Agravo de instrumento tirado de ação de Obrigação de fazer proposta em face de empresa farmacêutica para manipulação e fornecimento de “fosfoetanolamina sintética”. Demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado, sem

a participação do Poder Público na lide – Pedido inicial fundado em relação jurídica de compra e venda – Competência que, consoante a Resolução 623, art. 5º, item III, inciso III.14 é da Terceira Seção de Direito Privado para julgamento do recurso. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 32ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0009067-96.2017.8.26.0000 – Cravinhos – Órgão Especial – Rel. Xavier de Aquino – J. 05/04/2017)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Obrigação de fazer – Produção e fornecimento do composto fosfoetanolamina sintética – Demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado, sem a participação do Poder Público na lide – Pedido inicial fundado em normas de direito civil que regem compra e venda – Inexistência de discussão fundada em regras de direito administrativo – Competência comum da Seção de Direito Privado para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 33ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0055200-36.2016.8.26.0000 – Cravinhos – Órgão Especial – Rel. Carlos Bueno – J. 01/02/2017)

Pelo exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2109865-31.2017.8.26.0000.

## CÂMARA ESPECIAL

### Agravos Internos

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 3000106-18.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada L.C.F. (MENOR).

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao agravo interno. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.487)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA. TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. CUSTEIO DE HOSPEDAGEM E ALIMENTAÇÃO. ASTREINTES.**

– 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).

– De julgado do STJ: “É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, *ex officio* ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer” (AgR no REsp 690.483; cf. ainda:

**REsp 1.063.902; AgR no REsp 963.416; AgR no REsp 950.725; REsp 898.260; AgR no Ag 773.576 – STJ).**

– O inciso I do § 1º do art. 537 do novo Código de Processo Civil reserva ao magistrado a prerrogativa de proceder à revisão da multa a qualquer tempo, não havendo formação de coisa julgada quanto a seu valor, de forma que, caso haja excessividade ou insuficiência da medida, o Juízo de origem pode modificá-la a fim de evitar que ela se torne fonte de enriquecimento ou que perca sua finalidade coercitiva.

– Não provimento ao agravo.

## VOTO

### **RELATÓRIO:**

1. A Fazenda do Estado de São Paulo manejou agravo interno contra a decisão monocrática que negou acolhida a seu agravo de instrumento, mantendo o r. *decisum* de origem que, nos autos de demanda de obrigação de fazer, ajuizada pela menor L.C.F., deferiu a tutela de urgência para que a ora recorrente e a Municipalidade de Araraquara custeiem a hospedagem e a alimentação da autora e de acompanhante para viabilizar seu tratamento no Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais – Centro de Pesquisas Audiológicas – CPA, localizado na cidade de Bauru, necessário em virtude de ser a ora agravada portadora de deficiência auditiva neurossensorial bilateral.

2. Com pleito de reconsideração do julgado ou a reapreciação do tema pelo órgão colegiado, reitera o agravante seus argumentos, alegando, em síntese, (i) ilegitimidade passiva *ad causam*; (ii) falta de prova da hipossuficiência da autora e da impossibilidade da realização do tratamento no Município em que reside a menor; (iii) caráter programático das normas constitucionais acerca do direito à saúde; (iv) ofensa aos princípios da separação dos poderes e da igualdade; (v) inadequação e inutilidade da multa cominatória para a espécie; e (vi) excessividade do montante fixado para as *astreintes*.

É o relatório do necessário.

### **VOTO:**

3. Destaca-se precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, versando acerca da disciplina das decisões monocráticas, a afirmar que a

“nova sistemática pretendeu desafogar as pautas dos tribunais, ao objetivo de que só sejam encaminhados à sessão de julgamento as ações e os recursos que de fato necessitem de decisão colegiada. Os demais – a grande maioria dos processos nos Tribunais – devem ser apreciados

o quanto e mais rápido possível. Destarte, ‘o recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em **confronto com súmula** ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’ devem ser julgados, por decisão una, pelo próprio relator, em homenagem aos tão perseguidos princípios da economia e da celeridade processual” (AgR no Ag 391.529 – STJ).

Averbe-se que a **colegialidade** recursória não configura categoria **substancial** da exigência da duplicidade de graus de recursos, certo que a previsão subconstitucional de decisões monocráticas preserva a possibilidade de juízo colegiado, ainda que diferido e conformado à provocação formal da parte.

Para mais, ainda que – *datum sed non concessum* – não coubera a decisão unipessoal na espécie, o juízo colegiado suplantara o óbice formal de sua suposta errônea prolação:

“A eventual infringência do disposto no art. 557, § 2º, do CPC, por parte do Relator que considerou manifestamente inadmissível o agravo, não subsiste à posterior apreciação da matéria pelo órgão colegiado” (REsp 801.415 – STJ).

Cumpre destacar que a matéria foi reproduzida pelos arts. 932 e 1.021 da Lei n. 13.105/2015 (de 16-3 – atual Cód.Proc.Civ.).

4. Concedeu-se a tutela antecipada na origem em virtude da presença de documentação médica noticiando diagnóstico de deficiência auditiva neurossensorial bilateral (CID H90.3) e a realização de duas cirurgias de implante coclear em março deste ano, bem como informando ser necessária a continuidade do tratamento no Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais – Centro de Pesquisas Audiológicas – CPA, localizado na cidade de Bauru (cf. e-págs. 27 e 30 – Médicos Eduardo Boaventura de Oliveira, CRM 137.450 e José Carlos Jorge, CRM 73.614).

Diante desse quadro, aponta-se a necessidade de as requeridas custearem alimentação e hospedagem para a suplicante e um acompanhante a fim de viabilizar a terapia a ser realizada em cidade diversa daquela em que reside a menor.

5. A pretensão da demanda referencial ampara-se na Portaria SAS n. 55/1999 do Sistema Único de Saúde e na Lei municipal n. 356/2014.

6. No âmbito da legislação infraconstitucional, após a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, 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” (inc. III do art. 5º),

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 deve atuar o Estado – segundo previdente planejamento – não podem marginalizar 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) –, 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.

7. E nesse quadro, 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).

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.

Nessa linha, admite-se a concessão de tutela jurisdicional – e a imposição de multa coercitiva – contra a Fazenda pública com o fim de assegurar a efetivação de garantias constitucionais, não prosperando a tese da inadequação e inutilidade das *astreintes* para a espécie.

8. Cumpre, ainda, observar que não se comprovou nos autos a existência, no município de Araraquara, de tratamento em hospital localizado na cidade capaz de suprir as necessidades da menor.

No domínio propício a um juízo **sumário**, tal o que corresponde às tutelas de urgência, não se pode exigir prova judiciária compatível com dilação instrutória exauriente. Todavia, o que se encontra nos autos põe em evidência a razoabilidade da r. decisão de primeiro grau, avistando-se, ademais, o *periculum in mora* com os riscos à saúde da menor.

Por evidente, a tutela sumária persevera *donec aliter provideatur*, de sorte que a todo o tempo no curso do processo – e, em rigor, mais além disso, por se tratar de matéria determinativa – o M. Juízo da Comarca poderá reavaliar a necessidade da internação em pauta.

Dessa maneira, sempre que as tutelas de urgência não apontem manifesta vulneração de seus requisitos, cabe prestigiar a decisão primigênia, até porque, de comum, mais acerbada das circunstâncias do fato objeto das demandas.

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.

9. O tema da igualdade ante a lei não pode passar à margem da consideração do tratamento diferenciado, segundo o exijam as circunstâncias, pena de converter-se a igualdade em uniformismo absoluto (cf. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 28-31), com que, em vez de igualdade, se estaria diante de simples igualitarismo, o que se torna extremadamente gráfico se se põe em tela, p.ex., a situação, na linguagem de Robert CHARVIN e Jean-Jacques SUEUR, do *homme em*

*souffrance* – nomeadamente os deficitários físicos e mentais (*Droits de l'homme et libertés de la personne*. 3. ed. Paris: Litec, 2000, p. 255 et sqq.).

10. A multa estatuída no § 1º do art. 536 do Código de Processo Civil – prevista também no § 4º do art. 461 do *Codex* processual de 1973 –, pode aplicar-se aos entes públicos enquanto parte processual, não a inibindo a normativa de regência. Nesse sentido, *brevitatis causa*:

“É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, ex officio ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer” (AgR no REsp 690.483 – STJ; cf. ainda: REsp 1.063.902 – STJ; AgR no REsp 963.416 – STJ; AgR no REsp 950.725 – STJ; REsp 898.260 – STJ; AgR no Ag 773.576 – STJ).

Essa multa tem como objetivo assegurar o cumprimento da obrigação principal, de forma que seu valor não pode ser irrisório tampouco exorbitante, sob pena de não compelir o requerido a observar a determinação judicial ou de ser mais vantajoso para o requerente receber a multa do que o bem inicialmente pleiteado.

Para tanto, o inciso I do § 1º do art. 537 do novo Código de Processo Civil reserva ao magistrado a prerrogativa de proceder à revisão da multa a qualquer tempo para manter sua finalidade coercitiva, não havendo formação de coisa julgada quanto ao seu valor, de forma que, caso futuramente verifique-se excessividade da medida, o Juízo de origem pode modificá-la a fim de evitar que a multa se torne fonte de enriquecimento.

Para a espécie, o M. Juízo de origem fixou a multa diária no valor de R\$ 400,00, até o limite de R\$ 4.000,00, montante que não afronta a razoabilidade, mostrando-se adequado para servir de estímulo ao cumprimento da obrigação a que se dirige.

11. Ressalta-se, por fim, em ordem ao questionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

Escoro-me, pois, nesses fundamentos, ora reiterados, para negar acolhida ao recurso.

**DO EXPOSTO**, nega-se provimento ao agravo interno manejado pela Fazenda do Estado de São Paulo nos autos de origem n. 1009002-70.2017 da Vara da Infância e da Juventude e do Idoso da Comarca de Araraquara.

É como voto.

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009988-37.2016.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DE V., é apelado E.O.F. (MENOR).

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, deram provimento ao recurso. Vencidos o Relator sorteado, que declara voto, e o 4º Juiz. Acórdão com o 3º Juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.726)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencido, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de setembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator Designado

**Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria demonstradas – Adolescente surpreendido 06 pinos de cocaína e 02 porções maconha – Firme e coerente depoimento do policial militar – Responsabilização de rigor – Recurso do Ministério Público – Aplicação da medida socioeducativa de internação – Acolhimento – Ato infracional análogo a crime equiparado aos tidos como hediondos – Tráfico de cocaína – Droga de alto poder lesivo – Adolescente beneficiado com 02 remissões anteriores que não o impediram de voltar a delinquir – Medida extrema adequada ao caso e necessária ao processo de reeducação e ressocialização do adolescente – Recurso ministerial provido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 137/141, que julgou procedente a representação oferecida contra E.O.F. e o submeteu à medida socioeducativa de liberdade assistida, por prazo indeterminado, c.c. prestação de serviços à comunidade, por 03 meses, pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Inconformado, recorreu o representante do Ministério Público postulando a internação do adolescente (fls. 146/155).

Apresentadas as contrarrazões defensivas (fls. 164/174), a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 177/180).

### É o relatório.

O reclamo comporta acolhimento.

Consta da representação que em (...), aproximadamente às (...), na Rua (...), esquina com a Av. (...), na cidade de (...), E.O.F. trazia consigo, para posterior entrega a consumo de terceiros, **02 porções de maconha e 06 invólucros plásticos contendo cocaína**, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade do ato infracional ficou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 06/08), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 09/10), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 12/15) e pelo exame químico toxicológico com resultado positivo para maconha e cocaína (fls. 89/92).

A autoria é incontroversa.

Repise-se que, apesar de negar os fatos alegando que as drogas que portava seriam destinadas a seu consumo pessoal, a versão apresentada por E.O.F. não convence, notadamente porque rechaçada pelo firme e coerente depoimento do policial militar R.L.F. que confirmou os fatos narrados na representação. Em suma, narrou que estava em patrulhamento de rotina quando avistou o adolescente que apresentou certo nervosismo ao visualizar a viatura. Em razão disso, foi abordado e com ele foram apreendidos 06 pinos de cocaína e 02 porções de maconha. Indagado, E.O.F. admitiu que as drogas seriam destinadas aos comércio espúrio (mídia digital).

Consequentemente, a responsabilização do adolescente era mesmo medida de rigor.

No tocante à medida socioeducativa, com a devida vênia, razão assiste ao representante do Ministério Público.

É porque, no meu entender, para o caso, a internação é a medida mais adequada a viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente.

Ressalte-se que E.O.F. foi responsabilizado pela prática de ato infracional

análogo ao delito de tráfico de entorpecentes, que é equiparado aos hediondos pela legislação infraconstitucional e que traz grande desassossego à nossa sociedade, pois além de ser praticado por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros delitos graves.

Não se pode perder de vista, também, que o adolescente foi surpreendido na posse de maconha, além de cocaína, droga altamente nociva de grande poder lesivo à Saúde Pública, o que torna a conduta praticada ainda mais gravosa e merecedora de maior rigor na resposta estatal.

Muito embora o adolescente seja tecnicamente primário, o fato é que ele já foi beneficiado com duas remissões, por porte de drogas; essas remissões, pondero, não foram suficientes para afastá-lo das condutas infracionais, o que nos permite concluir que a adoção de uma medida mais branda seria inócua.

Ademais, como bem salientado pelo representante do Ministério Público em suas razões de recurso: “(...) o próprio adolescente confirmou tanto na abordagem policial, quanto perante Autoridade Policial na presença de seu advogado, que o entorpecente apreendido se destinava à entrega ao consumo de terceiros, e que vendia cada pino de cocaína por R\$ 20,00 (vinte reais), e que o preço da maconha era negociado em cada caso.” (fl. 149).

Portanto, não há nos autos elementos a demonstrar que E.O.F. reúna condições de se recuperar sem ser submetido à internação, por meio da qual o adolescente receberá orientação especializada a fim de fazê-lo compreender a inadequação de sua conduta, bem como auxílio em seu processo de desenvolvimento pessoal para que não enverede, definitivamente, pelo caminho da criminalidade.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso apelação interposto pelo representante do **Ministério Público** para aplicar ao adolescente **E.O.F.** a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado. Comunique-se, com urgência.

## DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

### (Voto nº 43762)

Vistos.

Tributado o devido respeito à d. maioria, ousou divergir no tocante ao tratamento ressocializador adequado ao adolescente E.O.F., mantendo-se aquele adotado na origem.

Com efeito, o artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente reza que “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e

coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”, enquanto o artigo 121 do mesmo diploma legal estabelece, como princípios que regem a internação, a brevidade, a excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Destarte, para a devida avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa, é necessário que sejam observadas as suas condições pessoais, como se estuda ou se trabalha e se há histórico de envolvimento com outros atos infracionais, bem como suas condições familiares, em especial se a família é suficientemente estruturada e se tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização.

Pois bem.

No caso dos autos, apesar de o ato infracional imputado ao adolescente ser equiparado ao crime de tráfico de drogas, que é considerado grave, o representado é primário, pois recebeu remissão sem cumulação de medidas socioeducativas em outras passagens pela Vara da Infância e Juventude (fls. 21/23). Além disso, ele conta com núcleo familiar estruturado, uma vez que sua mãe já providenciou seu retorno a escola, de forma que, com a devida orientação, é capaz de mantê-lo afastado do convívio com a marginalidade, o que se depreende tanto da oitiva do adolescente, como da oitiva da genitora e de uma conhecida da família (fls. 133 e mídia digital).

Em suma, no presente caso, as condições pessoais do adolescente autorizam a imposição de medidas socioeducativas de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três meses, suficientes ao acompanhamento e à orientação do jovem, tanto mais se levando em conta o caráter excepcional da internação.

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

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, Relator sorteado vencido

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005731-93.2016.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que são apelantes J.S.B. e W.C., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CATANDUVA.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPD, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, deram provimento ao

recurso, vencidos a Relatora sorteada que declara voto e o 4º Juiz. Acórdão com o 2º Juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedor, LÍDIA CONCEIÇÃO, vencida, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator Designado

**Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. Apelação. Infração administrativa prevista no artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de controle da frequência escolar dos adolescentes. Conduta omissiva dos genitores que não restou suficientemente configurada no caso dos autos. Infração administrativa afastada. Ineficácia, ademais, da imposição de multa, diante da vulnerabilidade econômica dos pais. Improcedência da representação. Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 40/42, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de W.C. e J.S.B., aplicando aos representados a sanção administrativa consistente em três salários de referência, para cada um, nos termos do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inconformados, apelam os genitores (fls. 60/67), pugnando pela reforma da sentença. Sustentam que enfrentaram situações conjugais bastante adversas que culminaram na dissolução da união estável. Acrescentam que a genitora ajuizou ação de guarda. Esclarecem que, no primeiro semestre de 2016, época das faltas escolares que ensejaram a representação, os menores contraíram catapora e precisaram ficar afastados por 60 dias e, após, contraíram dengue, acarretando o afastamento escolar por mais 30 dias. Alegam que, superadas as turbulências, os menores retornam à rotina escolar, em setembro/2016. Invocam que não possuem condições de solver a multa, porquanto a genitora encontra-se



desempregada e o genitor recebe um salário mínimo. Pleiteiam o afastamento da multa, ou, a substituição da pena de multa por prestação de serviços à comunidade, ou, ainda, o pagamento em dez parcelas.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público a fls. 88/89.

A fls. 98/100, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

**É o relatório. DECIDO.**

### **O recurso comporta provimento.**

Para a caracterização da infração prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário que a conduta dos responsáveis (quem detenha o poder familiar ou a guarda do filho) seja omissiva, dolosa ou culposa, não sendo suficiente o simples fato de o menor não frequentar as aulas ou não ostentar rendimento escolar satisfatório.

In casu, não há como negar a evasão escolar dos menores L.B.B.C. e J.C.B.C. (fls. 03/14).

Todavia, não se pode deixar de considerar as turbulências relatadas pelos genitores: a dissolução da união estável, a ação de guarda movida pela genitora e, especialmente, as doenças contraídas pelos menores catapora e dengue.

No mais, verifica-se que os menores foram regularmente matriculados no ano letivo de 2017, consoante declaração de fls. 78/79.

Deste modo, não restou suficientemente configurada a conduta omissiva dos genitores, necessária à caracterização da infração prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em situação assemelhada, assim já foi decidido por esta Colenda Câmara Especial:

*APELAÇÃO – Infração administrativa – Evasão escolar – Descaso com a matrícula obrigatória e frequência escolar não evidenciados – Elementos de convencimento insuficientes à caracterização da infração administrativa imputada – Exegese do artigo 249 do ECA – Aplicação da multa indevida – Recurso provido. A configuração da infração administrativa (art. 249 do ECA) por abandono intelectual de menor, demanda comprovação inequívoca do descaso dos genitores em relação à frequência e acompanhamento escolar do filho, não caracterizado quando determinada a evasão escolar por circunstâncias alheias ao exercício mesmo do poder familiar. (Apelação nº 0001864-87.2011.8.26.0099 Bragança Paulista, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Luiz Antonio Ganzerla, julgado em 26/09/2011).*

Pondere-se, por fim, que a vulnerabilidade econômica dos genitores

demonstra ser inexecutável a multa aplicada, de modo que, para além da medida se mostrar ineficaz e incapaz de determinar a reinserção da jovem nos estudos, ainda prejudicaria o sustento de sua família.

Por conseguinte, não merece prevalecer a condenação pela infração administrativa tipificada no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser afastada a multa aplicada.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para o fim de afastar a condenação na pena de multa.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 12.196)**

O relatório do voto proferido pelo Exmo. Desembargador Relator Designado fica adotado.

Divergi da maioria da Douta Turma Julgadora porque, pelo meu voto, negava provimento ao apelo dos réus.

Isso porque reconheci que os representados, ora apelantes, embora pessoalmente citados (fls. 24 e 36/37), deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defesa (fls. 38/39). Em consequência, incidindo os efeitos da revelia no caso em testilha (artigo 344 do Código de Processo Civil), de modo que a conclusão assentada em Primeira Instância, ao julgar procedente o pedido formulado na representação (fls. 40/42), dado que reputadas **verdadeiras as alegações dos fatos** afirmados na petição inicial e que ensejariam a aplicação da sanção elencada pelo artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in casu*, o descumprimento, pelos apelantes, dos deveres inerentes ao poder familiar, mereceria subsistir.

Aferi que, ao contrário do sustentado nas razões recursais, a prova coligida nos autos apontou, **clara e inequivocamente**, a conduta negligente e desidiosa dos genitores na criação e educação direcionadas aos filhos, sem a tomada de quaisquer medidas pertinentes à interrupção da situação de evasão escolar em que estavam inseridos (artigos 101, inciso III e 129, inciso V, da lei nº 8.069/90).

Ademais, os apelantes não demonstraram em tempo oportuno a existência de quaisquer **situações excepcionais** a justificar a baixa frequência escolar dos filhos na instituição de ensino (fls. 03/14), muito menos seu efetivo comprometimento em velar pela matrícula e frequência obrigatória das crianças em estabelecimento de ensino, bem como seu aproveitamento escolar, inobstante as diversas e insistentes intervenções do Conselho Tutelar local.

Ao contrário, vislumbrei, *in casu*, a violação ao exercício do poder familiar titulado pelos representados-genitores, em razão da conduta manifestada pelos

apelantes com relação aos filhos, na época crianças com apenas 07 e 10 anos de idade e que se caracterizaria pela absoluta falta de interesse, incentivo e de estímulo dos genitores ao processo de aprendizagem dos menores, omitindo-se na tarefa de proporcionarem às crianças educação, bem como não permitindo que os menores se interessem pelo processo educacional. E a idade tenra das crianças não permitira considerar resistência destes ou atuação inadequada dos menores que pudesse inviabilizar a obrigação dos pais no zelo pela educação dos filhos menores.

Afora isso, reconheci que a suposta adversidade da situação conjugal dos apelantes é circunstância que, *in casu*, não se afiguraria como justa causa e/ou “evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (artigo 223, § 1º, do Código de Processo Civil). Referida circunstância, aliás, muito menos induziria ao afastamento, ainda que temporário, de seus deveres/obrigações e responsabilidades enquanto detentores do poder familiar sobre os filhos, sob pena de sobrelevar a questão matrimonial dos apelantes em detrimento dos interesses das crianças, que são superiores aos de seus genitores.

E, quanto a alegada enfermidade que supostamente acometeram os filhos à época (dengue e catapora), no meu sentir, trata-se de singela ilação desacompanhada de quaisquer indícios de prova, v.g. atestados/receituários médicos), que não careceria de nenhuma relevância ao deslinde do feito.

Destarte, em razão do descumprimento, ainda que de maneira culposa, dos deveres inerentes ao poder familiar exercido pelos genitores (artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.634, inciso I, do Código Civil) aos seus filhos L.B.B.C. e J.C.B.C., entendi pela fixação da penalidade elencada pelo artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme decidido em Primeiro Grau, fixada na origem pelo valor mínimo legal. Anotei, finalmente, que os pedidos de comutação da penalidade ou do parcelamento da multa, conforme deduzido subsidiariamente pelos apelantes, careceria de amparo legal, não correspondendo a sanção imposta pela prática da infração administrativa em comento.

Ante o exposto, e com a devida vênia da Douta maioria da Turma Julgadora, pelo meu voto, **NEGAVA PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação.

LÍDIA CONCEIÇÃO, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

## Conflitos de Competência

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0043065-55.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE NOSSA SENHORA DO Ó, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE NOSSA SENHORA DO Ó.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM PROCEDENTE o presente conflito negativo de competência para declarar competente para ambas as ações, de embargos à execução e declaratória, o Juízo suscitado, da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 43.384**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**Ementa: Conflito negativo de competência. Ações de embargos à execução e revisional do contrato exequendo. Reunião dos feitos. Necessidade. Risco de serem prolatadas decisões conflitantes. Súmula 72 do TJSP. Jurisprudência pacífica desta Colenda Câmara Especial. Juízo prevento. Código de Processo Civil de 1973. Diploma legal aplicável à espécie. Juízo suscitado quem proferiu o primeiro despacho positivo, determinado a citação. Inteligência do art. 106 daquele diploma legal. Procedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado, da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó para processar e julgar ambos os feitos.**

### VOTO

Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela MM. Juíza

da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó em face de decisão proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó, nos autos dos embargos à execução interpostos por Jaguar Academia Ltda. contra Gosvip Serviço de Portaria Ltda. – EPP.

Afirma a suscitante competir o processamento e julgamento da ação à suscitada porque, a despeito da conexão entre os presentes embargos e a ação revisional de contrato (que tramita sob a sua égide), a prevenção, no caso, deve obedecer a regra prevista no art. 106 do Código de Processo Civil de 1973, diploma legal aplicável à espécie. Sustenta, assim, a prevenção da suscitada, por ter sido ela quem proferiu o primeiro despacho positivo, nos autos do processo de execução vinculado aos embargos em discussão.

Foi designado o Juízo suscitado para decidir as questões urgentes (fls. 22/23).

### **É o relatório.**

Está configurado o conflito negativo de competência nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não discutem as ilustres Magistradas a existência de conexão entre os Embargos à Execução nº 1009627-29.2015 e a Ação Revisional de Contrato nº 1012849-39.2014, entendimento este que encontra pleno respaldo na jurisprudência desta Colenda Câmara Especial.

Nesse sentido dispõe a Súmula 72 desta Corte de Justiça:

**“Há conexão entre ação declaratória e executiva fundadas no mesmo título”**

Sobre a matéria, confirmam-se ainda os seguintes julgados:

**“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXISTÊNCIA DE CONEXÃO COM A DEMANDA DECLARATÓRIA EM QUE SE PRETENDE A DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO – JUÍZOS DA MESMA BASE TERRITORIAL – COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO – CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE PARA O FIM DE FIXÁ-LA JUNTO AO D. JUÍZO SUSCITADO”** (Conflito de Competência nº 0209114-28.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Artur Marques, Presidente da Seção de Direito Privado)

**“CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS CUMULADA COM COBRANÇA, COMPENSAÇÃO DE VALORES E PERDAS E DANOS EM CONEXÃO COM EMBARGOS DO DEVEDOR – MESMA COMPETÊNCIA TERRITORIAL – FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA COMO DECORRÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE DESPACHOU EM PRIMEIRO LUGAR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 106 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO”** (Conflito de Competência nº 0199644-70.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Eros

Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Cabe, portanto, verificar qual o Juízo prevento para conhecer de ambos os pedidos.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

O diploma aplicável à espécie é o Código de Processo Civil de 1973, pois, as ambas as ações, executória e revisional, foram interpostas no ano de 2014, ou seja, sob a égide do Código de Processo Civil revogado.

E como se verifica do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, foi o Juízo suscitado quem proferiu o primeiro despacho positivo nos autos, no dia 1º de junho de 2015, determinando a citação do réu para o processo de execução. O suscitante ordenou a citação, na ação revisional, apenas alguns meses depois, em 11 de novembro de 2015.

Assim, tendo a i. Magistrada suscitada determinado a citação em primeiro lugar, ela tornou-se preventa para conhecer de ambas as ações, de acordo com o que estabelecia o art. 106 do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido:

**“Conflito negativo de competência. Ação de reintegração de posse. Ação de obrigação de fazer. Conexão. Reconhecimento. Identidade de partes e causa de pedir remota. Competência definida pelo juízo que proferiu o primeiro despacho positivo, determinando a citação. Aplicação dos artigos 103 e 106 do Código de Processo Civil. Conflito procedente. Competência do suscitado.”** (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0267770-12.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Tristão Ribeiro, j. 1º/04/2013).

No mesmo sentido:

**“CONFLITO NEGATIVO – Pedidos declaratório de inexistência de débito e de busca e apreensão entre as mesmas partes, em pólos invertidos – Conexão das demandas – Partes e causa de pedir iguais – Possibilidade de decisões conflitantes – Juízos com a mesma competência territorial – Prevenção daquele que despachou em primeiro lugar, nos termos do art. 106 do CPC – Conflito julgado procedente – Competência do Juízo suscitado.”** (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 990.10.139466-9, Rel. Des. Maria Olivia Alves, j. 25/10/2010).

Ante o exposto, meu voto **JULGA PROCEDENTE** o presente conflito negativo de competência para declarar competente para ambas as ações, de embargos à execução e declaratória, o Juízo suscitado, da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040069-84.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE SANTOS.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.724)**

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, 23 de outubro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

**Ementa: Conflito de Competência – Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano material e moral em face da Telefônica Brasil S.A. Relação de Consumo. Escolha aleatória do Juízo. Demanda proposta em Comarca diversa daquela do domicílio das partes e sem qualquer relação com a causa – Situação excepcional que autoriza o juiz natural a declinar da competência, ainda que relativa – Precedentes desta Câmara Especial – Competência reconhecida à 10ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitante.**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência arguido pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de Santos, ora suscitado, nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano material e moral ajuizada por Cipriano Salvetti EPP em face da Telefônica Brasil S.A. Alega o MM. Juízo suscitante, em suma, que por se tratar de competência relativa, o MM. Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Santos, para o qual o feito foi distribuído livremente, não poderia ter declinado *ex officio* (fls. 2/3vº).

O MM. Juízo suscitado, por sua vez, argui que o endereço do réu é a regra



geral de competência, razão pela qual, determinou a redistribuição do feito (fl. 13).

Cumprе ressaltar, outrossim, que o autor é domiciliado na cidade de São Sebastião, e optou ajuizar a ação no Foro da Comarca de Santos, tendo em vista ser a residência do representante da Requerente (fls. 19<sup>v</sup>º e 20).

Neste segundo grau de jurisdição, designou-se o MM. Juízo suscitante para apreciar e resolver medidas urgentes (fl. 18) e, nesta instância, deixou de se manifestar a D. Procuradoria de Justiça nos termos do artigo 178 e 951, parágrafo único, ambos do CPC (fl. 21).

É o breve 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 Novo Código de Processo Civil).

Assiste razão ao Juízo suscitado.

Respeitadas as razões alegadas pelo nobre Juízo suscitante, é ele o competente para conhecer e julgar o feito ora em questão.

Como é cediço, em regra, veda-se ao magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, em face de sua natureza relativa, tal como estabelecido pela Súmula nº 33, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Também é verdade que, em situações peculiares, como no caso presente, permite-se ao Juiz declinar da competência, ainda que seja ela relativa.

Com efeito, a autora, sem explicitar seus motivos, propôs a ação na Comarca de Santos, que não é o endereço de seu domicílio (Boraceia – São Sebastião) e tampouco o da sede da ré (São Paulo), permitindo, assim, que o Juízo suscitado, em preservação às normas processuais, declinasse de sua competência de ofício e determinasse o encaminhamento dos autos à Comarca de Santo Amaro, local onde estabelecido o endereço da requerente.

Se verdadeiro é, como expende o ilustre jurista Cândido Rangel Dinamarco, não ser admissível que o Juiz somente dê prosseguimento à causa depois de, no momento inicial, fiscalizando espontaneamente a competência, não a tenha recusado, também o é que, sem a mínima demonstração de ser o Juiz constitucional da demanda, pode este declinar da competência, independentemente de provocação.

Assim, temos duas regras em confronto: a que nega, em qualquer hipótese, possa o Magistrado declinar de competência relativa e a que lhe impõe um mínimo de verificação, para efeito de reconhecimento de ser ele o Juiz natural, e poder, em consequência, declinar, de ofício, da competência.

Nesse sentido: *'Agravо de Instrumento. Contrato de mútuo bancário. Ação revisional. Declinação de ofício, com determinação de remessa dos autos ao foro do domicílio do consumidor demandante. Hipótese em que nenhuma*

das partes é domiciliada na comarca em que ajuizada a demanda, local em que situado o escritório do advogado do autor. Quadro evidenciado que a escolha do local da propositura da ação se fez segundo a pura conveniência do causídico. Inadmissibilidade. Acertada, nas circunstâncias, a declinação da competência de ofício. Inteligência do art. 125, III, do CPC. Precedente do STJ. O processo é instrumento ético (CPC, art. 14, II) e a administração da Justiça é tema também sério, não podendo ficar ao sabor dos litigantes, menos ainda da conveniência do advogado da parte. Por isso que a propositura da demanda em foro diverso daquele ditado pelas regras de competência, ainda que de cunho territorial, escolha fundada no comodismo do advogado do autor, é algo que afronta às escâncaras a dignidade da Justiça. Um dos poderes-deveres do juiz é, justamente, 'prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça' (CPC, art. 125, III). Tal dispositivo representa, em verdade, o fundamento legal para acertada declinação da competência na situação dos autos. Agravo a que se nega provimento' (CC nº 0155264-93.2012.8.26.0000); 'Ainda que a competência territorial seja relativa, ela guarda aspectos de ordem pública, vedada a má-fé e a irrestrita discricionariedade, devendo ser respeitado o princípio constitucional do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal)' (AI nº 0063553-70.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Antonio Nascimento); 'Conflito negativo de competência. Ação promovida por servidora pública com escopo de condenar a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento da sexta-parte de seus vencimentos integrais – Demanda proposta em Comarca diversa daquela do domicílio da autora e sem qualquer relação com a causa, fazendo presumir mera conveniência da parte – Escolha do causídico alheada às regras de determinação de competência fixadas na lei processual civil – Situação peculiar a permitir que o juiz natural possa declinar da competência, ainda que relativa, independentemente de provocação – Precedentes – Conflito julgado procedente para reconhecer a competência do Juízo suscitante para processar e julgar o feito' (Conflito de Competência nº 0156089-03.2013.8.26.0000, Relator Walter de Almeida Guilherme).

De fato, vem ganhando força a corrente que autoriza ao Juiz, desde que constatada infringência manifesta à ordem legal, declinar de sua competência. Dito posicionamento tem origem no Código de Defesa do Consumidor que, para alguns teria derogado a Súmula nº 33 do STJ (cf. LIMA, Fábio Eugênio D. Oliveira, in "A Competência Relativa e sua Declaração de Ofício", Revista da Esmape, Recife, 1997. Vol. 2, nº 4, p. 204-221).

Nesse passo, oportuna a menção de que no presente caso, trata-se de relação de consumo, questão relevante que não pode ser olvidada, submetida às regras de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor, nos exatos termos dos arts. 2º, 3º e 29, desse diploma legal.

Assim, com o advento do CDC e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, restou mitigada a natureza privatística do processo. Nessas

demandas em que o consumidor tem o direito à facilitação de sua demanda, possível é o reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, desde que manifesta.

Pelo exposto, julga-se procedente o presente conflito e declara-se **competente o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro**, ora suscitante, para processar e julgar a demanda.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0044348-16.2017.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE POÁ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SANTOS.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito para declarar competente o Juízo Suscitante. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.900)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e JOÃO CARLOS SALETTI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

**Ementa: Conflito de Competência – ação de busca e apreensão e ação revisional de contrato – conexão entre as demandas reconhecida – incidência do artigo 55 do Código de Processo Civil – reunião dos feitos – risco de decisões conflitantes – fixação da competência prevista no artigo 59 do CPC – prevenção estabelecida a partir da distribuição – reconhecimento da incompetência pelo Juízo suscitado antes do julgamento da ação precedente – hipótese que não autoriza a incidência do artigo 55, § 1º do CPC e da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça – subsistência do vínculo entre as demandas, já reunidas no momento da sentença – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MM<sup>a</sup>. Juíza da 1<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Poá, em face do MM. Juiz da 4<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Santos, nos autos da ação de busca e apreensão ajuizada por Banco Itaucard S/A contra Tatiane Gomes de Souza.

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, o Banco Itaucard S/A ajuizou ação de busca e apreensão com pedido liminar contra Tatiane Gomes de Souza (fls. 03/05).

A distribuição originária contemplou o Juízo da 4<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Santos, que, acolhendo a preliminar de contestação (fls. 09/10), reconheceu a existência de conexão e determinou o encaminhamento do feito à 1<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Poá, foro em que tramita ação revisional de cláusulas contratuais, ajuizada pela ré contra o Banco Itaucard (fls. 05 verso/06).

Discordando desse entendimento, o Juízo tido como prevento suscitou o presente conflito, sob o argumento de que não há, de acordo com a jurisprudência majoritária, conexão entre as duas ações, além de declarar que a ação revisional já fora extinta por sentença (fls. 02/03).

Sem razão, contudo.

Na hipótese em debate, as demandas referem-se a relações interdependentes que se amoldam à previsão do artigo 55, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual *“reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”*.

O § 3º do supramencionado dispositivo, por sua vez, reforça a reunião dos processos, mesmo que não se reconheça a conexão:

***“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”***.

Note-se que a ação de busca e apreensão visa à recuperação do bem dado em garantia, em virtude do inadimplemento da devedora. Na ação revisional pleiteia-se o reexame das cláusulas contratuais referentes ao financiamento do bem em questão.

Assim, inegável a vinculação entre as demandas a recomendar a reunião para julgamento conjunto, evitando-se decisões conflitantes.

Em casos semelhantes, é este o entendimento desta Câmara Especial:

***“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação revisional de contrato de financiamento de veículo e ação de busca e apreensão – Identidade de partes, em polos inversos, e de causa de pedir remota,***

***já que em ambas as ações se discutem questões relacionadas à mesma relação contratual – Conexão configurada – Necessidade de reunião dos processos para julgamento conjunto, para efeito de economia processual e para evitar decisões conflitantes – Fixação da competência do Juízo ao qual foi distribuída a primeira ação – Conflito julgado precedente, declarando-se a competência do Juízo suscitado (3ª Vara Cível de Bragança Paulista)” (Conflito de Competência nº 0027084-83.2017.8.26.0000, Relator Juiz Substituto em Segundo Grau Renato Genzani Filho, j. em 07/08/2017, v.u.).***

***“Conflito negativo de competência. Ação revisional de contrato de financiamento para aquisição de veículo e ação de busca e apreensão. Identidade de partes e de causa de pedir remota. Risco de que sejam proferidas decisões conflitantes. Conexão reconhecida. Prevenção do Juízo da 2ª Vara Judicial de Várzea Paulista, para o qual foi primeiramente distribuída a ação, no caso, revisional de contrato. Inteligência dos artigos 55, caput e § 1º e 59, todos do Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte. Conflito julgado precedente para declarar competente o Juízo suscitante, da 2ª Vara Judicial de Várzea Paulista” (Conflito de Competência nº 0020062-71.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Salles Abreu, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. em 24/07/2017, v.u.).***

Nesse contexto, a regra prevista no artigo 59 do Código de Processo Civil determina a prevenção do Juízo suscitante, uma vez que a lide em que se discute a revisão das cláusulas do contrato de financiamento de veículo (processo nº 1004823-16.2016.8.26.0462) precede a ação de busca e apreensão deste mesmo bem automotor.

Importante, nesse ponto, ressaltar a inaplicabilidade do disposto no § 1º do artigo 55 do CPC, bem como na Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça à hipótese em tela.

Isso porque, conforme se observa, o despacho exarado pelo Juízo suscitado, que determinou o deslocamento da competência no processo que originou o conflito (fls. 06), é anterior à decisão extintiva proferida na ação revisional de contrato (fls. 45).

Desse modo, diante da ordem dos fatos, a reunião dos processos foi promovida antes de um deles ser julgado, circunstância que torna incontestável a subsistência do vínculo entre as demandas, já sedimentada no momento de prolação da sentença no processo precedente.

Do exposto, julga-se precedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, 1ª Vara Cível da Comarca de Poá.

## Conflitos de Jurisdição

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0027137-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO VICENTE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito para declarar competente o Juízo Suscitado. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.750)**

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, 23 de outubro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

**Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – apuração de dois crimes de roubo praticados em sequência mediante concurso dos mesmos agentes – consumação em Comarcas distintas – hipótese de conexão, prevista no artigo 76, III, do CPP – provas em comum que influem na comprovação de ambos – competência que se define pela regra do artigo 78, II, “a”, do mesmo diploma, segundo a qual os autos devem ser processados no Juízo correspondente ao local do delito mais grave – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.**

### VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente em face do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, que versa sobre a competência para processamento de ação penal decorrente da instauração de inquérito policial, no qual é apurada a prática por Kevin Alves de Lima e demais agentes de dois

crimes de roubo, o primeiro com restrição da liberdade da vítima.

Alega o suscitante que não praticou nenhum ato decisório apto a justificar a prevenção da Comarca de São Vicente, aplicando-se ao caso a regra de conexão do artigo 78, II, do Código de Processo Penal, segundo a qual havendo concurso de jurisdição prepondera a do lugar da infração mais grave (fls. 55/58).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela declaração de competência do Juízo suscitado (fls. 75/78).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que ambos os Juízos manifestaram a incompetência para atuar no feito.

Como se observa pela documentação dos autos, o inquérito policial apurou a prática de dois crimes de roubo cometidos em sequência. No primeiro, nos limites da Praia Grande, três indivíduos teriam abordado o motorista de um caminhão, insinuando portar arma de fogo. Dois embarcaram no veículo e mantiveram a vítima consigo, dirigindo até uma estrada de terra em São Vicente, onde renderam a segunda vítima, que estava em uma motocicleta, e um deles fugiu na condução do bem subtraído, deixando no local o comparsa Kevin, que logo após foi apreendido.

Dado que a prisão em flagrante se efetivou em São Vicente, os autos foram distribuídos à 3ª Vara Criminal da Comarca, sendo determinada a remessa à Praia Grande pelo MM. Juiz (fls. 32), que acolheu parecer do Ministério Público indicando que lá se consumou o crime (fls. 31).

Contemplado pela redistribuição, o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal devolveu os autos, sob o argumento de que a hipótese é de conexão instrumental, já que servindo as provas para ambas as infrações, firma-se a competência pela prevenção (fls. 41).

Discordando da recusa, no mesmo ato em que converteu a prisão em flagrante em preventiva, o Juízo da 3ª Vara Criminal de São Vicente suscitou o presente conflito (fls.).

Com razão o suscitante.

É evidente a conexão entre os delitos apurados. Isso porque a prova de cada crime influi na comprovação de ambos, configurando o disposto no artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal.

Posto isso, na espécie, a competência para processamento se define pelo artigo 78, inciso II, “a”, do diploma mencionado:

**“Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:**

**(...)**



**II – no concurso de jurisdições da mesma categoria:****a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;”**

Visto que o crime mais grave se consumou na Comarca de Praia Grande, onde o roubo foi cometido com restrição da liberdade da vítima, o respectivo Juízo é o competente.

Ressalta-se, ainda, que, incidindo norma específica que rege o processamento do feito, não há que se falar em prevenção do Juízo de São Vicente.

Confrimam-se julgados no mesmo sentido:

**“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Inquérito policial para apurar delito de estelionato, lavagem de dinheiro e/ou crimes contra economia popular (pirâmide financeira) – Vítimas em diferentes cidades do território nacional – Exegese do inc. II do art. 78 do Cód. Pr.Pen. – Competência fixada de acordo com a infração que comina a pena mais grave – Precedentes da Câmara Especial. Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir na espécie”** (Conflito de Jurisdição nº 0045463-09.2016.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Dip, Presidente da Seção de Direito Público, j. 24/07/2017, v.u.).

**“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Varas Criminais de Praia Grande e São Vicente. Denúncia de crime de receptação na comarca de São Vicente conexa com denúncia de crime de roubo majorado em Praia Grande. Aplicabilidade da conexão intersubjetiva por concurso (artigo 76, I do Código de Processo Penal). Competência do juízo do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave (artigo 78, II, a do Código Penal). Conflito precedente. Competência do Juízo Suscitante”** (Conflito de Jurisdição nº 0033525-17.2016.8.26.0000, Relatora Juíza Substituta em Segundo Grau Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 13/03/2017, v.u.).

Do exposto, configurado o conflito de jurisdição, declara-se competente o Juízo suscitado, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0026610-15.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE GUARULHOS.

**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 30.646)**

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, 23 de outubro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

**Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Queixa-Crime. Inicial que aponta a prática das infrações penais de difamação e injúria previstas nos artigos 139, 140 “caput” e § 2º, combinados com o artigo 141, III, todas do Código Penal. Em que pese tratar-se de figuras típicas consideradas individualmente de menor potencial ofensivo, tem-se que a competência deve ser firmada pela somatória das penas máximas em abstrato. Exegese da Súmula nº 82 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Precedentes. Competência do Juízo suscitante, ou seja, 2ª Vara Criminal de Guarulhos.**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal em face do MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal, ambos da Comarca de Guarulhos, com o fim de definir o Juízo competente para dar prosseguimento da queixa-crime ajuizada por Joana D’Arc Aparecida contra Ana Cristina Bonifácio da Silva no que concerne à alegada prática dos delitos descritos nos artigos 139, 140, “caput” e 140, § 2º, combinados com o artigo 141, III, todos do Código Penal.

Entende o Juízo suscitante que por se tratar de delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, cujo somatório de penas ultrapassa 2 (dois) anos, afastada será a competência do Juizado Especial (fl. 8).

O Juízo suscitado, por seu turno, sustenta que, independente da cominação exposta na queixa-crime, da leitura da peça inicial e de seus documentos, vislumbra-se tão somente a prática do crime de injúria, por suposta ofensa à dignidade da querelante pela querelada, a ser processado e julgado pela Justiça Especializada. Alega, nada obstante, que ainda que se tratar de concurso material, a competência continuaria sendo do Juizado Especial, nos exatos termos do

Enunciado Criminal 120 do FONAJE (FLS. 37 e vº).

Adveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando às fls. 14/19.

É o relatório.

Configurado está o conflito negativo de jurisdição, uma vez que os Juízos suscitante e suscitado negam ter competência para o julgamento do feito.

*In casu*, cinge-se a controvérsia acerca do Juízo competente para processar e julgar queixa-crime em razão da suposta prática dos delitos previstos nos artigos 139, 140, “caput” e 140, § 2º, combinados com o artigo 141, III, todos do Código Penal.

Por se cuidar, na prática, de condutas consideradas de menor potencial ofensivo, cuja soma de penas máximas em abstrato ultrapassa o limite de dois anos, impõe-se aplicar no caso o disposto na Súmula 82 deste E. Tribunal de Justiça:

“Compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95”.

Nesse sentido, aliás:

*“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Queixa-crime pela prática de crimes de calúnia e difamação. Competência fixada com base na imputação contida na inicial acusatória. Impossibilidade de análise prévia da viabilidade da ação penal quanto a algum dos crimes ou causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Concurso de crimes. Competência fixada a partir da somatória das penas máximas em abstrato. Inteligência da Súmula 82 do TJSP. Conflito conhecido para declarar a competência da 2ª Vara Criminal de Assis (suscitante)”* (Conflito de jurisdição nº 0008135-45.2016.8.26.0000, Rel. Des. Salles Abreu, j.8.8.2016).

*“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Queixa-crime promovida para apuração dos crimes de calúnia, difamação e injúria. Juízo suscitado que determina a redistribuição dos autos para o Juizado Especial Criminal. Impossibilidade. Competência firmada pela somatória das penas máximas em abstrato dos delitos. Inteligência da súmula 82 deste Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 4ª Vara Criminal da Capital, ora suscitado”* (Conflito de jurisdição nº 0054520-85.2015.8.26.0000, Rel. Dr. Issa Ahmed, j.9.5.2016).

*“Conflito Negativo de Jurisdição. Vara Criminal e Juizado Especial Criminal. Crimes de calúnia, difamação e injúria, supostamente ocorridos por meio de publicações em rede social (facebook). Diligências de relevante complexidade incompatíveis com os procedimentos que tramitam nos Juizados Especiais Criminais. Artigo 77, § 2º da Lei nº 9.099/95. Somatória das penas máximas que supera a limitação de 02*

anos prevista pelo artigo 61 da lei dos Juizados Especiais. Súmula 82 do TJSP. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 4ª Vara Criminal de Campinas” (Conflito de jurisdição nº 0014550-10.2017.8.26.0000, Rel. Dra. Lídia Conceição, j.7.8.2017).

Ante o exposto, julga-se **procedente** o conflito negativo de jurisdição, para declarar competente o Juízo Suscitante para processar e julgar a queixa-crime em comento.

## **Habeas Corpus**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2176027-08.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente P.P.L.S.

**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 45581)**

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, 23 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

**Ementa: HABEAS CORPUS. Estatuto da Criança e do Adolescente. Execução de medida socioeducativa. Semiliberdade. Descumprimento. Expedição de mandado de busca e apreensão para oitiva do adolescente. Possibilidade. Intuito único de viabilizar a oitiva do adolescente para que ele possa manifestar-se em juízo acerca do descumprimento da medida aplicada. Intervenção que preserva seu superior interesse. Hipótese em que não determinada a internação-sanção do paciente. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de P.P.L.S., sob a alegação de que o adolescente está na iminência de sofrer constrangimento ilegal de parte do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Comarca de São Paulo, em razão da expedição de mandado de busca e apreensão para que ele seja apresentado em juízo para oitiva em audiência, a fim de que possa justificar o descumprimento da medida socioeducativa que lhe foi imposta (semiliberdade).

Sustenta a impetrante, em suma, ocorrência de violação aos princípios ampla defesa e do contraditório, bem como contrariedade à Súmula 265, do Superior Tribunal de Justiça e Resolução 165/12, do Conselho Nacional de Justiça, por ser vedada a expedição de mandado de busca e apreensão sem a realização da prévia oitiva do adolescente e sem que estejam presentes os requisitos indispensáveis à decretação da internação-sanção, enfatizando que o endereço do paciente é conhecido. Aduz que o não cumprimento da medida socioeducativa deve ensejar apenas a expedição de mandado de condução coercitiva, conforme artigo 187 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Requer, assim, a concessão de liminar a fim de que seja recolhido o mandado de busca e apreensão, suspendendo-se a decisão até julgamento do *writ* e, ao final, seja concedida a ordem, revogando-se a medida socioeducativa ou, subsidiariamente, seja cassada a decisão que ordenou ilegalmente a busca e apreensão, designando-se audiência para oitiva do adolescente com intimação pessoal.

Processado sem liminar (fls. 125/126), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 132/134).

### **É o relatório.**

Inexiste patente ilegalidade na r. decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão do adolescente, eis que suficientemente fundamentada.

Com efeito, é dos autos que o paciente foi inserido em medida de semiliberdade e saiu da unidade com autorização de visita familiar, não mais retornando (fls. 105/106). Está descumprindo, portanto, a medida socioeducativa a ele imposta.

Nesse cenário, o Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude determinou a expedição de mandado de busca e apreensão a fim de viabilizar a oitiva do adolescente, justamente para que ele tenha a oportunidade de se manifestar acerca do descumprimento da medida socioeducativa aplicada

(fls. 115/116), providência que não caracteriza, portanto, constrangimento ilegal.

Em verdade, a ordem de busca e apreensão, de caráter nitidamente instrumental, a fazer as vezes de autêntica condução coercitiva, viabiliza a instauração do contraditório, enquanto medida imprescindível à observância do devido processo legal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que: “*A mera expedição de mandado de busca e apreensão não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, cumprindo o referido mandado, o menor deverá ser apresentado ao Juízo singular que, após sua prévia oitiva, decidirá acerca da possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa imposta*” (*Habeas Corpus* nº 74.837/RJ, Relator Ministro Armando Esteves Lima).

Além disso, o paciente está inserido na medida socioeducativa de semiliberdade. Logo, já cumpria medida restritiva de sua liberdade, não havendo qualquer constrangimento na mera expedição de mandado de busca e apreensão em virtude do descumprimento da medida socioeducativa.

Ressalta-se, ainda, que não foi decretada a internação-sanção do paciente, sequer a regressão da medida; ao contrário, possibilita-se ao menor, com o cumprimento da diligência, eventualmente esclarecer as razões que o levaram a interromper o cumprimento da medida socioeducativa, intervenção que preserva seu superior interesse.

A propósito, conforme remansosa jurisprudência da Câmara Especial, é vedada tão somente a expedição de busca e apreensão do adolescente para que seja internado (internação-sanção) sem oportunidade de oitiva prévia, por ofensa à Sumula 265/STJ e ao art. 15 da Resolução nº 165/12, do CNJ, o que não ocorreu no caso.

Em suma, não há como reconhecer a existência de constrangimento ilegal a recair sobre o adolescente.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2194224-11.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente K.J.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DENEGARAM A ORDEM de *habeas corpus* impetrada em favor de K.J., nos termos do Acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.037)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 6 de novembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Revogação da internação provisória – Inadmissibilidade – Prática de ato infracional grave que, aliada às condições pessoais do adolescente, em evidente e acentuada situação de risco, autoriza a internação provisória, que tem por objetivo, também, proteger a sociedade – Requisitos para a decretação da medida extrema evidenciados – Inteligência dos artigos 108, parágrafo único, 122 e 174, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.**

## VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública Patrícia Valentim Villela Carvalho, com pedido liminar, em favor do paciente **K.J.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Especial da Infância e Juventude da Comarca da Capital.

Afirma a impetrante que o paciente foi representado pela suposta prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e teve decretada a internação provisória. Informa que o paciente é primário e que o ato infracional em questão não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Sustenta que a r. decisão carece de fundamentação idônea e afronta o disposto no art. 108, parágrafo único, do ECA, não estando demonstrada a necessidade imperiosa da medida. Alega que a suposta reincidência do paciente não pode servir de fundamento para o decreto da internação provisória. Argumenta com a Súmula 444, do S.T.J. Destaca que a conduta praticada pelo paciente não se enquadra em quaisquer das hipóteses taxativas do art. 122, do ECA. Aduz, ainda, que a r. decisão viola os princípios da homogeneidade e da proporcionalidade da medida.

Requeru liminar para que o paciente aguardasse o deslinde da causa em liberdade e, no mérito, postula a cassação da r. decisão que decretou a internação provisória do paciente.



Indeferida a liminar (fls. 20/22), foram dispensadas as informações.

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo não conhecimento da ordem ou, se conhecida, pela sua denegação (fls. 26/31).

### **É o relatório.**

A presente ordem de *habeas corpus* é de ser denegada, face à ausência do apontado constrangimento ilegal.

O paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque juntamente com outro adolescente – G.O.S., trazia consigo, guardava e vendia, com a finalidade de entrega a consumo e fornecimento a terceiros, 41 porções de cocaína, substância essa entorpecente que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta, ainda, que K. era encarregado de guardar o dinheiro auferido na comercialização da droga e, na ocasião, foi encontrada em seu poder a quantia de R\$ 42,00, proveniente da venda de tóxicos.

Ar. decisão atacada (fl. 18) encontra-se devidamente fundamentada e deve ser mantida, visto que a autoridade apontada coatora justificou as razões pelas quais entendeu necessária a aplicação da internação provisória do paciente. Na ocasião, o ilustre Magistrado *a quo* considerou não só a gravidade em abstrato do ato infracional, mas, também, fundamentou a imposição da referida medida como forma de proteger o adolescente da situação de risco inerente aos seus próprios atos. Destacou que o paciente é reincidente específico, uma vez que já foi inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida, a qual não surtiu efeito para afastá-lo da prática de atos infracionais.

Ressalte-se que a decretação da internação provisória deve sempre ser norteadas pelo critério da necessidade. Os requisitos para a medida estão presentes nos artigos 108, e seu parágrafo único, 122 e 174, todos do Estatuto da Criança e Adolescente.

Cumprido mencionar que a internação provisória somente poderá ser decretada quando houver indícios suficientes de autoria e comprovação da materialidade e a demonstração da necessidade imperiosa da medida, para garantia da segurança pessoal do adolescente ou para manutenção da ordem pública. A medida, de outro lado, somente tem lugar nos casos em que o ato infracional e sua repercussão social sejam graves, quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, na hipótese de reiteração de outras infrações graves ou quando houver descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Na hipótese em questão, trata-se de ato infracional gravíssimo, análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, equiparado a crime hediondo, que atemoriza a sociedade, repercutindo de modo negativo na vida de um número indeterminado

de pessoas, propiciando sentimento de impunidade e insegurança, devendo, por isso, o Judiciário adotar resposta célere e proporcional.

A internação, ademais, mostra-se adequada não só para acautelar a sociedade, mas, e, principalmente, para afastar o adolescente da evidente e acentuada situação de risco em que se encontra, em razão da sua ampla exposição ao mundo do crime, como forma de materializar o princípio da proteção integral.

Importante, ainda, ressaltar que os motivos ensejadores da internação provisória do paciente encontram respaldo no art. 174 c.c. art. 184, *caput*, ambos da Lei 8.069/90.

A internação do paciente foi decretada pois restou evidenciada a necessidade imperiosa da medida, com fulcro no art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, tem-se que o entendimento da Súmula 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não veda a imposição de internação ao ato equiparado ao tráfico, mas apenas estabelece que a medida deva ser aplicada consoante o caso concreto, como no caso em exame, em que a internação é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais dos adolescentes.

Mais a mais, cumpre salientar que, segundo informações obtidas junto ao funcionário Carlos Eduardo Araújo Guimarães – matrícula nº 367.614, lotado no 2º Ofício da Infância e Juventude da Comarca da Capital, em 28/09/2017, foi proferida decisão determinando a expedição de mandado e busca e apreensão do paciente, o qual ainda não fora cumprido, visto que K. encontra-se em local ignorado.

Destarte, a medida de internação aplicada ao paciente não comporta reparo, eis que justificada sua excepcionalidade e necessidade.

Logo, a manutenção da internação provisória do paciente se mostra adequada e deve ser mantida, não só para garantir a segurança do adolescente, mas também como forma de proteger a sociedade.

Por fim, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **K.J.**, nos termos acima descritos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2083530-72.2017.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é impetrante G.S.S.S. e paciente M.J.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 que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz.”. (**Voto nº 44.834**)

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, 6 de novembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator Designado

**Ementa: Habeas corpus – Ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal – Impetração contra sentença que impôs ao paciente medida socioeducativa de semiliberdade – Alegação de constrangimento ilegal – Pretendida substituição da medida restritiva de liberdade por medida em meio aberto – Não cabimento – Constrangimento ilegal inexistente – Inocorrência – Ordem denegada.**

## VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente M.J.A., contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude de Barretos, que decretou a medida socioeducativa de semiliberdade em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Sustenta, em apertada síntese, a ausência de atualidade da medida privativa de liberdade, tendo em vista o lapso temporal entre os fatos e o julgamento.

Requer a concessão liminar da ordem para aguardar o julgamento em liberdade e, no mérito, a cassação da decisão impugnada, substituindo-se a semiliberdade por outra medida em meio aberto (fls. 01/06).

Deferida a liminar (fls. 51/57), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 51/57).

É o relatório.

De início, ressalta-se que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto do recurso adequado, sendo descabida, nos seus limites estreitos, análise aprofundada dos fatos e provas do processo.

Nesse sentido, já se decidiu nos Tribunais Superiores:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 12.11.2013, publicado no DJE de 25.11.2013).*

Nessa trilha, pacífica a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que o *habeas corpus* não se presta à apreciação de matéria recursal em que se exige nova avaliação das provas e das questões fáticas e jurídicas.

Relevante a citação do seguinte caso:

*O writ, contudo, não é via propícia ao deslinde de intrincadas questões de fato ou ao juízo de merecimento e de conveniência que, demandando confronto de provas, incumbe à instância ordinária. A ordem de “habeas corpus” só pode ser expedida desde que presentes a ameaça de coação ao direito de locomoção e a ilegalidade da ameaça, o que não ocorre na espécie, em que a decisão atacada desfia motivação razoável e não contrasta das indicações constantes do feito. (Habeas Corpus nº 2271482-68.2015.8.26.0000, relator Desembargador Ricardo Dip, presidente da Seção de Direito Público, julgado em 21/03/2016).*

*In casu*, é exatamente essa a pretensão da impetrante: que se proceda ao reexame de matéria já enfrentada pela sentença para substituição da medida socioeducativa aplicada.

A sentença, para impor a semiliberdade, amparou-se não somente na gravidade do ato infracional – dois roubos com aumento de pena pelo uso de arma e concurso de agentes, em concurso formal –, como também na periculosidade do paciente ao meio social e nas suas condições pessoais, também atuais.

M. possui outros três processos, dois deles por ato infracional equiparado a roubo e tráfico, nos quais lhe foram impostas prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e internação.

Some-se a isso que M. conta com passagem pela delegacia de polícia por furto mesmo depois de atingida a maioria (informação colhida pelo sistema das varas de execução criminal do Estado de São Paulo), o que sugere que o

jovem não se encontra totalmente ressocializado.

Assim, tendo em vista a gravidade concreta dos atos perpetrados, aliada ao histórico delitivo do hoje jovem-adulto, a aplicação de semiliberdade guardou proporcionalidade.

Registra-se, ainda, que a medida eleita restringe a liberdade do jovem apenas parcialmente e que ele poderá exercer atividades lícitas ao longo do dia, ao mesmo tempo em que receberá intervenções sistemáticas de que tanto parece necessitar.

Desse modo, inviável a modificação da medida socioeducativa de semiliberdade aplicada na origem no bojo do presente *habeas corpus*, seja pela eleição da via indevida, seja pela real inexistência de constrangimento ilegal extraído da decisão prolatada.

Do exposto, denega-se a ordem.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 4.652)**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente **M.J.A.**, contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo Juiz *Luciano de Oliveira Silva*, da 2ª Vara Criminal do Foro de Barretos, que, em sentença proferida aos 03.05.2017, aplicou a medida socioeducativa de semiliberdade ao paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado (artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal).

Alega o impetrante, em resumo, que a decisão que decretou a medida de semiliberdade caminha em desencontro ao princípio da atualidade insculpido através do artigo 100, parágrafo único, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que desde o ilícito em questão, ocorrido há 2 (dois) anos, não voltou à prática de crimes, tendo neste interregno constituído família, com filho, passando a viver de atividades consideradas lícitas, além de ignorar o relatório de diagnóstico polidimensional existente nos autos que não recomendou a medida por fim adotada.

Posto isto, requer o impetrante concessão de liminar para determinar que o jovem aguarde o julgamento do *writ* em liberdade ou cumprindo medida socioeducativa em meio aberto, e, por derradeiro, seja afastada a medida imposta ou substituída por outra em meio aberto, preferencialmente liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade.

Deferida a liminar (fls. 20/23), a autoridade impetrada apresentou as informações solicitadas (fls. 30/31) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou

pelo não conhecimento do *writ* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 51/57).

### É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a decisão que aplicou a medida socioeducativa de semiliberdade ao paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado (artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal), merecia ser reformada.

De início, conforme jurisprudência pacífica do STJ, em repúdio à utilização desmedida do *writ*, não se admite impetração de *habeas corpus* substitutivo, quando cabível recurso próprio, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional, que é a proteção do direito de ir e vir, e não a reanálise de aspectos fáticos e jurídicos já apreciados por decisão judicial, situação que implica o não conhecimento da impetração (Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02.09.14; HC 297.931/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 28.08.14; HC 293.528/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 04.09.14 e HC 253.802/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04.06.14; HC 307.198/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 29.04.15; HC 255.655/SP, Rel. Min. OG Fernandes, DJ 05.04.13).

Da mesma forma, discussões acerca da comprovação da autoria e da adequação da medida socioeducativa aplicada, hipóteses que demandariam o reexame das provas produzidas, não podem ser admitidas, pois o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência do alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, conforme Jurisprudência pacífica do STJ (EDcl no REsp 1394239, Min. Ericson Maranhão, Des. convocado do TJ/SP, DJ 11.11.15; AgRg no REsp 1487469, Min. Sebastião Reis Junior, DJ 14.10.15; HC 232.703/SP, Rel. Min Adilson Vieira Macabu, Des. Convocado do TJ/RJ, DJ. 08.05.2012; AgRg nos EDcl no HC 275.515/BA, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 26.11.13; RHC 59.441/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 10.06.15).

Assim, a rigor, o presente *writ* não comportaria conhecimento. Entretanto, excepcionalmente, em vista do teor das alegações constante da impetração e para que não parem dúvidas acerca da legalidade da medida socioeducativa aplicada, conheço do *habeas corpus* e, no mérito, concedo a ordem para aplicar ao paciente a medida socioeducativa de liberdade assistida.

A impetrante destaca que o adolescente foi representado por cometer ato infracional equiparado ao delito de roubo, praticado em janeiro de 2015, quando tinha 17 anos de idade, não havendo qualquer atualidade na aplicação de medida socioeducativa ao paciente (artigo 100, parágrafo único, VIII do ECA).

Com efeito, sem descer às minúcias das provas analisadas em juízo, tem-

se que deve ser modificada a medida socioeducativa imposta ao jovem **M**.

A despeito da gravidade do ato infracional equiparado ao roubo majorado, e da possibilidade de aplicação de medida mais gravosa, as peculiaridades do caso em tela ensejam a necessidade de imposição de medida mais branda.

Em análise atenta dos autos observa-se que o paciente respondeu cronologicamente a outros três processos, sendo que no processo 0000685-16.2013.8.26.0660 foi imposto medida socioeducativa em meio aberto, consubstanciada em prestação de serviços a comunidade, no processo 0001324-34.2013.8.26.0660 foi imposta medida de liberdade assistida, e, por fim, no processo 0001016-61.2014.8.26.0660 houve imposição da medida de internação, sendo que após seus respectivos cumprimentos voltou o menor a praticar crimes, razão pela qual responde atualmente ao presente processo bem como ao processo 0002937-55.2014.8.26.0660 na comarca de Viradouro que em consulta ao sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça observou-se estar atualmente em conclusão para prolação de sentença.

Diante deste quadro não se pode deixar de lado o fato de que o menor é reincidente na prática de atos infracionais, além do processo em exame fazer referência à conduta delitiva grave, contudo, de igual maneira não se pode ignorar que para as diversas condutas elencadas a respectiva medida socioeducativa foi cumprida, e que após a maioridade, época quase coincidente com a prática do delito em questão, não se tem notícia de novos atos infracionais praticados em período superior a 2 (dois) anos.

Conforme consta dos autos, o jovem tem hoje vinte anos de idade, trabalhando, arrimo de família e terminou o ensino médio, o que deve ser considerado em seu favor para abrandar a medida imposta.

Observa-se, portanto, que não obstante a gravidade do ato infracional praticado, o jovem-adulto reúne condições de ajustar suas condutas mediante o cumprimento de medida em meio aberto, evidenciando-se o comportamento social e familiar adequado, atendendo, assim, ao propósito de ressocialização.

Não se olvide a necessidade de que o Estado promova medidas eficazes para que o adolescente em conflito com a lei compreenda a reprovabilidade de sua conduta e incorpore boas referências para estar apto ao convívio social.

É sabido o tormentoso efeito negativo que o ato praticado (roubo) pelo adolescente promove na sociedade, mas não se pode afastar a necessidade de se observar, no caso concreto, qual a medida mais adequada a ser aplicada.

Assim, na hipótese dos autos, não ficou demonstrada a necessidade da aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, com vistas à ressocialização e à reeducação pretendidas.

Nesse sentido já se pronunciou esta Corte:

*“MENOR – Ato infracional – Representação acolhida pela prática de ato*



*equiparado ao crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes – Aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo de seis meses – Recurso ministerial no sentido de substituição da medida imposta pela internação – Condições pessoais do adolescente que recomendam a manutenção da medida socioeducativa de liberdade assistida que deve, contudo, ser fixada pelo prazo mínimo de seis meses – Recurso ministerial provido em parte”. (Apelação nº 994.09.224372-7, Rel. Des. Martins Pinto, j. 31/05/2010, v.u.).*

*“Menores – Procedência de representação por ato infracional equiparado ao crime de tentativa de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes – Provas de materialidade e autoria – Decretação de liberdade assistida – Pleito de substituição por internação – Reiteração infracional afastada – Laudo técnico favorável – Análise do perfil dos menores na escolha da medida sócio-educativa – Inteligência do artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso improvido” (Apelação nº 164.130-0/0-00, Rel. Des. Eduardo Pereira, j. 08/09/08, v.u.).*

Depois, a evolução comportamental do adolescente foi avaliada por meio de relatório de diagnóstico polidimensional envolvendo análise das áreas psicológica, social, pedagógica, de segurança e saúde, chegando a equipe multiprofissional a conclusão de que “a privação de liberdade em nada contribuiria para o desenvolvimento de M. nesse momento. Enfatizamos a morosidade na responsabilização que acreditamos comprometer o objetivo da custódia. Nota-se que M. já está com projeto de vida definido, tendo constituído família e busca maneiras socialmente aceitas de subsistência” (fls. 16).

Verifica-se que a conclusão da equipe multidisciplinar, assim como os demais elementos pormenorizados em cada especialidade, corroboram com os argumentos apresentados no *habeas corpus*, de forma que por se tratar de adolescente, para além do caráter punitivo da medida socioeducativa, o que não se ignora, deve ser levado em consideração para sua aplicação a consecução de seu fim, senão outro o de reinserção social, levando-se à conclusão ao menos neste momento que a imposição da medida atacada viria apenas a prejudicar sua ressocialização, não se mostrando pertinente.

Não bastasse tudo isso, os fatos narrados na representação ocorreram em janeiro de 2015, portanto, há aproximadamente dois anos e oito meses.

Está disposto no artigo 100, parágrafo único, inciso VIII, do ECA o seguinte:

*“Art. 100. (...)*

*Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:*

*(...)*

*VIII – proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se*

**encontra no momento em que a decisão é tomada;**

(...)” (g.n.)

Nesse passo, no presente caso tem-se por inexoravelmente descaracterizada a atualidade, enquanto qualidade inerente e indispensável à aplicação da medida socioeducativa, vez que a intervenção do judiciário deve ser adequada à situação do adolescente no momento em que a decisão é tomada.

Certamente, a esta altura, a segregação do jovem se mostraria desnecessária, senão ineficaz, para o fim do que se tem por medida com cunho educativo e formador do adolescente.

Sua custódia em momento tão distante dos fatos, já tendo ele vivenciado mudanças em sua estrutura psíquica e emocional, não surtiria o efeito desejado sendo, talvez e tão somente percebida como um castigo ou uma pena. E tal não condiz com quaisquer dos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os fatos ocorreram em 22.01.2015 e desde então não se tem notícia de envolvimento recente dele com o meio infracional.

Ressalte-se, por oportuno, que ao Estado compete a adoção de medidas protetivas e sócio educativas a crianças e adolescentes em tempo hábil para atingirem seus fins, sob pena de desvio injustificável das finalidades pretendidas e esperadas. Daí o destaque para que a aplicação de tais medidas observem a situação do jovem no momento em que ele receberá a intervenção estatal.

Assim, observando-se a situação do jovem adulto, neste momento, em que se lhe aplica a medida, melhor se mostra seja ele submetido a acompanhamento sob liberdade assistida, vez que já completou 20 anos, está vivendo em família e comunidade, sem notícias de qualquer outra prática de ato infracional.

Destaca-se que referida medida consubstancia medida ampla, com finalidade de orientar, proteger e acompanhar o adolescente em conflito com a lei, buscando sua perfeita integração familiar e comunitária, e deverá ser exercida por pessoa capacitada ou serviço especializado designados pelo juiz da infância e juventude, ao qual incumbem orientar a atuação junto ao adolescente, segundo as regras de condutas que lhe forem ditadas.

Dessa forma, considerando as peculiaridades do caso, as condições pessoais apresentadas pelo paciente, bem como a capacidade para que cumpra medida em meio aberto, a qual se revela suficiente para promover a sua ressocialização, merece reparo a decisão atacada.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **CONCEDIA A ORDEM** para aplicar ao paciente a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 06 meses, com fundamento no artigo 118 *usque* 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

DORA A. MARTINS, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2153556-95.2017.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.V.R.G. (MENOR).

**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 que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz.”. **(Voto nº 44.953)**

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, 6 de novembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator Designado

**Ementa: *Habeas corpus* – Ato infracional equiparado ao delito de roubo – Medida socioeducativa de internação – Indeferimento do pedido de extinção 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 incorrente – Ordem denegada.**

## VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente M.V.R.G., contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude de Peruíbe, que deixou de extinguir a medida socioeducativa de internação, aplicada em razão da prática de dois atos infracionais equiparados ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da decisão por violação ao princípio da brevidade, uma vez que o menor teria alcançado a finalidade da medida socioeducativa a ele imposta, como comprovado pelos relatórios da equipe técnica da Fundação CASA.

Requer a concessão liminar da ordem para determinar a liberação imediata do jovem, e, ao final, a confirmação da liminar, para declarar extinta a medida socioeducativa (fls. 01/11).

Indeferida a liminar (fls. 114/115), a Procuradoria Geral de Justiça

opinou pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem (fls. 141/145).

É o relatório.

Segundo consta, ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de internação pela prática de dois roubos duplamente majorados.

Apesar da manifestação favorável dos técnicos da Fundação CASA (fls. 84/88), não se verifica ilegalidade manifesta na decisão que manteve a internação do paciente (fls. 106/107).

De início, importante consignar que o jovem praticou dois atos infracionais gravíssimos, situação que, por si só, evidencia desvio de comportamento preocupante, que normalmente não se recupera no curto período em que o jovem permaneceu internado.

Ademais, o relatório da Fundação CASA, em que pese a sugestão conclusiva, aponta que o jovem teve dificuldades para cumprir adequadamente a medida.

Depois, como bem ponderou a MM<sup>a</sup>. Juíza:

*“Feitas estas considerações, apesar da conclusão da equipe da Fundação CASA, não há elementos nos autos que autorizem a extinção na medida nesta fase, o que se revela prematuro. O adolescente praticou ato gravíssimo e, em audiência de instrução, não demonstrou mínimo sinal de arrependimento. O conteúdo do relatório não revela, concretamente, em que medida se trabalhou com o adolescente a compreensão da gravidade do ato e as consequências para terceiros, o que prejudica a análise do alcance das finalidades da medida socioeducativa, tanto punitiva quanto ressocializadora. Registre-se, aliás, que a equipe da Fundação CASA, já em avaliação preliminar quando da internação provisória (como se fez constar na sentença), bem pontou que Matheus não demonstrava compreensão sobre os fatos, embora sem denotar patologia de natureza psíquica. Assim, paira dúvida sobre o efetivo alcance dos objetivos da medida socioeducativa, pelo que sua manutenção se impõe (fls. 107).”*

Ressalte-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 sem que o menor esteja totalmente preparado para o regresso ao meio aberto poderá causar prejuízos ao efetivo processo de reeducação.

Realmente é prudente, portanto, a manutenção da internação até que as demandas socioeducativas sejam satisfatoriamente atingidas.

Do exposto, respeitado o posicionamento contrário, denega-se a ordem.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 4.706)**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do jovem **M.V.R.G.**, contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pela Juíza *Juliana Pitelli da Guia*, da 2ª Vara Judicial do Foro de Peruíbe, que indeferiu o pleito de extinção da medida socioeducativa de internação, a despeito de laudo técnico conclusivo.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que a manutenção da internação é ilegal e arbitrária, violando diversos princípios do ECA, do SINASE e adotando o discurso do medo que fundamenta decisões punitivistas sem qualquer amparo legal. Aduz que a medida socioeducativa de internação é permeada pelos princípios da brevidade e excepcionalidade (art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente) os quais conflitam com a remanescência da própria medida, diante do caso concreto. Alega que a fundamentação da decisão judicial ora atacada viola de forma frontal o § 2º do artigo 42 da Lei nº 12.594/12, posto que se fundamentou integralmente em fatos passados, ocorridos antes do cumprimento da atual medida de internação.

Diante disso, requer a concessão de liminar, para determinar a liberação imediata do paciente e, no mérito, a concessão da ordem para cassar a decisão que ordenou ilegalmente a prorrogação da medida, com a consequente extinção da medida de internação ou, subsidiariamente, inserção do jovem em medida de Liberdade Assistida.

Indeferida a liminar (fls. 114/115), a autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 137/138) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 141/145).

#### **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 de roubo majorado, previsto no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal (fls. 13/16). A representação foi julgada procedente em sentença proferida em 21 de outubro de 2016, sendo-lhe imposta a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado (fls. 30/34).

Posteriormente, veio aos autos relatório técnico conclusivo, do Setor Técnico da Fundação Casa, recomendando a extinção da medida (fls. 84/88).

O Ministério Público posicionou-se de forma contrária à progressão sugerida (fls. 91/93), enquanto a Defensoria Pública requereu a extinção da medida ou, subsidiariamente, a inserção do adolescente em programa de liberdade assistida (fls. 99/105).

Fundamentando a sua decisão no fato de o adolescente ter praticado ato infracional gravíssimo, a MMª Juíza acolheu o pedido do Ministério Público e manteve a medida de internação, por mais 03 meses (fls. 103/107).

É contra essa decisão que se insurge o presente *habeas corpus*.

Pois bem, 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 de diversas áreas (psicólogo, assistente social, pedagogo, enfermeiro, agente de segurança), os quais convivem diariamente com 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 que “o adolescente praticou ato gravíssimo e, em audiência de instrução, não demonstrou mínimo sinal de arrependimento”, uma vez que esses fatores já foram levados em conta na aplicação da atual medida socioeducativa.

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 imputável, 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).<sup>1</sup>

No caso em comento, o Relatório Conclusivo de fls. 84/88 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. As técnicas pontuaram que o jovem “*demonstrou amadurecimento frente suas escolhas, repensando valores, atitudes, amizades e principalmente criticidade frente a gravidade ao ato infracional, com responsabilidade em sua medida e em relação as normas, regras e atividades a serem desenvolvidas no âmbito pedagógico; bem como, o reconhecimento e a conscientização da importância familiar que por sua vez oferece respaldo ao jovem*” (fls. 88).

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.

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.

Diante de todas as considerações favoráveis, não se mostra possível o não acolhimento do laudo, ressaltando-se que a medida de internação deve obedecer aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa humana.

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 pareceres 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 1 (um) ano, 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

1 HC nº 55.721-SP, STJ – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima



## CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2160932-06.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Ibiúna, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados KAZUE MURAMATSU, MARIO SEIJI MURAMATSU, MARCELO NOBUAKI MURAMATSU e TANIA NOEMI MURAMATSU.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Não conheceram de 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 45676)**

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, 18 de outubro 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 – Foro Competente – Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal – 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 – Juros de mora – Termo inicial – citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem configuração da mora em momento**

**anterior – Expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito – Incidência – Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva – Juros remuneratórios – Tese que não foi objeto do v. acórdão guerreado – Inviabilidade de apreciação nesta sede recursal, estreita – Agravo interno não conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Banco do Brasil S.A.** 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. 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF**. Sustenta a instituição financeira violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e a inaplicabilidade da orientação firmada pela Corte Superior relativa aos juros moratórios (**tema 685**) porque há pendência de julgamento de embargos declaratórios. Insurge-se contra o reconhecimento da competência territorial para a liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública e a inclusão de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo da execução. Alega, ainda, a necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC, 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.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 3/4.

### **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 os paradigmas apontados 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 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, bem como 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.

Ainda, a ordem de suspensão dos processos exarada no **recurso especial 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).

Julgado o **recurso especial n. 1.392.245/DF**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no seguinte sentido: “(...) (II) *incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente*”.

Ressalta-se que, embora o **recurso especial n. 1.392.245/DF** tenha origem no cumprimento individual da sentença proferida na ação civil pública n. 1998.01.016798-9, o julgamento da Corte Superior naquele feito representativo de controvérsia alcança o cumprimento de todas as sentenças prolatadas em ações civis públicas relativas aos expurgos inflacionários do Plano Verão.

Ademais, o egrégio Superior Tribunal de Justiça julgou os **recursos**

**especiais repetitivos n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP (tema 685)** e consignou que os juros de mora incidem a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública quando esta se fundar em responsabilidade contratual, cujo inadimplemento já produza a mora, salvo a configuração da mora em momento anterior. Confira-se fls. 388/396.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 185/190) está em perfeita sintonia com as orientações do Superior Tribunal de Justiça ao concluir que o cumprimento individual de sentença coletiva pode ocorrer no foro do domicílio do poupador, ao afastar a necessidade de associação para a propositura da ação, ao fixar que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública e determinar a incidência dos expurgos inflacionários posteriores (Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) para a correção do débito.

Inafastável, assim, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *“A jurisprudência do STJ assenta-se no sentido de que, para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, é desnecessário que o recurso especial representativo de matéria repetitiva tenha transitado em julgado”* (**AgRg no REsp n. 1.387.848/SC**, da relatoria do ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 25/10/2013).

O tema da incidência dos juros remuneratórios não foi objeto do acórdão hostilizado (fls. 185/190) e, portanto, 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 Assento Regimental n. 397/2011, com a nova redação dada pelo Assento Regimental n. 553/2016, e do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não se conhece em parte o agravo interno e, na parte conhecida, nega-se provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0611475-61.2008.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados FAUSTINA DIAS SARGAÇO, PAULO DEZAN FILHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), DIRCE BORTOLOZZO, DIRCE LOPES VIEIRA, DIRCE MENDES CORIQUAZI, DORACY DOS SANTOS, ELIETE ALVES DOTTA, GILDA GOMES

JOAQUIM, GEMMA DIVA DE SOUZA, GISSELA ALVES DE OLIVEIRA ROSSI, GRACILIANANETTI FERNANDES, MARIA TEREZA JACOMETTI NADAI, PAULO MARTINS e PEDRO DA CONCEIÇÃO.

**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 49.560)**

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, 19 de outubro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

**Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.**

– URV.

– A matéria referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 561.836/RN.

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. No julgamento do agravo interno, cumpre a eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

**Nega-se provimento ao recurso.**

## VOTO

Opôs a Fazenda do Estado de São Paulo agravo interno contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao inciso I, do artigo 1.040, do Código

de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 561.836/RN.

Alega a agravante, em síntese, que o recurso apresentado contém todos os requisitos necessários para sua admissibilidade. Aduz, ainda, que foi equivocada a aplicação do paradigma, bem como quanto ao fato de não constar do acórdão recorrido a tese firmada na Corte Suprema de que eventuais diferenças apuradas na fase de liquidação deveriam cessar quando sobreviesse a reestruturação remuneratória da carreira.

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 artigo 33-A do Regimento Interno deste eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em cumprimento ao inciso I do art. 1.040, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, *verbis*:

*“Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 561.836-RN, Tema nº 5, STF, DJe de 10-02-2014, no qual se fixou as seguintes teses:*

*I – Ao editar a Lei 8.880/1994, a União legislou sobre o sistema monetário e exerceu a sua competência prevista no art. 22, VI, da Constituição de 1988. Assim, qualquer lei, seja ela estadual ou municipal, que discipline a conversão da moeda Cruzeiro Real em URV no que tange à remuneração de seus servidores de uma forma incompatível com a prevista na Lei nº 8.880/94 será inconstitucional, mormente quando acarretar redução de vencimentos;*

*II – O término da incorporação, na remuneração do servidor, do percentual devido em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória.*

*Assim, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento ao recurso extraordinário interposto.”*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 561.836/RN, correspondente ao Tema n. 5: “URV”, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

**“1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro**

**Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Conseqüentemente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF E NAADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verifica-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento da Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo *ad quem* para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade.”**

Não aproveita à recorrente argumentar que, no caso em exame, a carreira do servidor experimentou reestruturação que atrairia a incidência do mesmo *leading case* em ordem a fixar o limite temporal para a incorporação de eventual percentual decorrente da não observância da conversão do padrão remuneratório em URV.

Isso porque referida tese – que não atina a fato ou a direito superveniente – somente veio aos autos ao tempo do manejo deste agravo interno, não sendo suscitada em instância ordinária, tampouco nas razões de recurso extraordinário.

Ora, a competência desta eg. Câmara Especial de Presidentes circunscreve-



se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. É dizer, não é dado à recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o o fenômeno da preclusão consumativa, da qual já se ocupou a Suprema Corte no julgamento de matéria em tudo assemelhada, por acórdão cujas razões, *mutatis mutandis*, aproveitam ao caso em testilha:

*“(...) Ocorre que a matéria alegada na impugnação à execução, qual seja, a compensação de perdas salariais reconhecidas a servidor público, foi alegada em momento inoportuno. O Estado de Minas Gerais apenas veio rediscutir a matéria em sede de Execução, ao passo que deveria ter se manifestado a questão no processo de conhecimento. Com efeito, diante do relatado, verifica-se **ocorrência de preclusão consumativa na hipótese dos autos**. Primeiramente, insta salientar, que as Leis 15.293/2004 e 15.784/2005 **que determinaram o plano de reestruturação dos servidores da Educação, foram editadas antes do oferecimento da contestação**. Sendo assim, o Estado de Minas Gerais deveria ter se manifestado sobre a possível compensação no primeiro momento em que teve oportunidade de manifestar nos autos. Analisando o caso sob exame, verifica-se que após a edição das referidas leis, o Estado se manifestou nos autos diversas vezes, contudo, não levantou a matéria em nenhuma dessas oportunidades.(...) ARE 726.343/MG; Rel. (a) Min. (a) Cármen Lúcia; DJe 06.02.2013” (grifei)*

E especialmente quanto à impossibilidade de ampliar-se, em sede de agravo interno, o espectro das razões do recurso excepcional já apresentado, confira-se acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça, de cujo teor pode ser recrutado o seguinte fragmento:

*“III. Na forma da jurisprudência desta Corte, **‘é vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.**’ (Agint no AREsp 885651/SP; rel. Min. Assusete Magalhães; DJe 26.04.17)” (grifei)*

Da compaginação disso, constata-se que a decisão da eg. Turma Julgadora fez-se convergente ao entendimento estratificado no âmbito da Suprema Corte em regime de recursos seriais, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do inciso I do art. 1.040 do Código de Processo Civil, nada há que modificar, portanto, nesta sede.

Inexistente 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 à 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 2161380-42.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

**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 22.817)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), 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, 24 de outubro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator e Presidente do Tribunal de Justiça

**Ementa: Agravo interno – Decisão que negou seguimento a recurso extraordinário que versa matéria já decidida pelo STF em regime de repercussão geral (CPC, art. 1.030, inciso I, alínea “a”) – Hipótese que se amolda ao tema de número 917 – Agravo não provido.**

## VOTO

Irresignada com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, a Mesa da Câmara Municipal de Guarulhos interpôs agravo interno, sob a alegação de que a hipótese dos autos difere da questão submetida à apreciação da Corte Suprema.

Contramínuta às fls. 10/12.

É o relatório.

Admissível o pronto julgamento do recurso, com o permissivo do art. 2º, I, do Assento Regimental n. 397/11 e jurisprudência da Egrégia Câmara Especial de Presidentes (cf. ARs nºs 0024030-28.2009, 0008383-28.2007, 007543-79.2008 e 0005588-02.2009), alinhada à orientação do excelso Pretório (cf. AI 789.302/SP, 788.333/SP e 640.737/SP).

E, a despeito do bem elaborado recurso, mostra-se adequada a solução posta na decisão ora recorrida.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 878.911, reconhecendo a existência de repercussão geral, que ensejou a edição do tema de número 917, fixou a tese de que *não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, 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)*.

O caso *sub examine* amoldou-se a esse tema e o acórdão recorrido convergiu ao tratamento jurídico dispensado quando do julgamento do *leading case* (30/09/16).

Ademais, impende considerar que, em suas razões de agravo, a Mesa da Câmara Municipal de Guarulhos não apresentou novos argumentos, além dos já considerados no momento da prolação da decisão recorrida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2106996-32.2016.8.26.0000/50005, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COOPERATIVA AGRÍCOLA DE MONTE CARMELO – COPERMONTE, é agravado LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao agravo interno. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45808)**

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, 26 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

**Ementa: AGRAVO INTERNO – ACÓRDÃO – OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA – REPERCUSSÃO GERAL – DECISÃO MANTIDA.**

**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. Gratuidade de Justiça – Decisão impugnada fundamentada em legislação infraconstitucional e na situação fático-probatória dos autos – Impossibilidade de reexame pela via do recurso excepcional – Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal (STF, repercussão geral no recurso extraordinário 791.292/PE, publicado em 13/08/2010) – Ausência de repercussão geral.**

**3. Decisão mantida. Inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.**

**4. Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Cooperativa Agrícola de Monte Carmelo – COPERMONTE** 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 a orientação firmada pelo colendo Supremo Tribunal Federal no **agravo de instrumento n. 791.292/PE** e ter abordado matéria cuja repercussão geral foi afastada pela Suprema Corte no **recurso extraordinário com agravo n. 639.228/RJ**. Alega a agravante a inaplicabilidade dos precedentes mencionados na decisão agravada

por ausência de similitude com o caso concreto. Afirma que a benesse da justiça gratuita é uma garantia constitucional da qual faz jus, conforme disposto no artigo 5º, inciso LXXIV da CF. Afirma existir comprovação nos autos sobre a incapacidade financeira da agravante por meio de balancetes contábeis, DRE, dentre outros. Além disso, alega que a decisão agravada não foi proferida de forma fundamentada, em ofensa ao artigo 93, IX e artigo 5º da Constituição Federal.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 513/519.

### **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. (...)”.

O Supremo Tribunal Federal, no **agravo de instrumento n. 791.292/PE**, para efeitos do regime de repercussão geral, manifestou-se definitivamente a respeito do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de ser exigido que o acórdão ou decisão seja fundamentado – 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, §§ 3º e 4º). 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.”.

De mais a mais, o colendo Supremo Tribunal Federal, no exame do **recurso extraordinário n. 589.490/MG**, da relatoria do ministro MENEZES DIREITO, já concluiu pela ausência de repercussão geral do outro tema debatido nestes autos (**tema 0103**), valendo transcrever:

“PROCESSUAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOAS JURÍDICAS. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

A decisão agravada, nestes termos, apenas deu aplicabilidade à sistemática da repercussão geral, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea *a*, 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 2208356-44.2015.8.26.0000/50004, da Comarca de Garça, em que é agravante MÁRCIA BORGES ORTEGA, é agravado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS 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 45802**)

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, 26 de outubro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

**Ementa: AGRAVO INTERNO – Prescrição intercorrente – Demora na citação decorrente**

**unicamente do aparelho judiciário – Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça – Verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais – Reexame de matéria fático probatória – Inadmissibilidade – 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 **Márcia Borges Ortega** 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. 1.102.431/RJ, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Sustenta a agravante, em síntese, a ocorrência da prescrição em face da desídia do agravado em promover a citação.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 3/9.

### 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 o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.102.431/RJ**, sob o regime dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que não se verifica a prescrição intercorrente quando a demora na citação decorre unicamente do aparelho judiciário (Súmula 106). O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo julgamento, afirmou também que a verificação da responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica



indispensável reexame de matéria probatória, o que é vedado na estreita via do recurso especial ante o disposto da Súmula 07. Confira fls. 368/369.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 283/287) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir pela inexistência de inércia da parte na promoção das diligências cabíveis à efetivação da citação. Destaca-se a ementa do julgado (fls. 284):

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – REJEIÇÃO – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INOCORRÊNCIA – prazo prescricional de 5 anos (art. 206, § 5º, I, Código Civil) não decorrido – despacho citatório proferido antes do término do prazo prescricional – retroatividade do prazo com a citação válida – inteligência dos arts. 202 do Código Civil c.c. 219, caput e parágrafos do CPC – agravado que não foi desidioso e diligenciou regularmente para que se aperfeiçoasse a citação – eventual demora na prática de atos e diligências pelo Poder Judiciário que não pode ser creditada à parte para que se reconheça a prescrição – Súmula nº 106 do STJ – execução, ademais, que ficou suspensa na pendência de cumprimento de acordo, com base no art. 792 do CPC – pretensão de reconhecimento da prescrição afastada – agravo desprovido.”*

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 0000595-74.2012.8.26.0229/50001, da Comarca de Hortolândia, em que é agravante WEFERSON KENNEDY DE ARAÚJO VALÉRIO.

**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 43421)**

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, 1º de novembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**Ementa: AGRADO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGA PREJUDICADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.**

**1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.**

**2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.**

**3. Agravo interno não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão proferida pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fl. 538), que, com fundamento nos Temas 339 e 660, do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea “a”, 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 556/564).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irrisignação como agravo interno (fl. 566).

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, “a”, 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil, que preceitua:

*Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o*

recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, sendo afastada a existência de repercussão geral, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na decisão de fl. 538, ora atacada.

No tocante ao Tema 339, o Excelso Pretório, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, 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.

Com efeito, observa-se que nos acórdãos de fls. 485/494 e 505/508, após detalhada análise do conjunto probatório, restou consignado que, ao contrário do alegado pelas defesas, a prova colhida é suficiente e segura para demonstrar a responsabilidade criminal dos réus, não produzindo efeito algum as considerações tecidas pelas testemunhas em favor de Wefferson. Salientou-se que, desse modo, a anêmica e lacunosa prova testemunhal da defesa, nem de perto, abalou o seguro conjunto probatório produzido pela acusação.

Tais decisões, assim, estão em conformidade com o *decisum* do Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifica-se que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relacionada 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, não sendo reconhecida a repercussão geral.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o

provimento da presente insurgência.

**Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0083529-92.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante FABRÍCIO NEGRELI.

**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 43500)**

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, 1º de novembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**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. 192), 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. 223/232).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 233/234).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais n<sup>o</sup>s 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”, 1<sup>a</sup> 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. 192, 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 n<sup>o</sup> 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 0000240-56.2013.8.26.0576/50004, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são agravantes OSVALDO ALTINO JULIANO FILHO, KELLY CRISTINA RIBEIRO, ANA CAROLINA NOGUEIRA JULIANO, NATHALIA NOGUEIRA JULIANO e NEYDE GILDO.

**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 43498)**

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, 1º de novembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito. Hipóteses idênticas. Desprovimento.**

## VOTO

Trata-se de agravo interposto contra as decisões proferidas pela Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1.822, 1.825, 1.829 e 1.832), que julgaram prejudicados os recursos extraordinários com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea “a”, 2ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, 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.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 1.901/1.908).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fl. 1.910).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais n<sup>os</sup> 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento aos recursos extraordinários, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea “a”, 2<sup>a</sup> 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 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 e estando os acórdãos recorridos de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu nas mencionadas decisões de fls. 1.822, 1.825, 1.829 e 1.832, ora atacadas.

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. 1.562/1.579 e 1.611/1.619, consignaram que a Turma Julgadora, de início, afastou a arguição de ocorrência da prescrição, e analisando detidamente o acervo probatório, colhido nas duas fases do processo, entendeu correto o decreto condenatório, até porque muito bem fundamentado. Também restou anotado que, não se admitindo apontar fragilidade da prova, a condenação pelo delito em continuidade descrito na denúncia se afigura correta e foi bem decidida pela MM. Juíza, com motivação bastante, até porque, como é ressabido, o que a Constituição exige, no seu



artigo 93, inciso IX, é que a decisão judicial seja fundamentada, e não que a fundamentação seja exaustiva: exige-se que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, pois decisão com motivação suscinta é, sim, decisão motivada.

Tais decisões estão em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, no sentido de que o acórdão ou decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

**Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo interno.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0013103-32.2011.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravada MARIA DA GRAÇA RODRIGUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

**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 50.780)**

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, 9 de novembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

**Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.**

– URV.

– A matéria referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 561.836/RN.

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno desafiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. No julgamento do agravo interno, cumpre a eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

**Nega-se provimento ao recurso.**

## VOTO

Opôs a Prefeitura Municipal de São Paulo agravo interno contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao inciso I, do artigo 1.040, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 561.836/RN.

Alega a agravante, em síntese, que o recurso apresentado contém todos os requisitos necessários para sua admissibilidade. Aduz, ainda, que foi equivocada a aplicação do paradigma, não constando do acórdão recorrido a tese firmada na Corte Suprema de que eventuais diferenças apuradas na fase de liquidação deveriam cessar quando sobreviesse a reestruturação remuneratória da carreira.

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 artigo 33-A do Regimento Interno deste eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em cumprimento ao inciso I do art. 1.040, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, *verbis*:

*“Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE n° 561.836-RN, Tema n° 5, STF, DJe de 10-02-2014, no qual se fixou as seguintes teses:*

*I – Ao editar a Lei 8.880/1994, a União legislou sobre o sistema monetário e exerceu a sua competência prevista no art. 22, VI, da Constituição de 1988. Assim, qualquer lei, seja ela estadual ou municipal, que discipline a conversão da moeda Cruzeiro Real em URV no que tange à remuneração de seus servidores de uma forma incompatível com a prevista na Lei n° 8.880/94 será inconstitucional, mormente quando acarretar redução de vencimentos;*

*II – O término da incorporação, na remuneração do servidor, do*

*percentual devido em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória.*

*Assim, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento ao recurso extraordinário interposto.”*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 561.836/RN, correspondente ao Tema n. 5: “URV”, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

**“1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal oco ocorre, *verbí gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Consectariamente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF e na ADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verificar-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento**

**da Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo ad quem para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade.”**

Não aproveita à recorrente argumentar que, no caso em exame, a carreira do servidor experimentou reestruturação que atrairia a incidência do mesmo *leading case* em ordem a fixar o limite temporal para a incorporação de eventual percentual decorrente da não observância da conversão do padrão remuneratório em URV.

Isso porque referida tese – que não atina a fato ou a direito superveniente – somente veio aos autos ao tempo do manejo deste agravo interno, não sendo suscitada em instância ordinária, tampouco nas razões de recurso extraordinário.

Ora, a competência desta eg. Câmara Especial de Presidentes circunscreve-se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. É dizer, não é dado à recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o o fenômeno da preclusão consumativa, da qual já se ocupou a Suprema Corte no julgamento de matéria em tudo assemelhada, por acórdão cujas razões, *mutatis mutandis*, aproveitam ao caso em testilha:

*“(...) Ocorre que a matéria alegada na impugnação à execução, qual seja, a compensação de perdas salariais reconhecidas a servidor público, foi alegada em momento inoportuno. O Estado de Minas Gerais apenas veio rediscutir a matéria em sede de Execução, ao passo que deveria ter se manifestado a questão no processo de conhecimento. Com efeito, diante do relatado, verifica-se **ocorrência de preclusão consumativa na hipótese dos autos**. Primeiramente, insta salientar, que as Leis 15.293/2004 e 15.784/2005 **que determinaram o plano de reestruturação dos servidores da Educação, foram editadas antes do oferecimento da contestação**. Sendo assim, o Estado de Minas Gerais deveria ter se manifestado sobre a possível compensação no primeiro momento em que teve oportunidade de manifestar nos autos. Analisando o caso sob exame, verifica-se que após a edição das referidas leis, o Estado se manifestou nos autos diversas vezes, contudo, não levantou a matéria em nenhuma dessas oportunidades.(...) ARE 726.343/MG; Rel. (a) Min. (a) Carmen Lúcia; DJe 06.02.2013” (grifei)*

E especialmente quanto à impossibilidade de ampliar-se, em sede de agravo interno, o espectro das razões do recurso excepcional já apresentado, confira-se acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça, de cujo teor pode ser recrutado o seguinte fragmento:

*“III. Na forma da jurisprudência desta Corte, “é vedado, em sede*

*de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.” (Agint no AREsp 885651/SP; rel. Min. Assusete Magalhães; DJe 26.04.17)” (grifei)*

Da compaginação disso, constata-se que a decisão da eg. Turma Julgadora fez-se convergente ao entendimento estratificado no âmbito da Suprema Corte em regime de recursos seriais, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do inciso I do art. 1.040 do Código de Processo Civil, nada há que modificar, portanto, nesta sede.

Inexistente 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 à 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 0002843-75.2013.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S.A., são agravados ROBERTO ANTÔNIO MACHADO, REINALDO CECCI, ROSANIA MANSILHA DE ALMEIDA, ROSELI DO PRADO DE OLIVEIRA, SANDRA CARDOSO DO PRADO AMÉRICO, SOLANGE APARECIDA NOGUEIRA E NOGUEIRA, WAGNER APARECIDO DOS SANTOS, WELLINGTON MAZZUCHINI e ZILDA GONÇALVES LEMES SEBASTIÃO.

**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 45863)**

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, 10 de novembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

**Ementa:** AGRAVO INTERNO – VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO (VPA) – APURAÇÃO – MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. *“Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização – tema objeto da súmula 371/STJ.”* (STJ, recurso especial n. 1.033.241/RS, julgado em 05/11/2008, sob o regime dos recursos repetitivos).
2. *“O valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser o fixado no mês da integralização, rectius, pagamento, do preço correspondente, com base no balancete mensal aprovado. Nos casos de parcelamento do desembolso, para fins de apuração da quantidade de ações a que tem direito o consumidor, o valor patrimonial será definido com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela”* (STJ, recurso especial n. 975.834/RS, julgado em 24/10/07, com razões incorporadas ao recurso especial paradigma).
3. **Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por **Telefônica Brasil S.A.** 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. 1.033.241/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**. Alega a agravante que a discussão não versa a respeito do critério de apuração do valor patrimonial, mas sim sobre qual a data a ser considerada como aquela da integralização do capital e sobre a aplicação do enunciado da Súmula n. 371 do Superior Tribunal de Justiça aos contratos firmados sob a modalidade PCT. No mais, alega que deve ser utilizado o VPA da data da incorporação da rede ao patrimônio da Telesp, e não aquela da contratação com a empreiteira local. Acrescenta que em processo com a mesma questão jurídica controvertida foi dada solução distinta.

Não foi apresentada contraminuta (fls. 465).

**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 o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o **recurso especial n. 1.033.241/RS**, sob o regime dos recursos repetitivos, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização.

Importante ressaltar que a Corte Superior tem aplicado o entendimento supracitado, com origem no **recurso especial n. 975.834/RS**, também em contratos de participação financeira nesta **modalidade PCT**. Neste sentido, confira-se o posicionamento firmado no **AREsp n. 459.398**, relator o ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 12/03/2014:

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega a existência de divergência jurisprudencial ao entendimento de que não é possível a aplicação do valor patrimonial da ação através do balancete do mês da integralização aos contratos de participação financeira de Planta Comunitária de Telefonia – PCT, afirmando que: “(...) a Telesp sempre seguiu as determinações contidas na Lei das Sociedades Anônimas, **o que impossibilita a emissão de ações sem o necessário aumento de capital, o qual, in casu, só ocorreria com a absorção do acervo, ou seja, apenas após a finalização e entrega das obras**. 22. Portanto, o entendimento dissidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro espelha com clareza as diferenças entre um contrato e outro – PEX e PCT – de forma que, para estes, não se deve aplicar a Súmula 371 do STJ, devendo ser reformada a r. sentença para julgar improcedente a ação, eis que, in casu, **TODOS OS CONTRATOS** são do tipo PCT, de modo a prevalecer o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o devido acatamento a esta Corte Especial e a dignidade das suas decisões. 23. Desta feita, fica demonstrada a



dissidência entre os julgados apresentados, tendo em vista que o acórdão recorrido entende que a todos os contratos de participação financeira, sejam do tipo PCT ou PEX é aplicável a Súmula 371 do STJ, no sentido que seja utilizado o VPA apurado no balancete do mês da integralização, enquanto que o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro entende que há que ser diferenciado o PEX do PCT, especialmente com a finalidade do capital investido, e por consequência, entendendo pela inaplicabilidade da Súmula 371 do STJ aos casos de contratos do tipo PCT, sendo que nestes deve ser considerado o VPA da data da incorporação do acervo.” (fl. 464, grifos do original).

Contrarrazões ao recurso especial apresentadas.

É o relatório. Passo a decidir.

Em relação ao critério para o cálculo do valor patrimonial das ações, a eg. Segunda Seção desta Corte, a partir do julgamento do REsp 975.834/RS, de relatoria do em. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (DJ de 26 de novembro de 2007), firmou orientação no sentido de que o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao seu valor patrimonial na data da contratação, apurado mediante balancete do mês do primeiro ou único pagamento. Em se tratando de ações decorrentes da dobra acionária, deve ser aplicado o mesmo critério, consubstanciado no balancete mensal.

Também neste sentido: **AREsp n. 281.951**, relator ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 26/03/2013; **REsp n. 1.161.667**, relator o ministro MARCO BUZZI, DJe de 08/05/2012; e **REsp n. 1.142.849**, relator o ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 16/03/2010.

Ademais, julgado o **recurso especial n. 1.033.241/RS**, o ministro relator ALDIR PASSARINHO JUNIOR invocou expressamente, como razões de decidir, a conclusão exarada nos Embargos de Declaração opostos ao acórdão do **REsp n. 975.834/RS** que, de forma absolutamente clara, firmou orientação no sentido de que o VPA a ser considerado no cálculo de indenização tomará como base o balancete do mês em que cada autor houver efetuado o primeiro ou único pagamento.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 311/324) está em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir pela apuração do Valor Patrimonial da Ação (VPA) com base no balancete do mês da integralização. Destaca-se a ementa de fls. 312:

*“Prestação de serviços. Telefonia. Contratos de participação financeira. Programa Comunitário de Telefonia (PCT). Preliminar de ilegitimidade de uma das autoras afastada. CPF não localizado nos registros da ré. Inadmissibilidade. Demandante que acostou aos autos cópia do contrato celebrado com cláusula de retribuição em ações. Prescrição. Inocorrência. Pleito para complementação de ações. Pretensão de natureza pessoal. Inteligência do art. 177 do Código Civil de 1916 c.c.*

*arts. 205 e 2028, do atual Código Civil. Subscrição deficitária de ações. Direito à complementação do valor. Cálculo com base no balancete do mês da integralização. Inteligência da Súmula 371 do STJ. Contrato celebrado sob o regime PCT. Irrelevância. Incontroversa a emissão de ações, no caso. Indenização correspondente à diferença de ações, dividendos, bonificações e juros sobre capital próprio. Cálculo do valor da indenização. Necessidade de se respeitar os critérios fixados pelo STJ no Recurso Repetitivo nº 1.301.989/RS, observados os eventos societários ocorridos entre a data da integralização e a data do trânsito em julgado. Recurso parcialmente provido, apenas no tocante à forma de cálculo”.*

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 0000756-78.2014.8.26.0564/50003, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante EDMAR MARTINS DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43560)**

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, 16 de novembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

**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 que julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea “a”, 1ª figura, do Código de Processo Civil (fl. 823), 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. 831/847).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 848/849).

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. 823, 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 2150318-05.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

**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 22.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), 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, 23 de novembro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

**Ementa: Agravo Interno – Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário que versa matéria já decidida pelo STF em regime de repercussão geral (CPC, art. 1.030, inciso I, alínea “a”) – Hipótese que se amolda ao tema de número 917 – Agravo não provido.**

## VOTO

Irresignado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, o Prefeito do Município de Jundiáí interpôs agravo interno, sob a alegação de que as razões do recurso não se limitam à questão submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Após contraminuta (fls. 8/28), a Procuradoria Geral de Justiça propôs que fosse negado provimento ao recurso (fls. 35/38).

É o relatório.

Admissível o pronto julgamento do recurso, com o permissivo do art. 2º, I, do Assento Regimental nº 397/11 e jurisprudência da Egrégia Câmara Especial de Presidentes (cf. ARs nºs 0024030-28.2009, 0008383-28.2007, 007543-79.2008 e 0005588-02.2009), alinhada à orientação do Excelso Pretório (cf. AI 789.302/SP, 788.333/SP e 640.737/SP).

No mais, mostra-se adequada a solução monocrática, em que pese o elaborado recurso.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 878.911, reconhecendo a existência de repercussão geral, a ensejar a edição do tema de número 917, fixou a tese de que *não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, 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)*.

O caso *sub examine* amoldou-se a esse tema e o acórdão recorrido convergiu ao tratamento jurídico dispensado quando do julgamento do *leading case* (30/09/2016).

Bem de ver que, em suas razões de agravo, o Prefeito do Município de Jundiáí não apresentou novos argumentos, além dos já considerados no momento da prolação da decisão recorrida.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo interno.

# CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009372-46.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante HELIO ROSOLEN, é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

**ACORDAM**, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Dip, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, PEREIRA CALÇAS, vencido, PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e SALLES ABREU.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator Designado

### **Ementa: DÚVIDA, REGISTRO DE IMÓVEIS. DOAÇÃO.**

– Recurso interposto contra sentença que, mantendo a recusa do Oficial, indeferiu o registro stricto sensu de doação de imóvel que, adquirido na constância de sociedade conjugal em regime de comunhão parcial, foi, entretanto, doado apenas por um dos cônjuges, figurando o outro com o status de mero anuente.

– Dúvida quanto à necessidade de comparecer esse outro cônjuge na condição de outorgante doador, diante da comunicação de aquestos operada ex vi do verbete n. 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

– A anuência do cônjuge sugere, na espécie, que marido e mulher nunca tiveram o versado bem imóvel como integrante da comunhão. Circunstância que afasta a presunção sumular. Anuência que, ademais, torna inequívoca a intenção de doar (art. 112 do Código

civil).

**Óbice afastado.**

**Apelação a que se dá provimento.**

**VOTO:**

**RELATÓRIO:**

1. Indeferido o registro *stricto sensu* de doação, celebrada por escritura pública, e mantida, em processo de dúvida, a negativa originária, por sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente, do decidido apela o interessado, entendendo que era caso de inscrever-se o título.

Aduz, a tanto, que se casou na vigência do atual Código civil, de modo que não incide, na espécie, o verbete n. 377 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal. Logo, tendo sido o ora apelante o único adquirente do imóvel, e não havendo comunicação deste bem, só ao exclusivo proprietário competiria comparecer, na condição de causante, ao versado negócio jurídico de doação, ao qual, de toda maneira, anuiu também sua mulher, o que mais razão seria para que se lhe concedesse a inscrição, tal como rogada.

2. À digna Procuradoria Geral de Justiça parece que se haja de negar provimento ao recurso (fls. 67-9).

É o relatório.

**VOTO:**

3. *Datum neque concessum* que o verbete n. 377 da referida Súmula persuasória emitida pela egrégia Suprema Corte federal tenha aplicação aos casamentos celebrados na vigência do Código civil de 2002 – e a jurisprudência deste Conselho realmente vai neste sentido –, não era caso de negar-se o registro solicitado, porque a anuência dada pela mulher, no ato mesmo da doação, sugeria (ainda que *a posteriori*) que não houve a comunicação do bem: esse anuir, com efeito, é bastante indiciário de que os cônjuges nunca tiveram esse bem imóvel por integrante da comunhão, e isto é suficiente para arredar a presunção, que é *iuris tantum*, anunciada pela previsão sumular.

4. Se o que basta não bastasse, a intervenção da mulher no negócio jurídico deixa claro que era inequívoco o propósito dos cônjuges em transferir o imóvel ao donatário, o que é suficiente para entender-se como corretamente exercido o *poder de dispor*, certo que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112 do Código civil). Com efeito, *falsa demonstratio non nocet*, a “falsa exposição ou explicação do objeto dos contratos” não lhes tira a eficácia (cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado III*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 164-165, § 282) – que, *in casu*, é a eficácia translativa do domínio em



favor do beneficiário.

**TERMOS EM QUE**, dou provimento à apelação, para, reformada a r. sentença de primeiro grau, proceder-se ao registro *stricto sensu* rogado por Helio Rosolen.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024004-72.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS e ODILLA MAURÍCIA FREITAS DOS SANTOS, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE GUARULHOS.

**ACORDAM**, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.824)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de outubro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Prévía anotação de indisponibilidades de bem imóvel – Registro de escritura pública de cessão – Impossibilidade – “Tempus Regit Actum” – Precedentes do Conselho Superior da Magistratura – Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Joaquim dos Santos e Odilla Maurícia Freitas dos Santos contra a sentença de fls. 74/75 que, em dúvida inversa, manteve a recusa ao pedido de abertura de matrícula e registro de escritura pública de compra e venda e cessão.

Sustentaram os apelantes, em resumo, que a recusa ao registro não deve

prosperar, pois a escritura pública foi lavrada em data anterior às ordens de indisponibilidade.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 123/127).

É o relatório.

Trata-se de dúvida inversa, suscitada em razão da negativa de abertura de matrícula e registro de escritura pública de compra e venda e cessão de imóvel do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Guarulhos. O Oficial condicionou o deferimento do pedido ao prévio cancelamento das duas averbações de indisponibilidade dos bens da vendedora.

O caso é de se negar provimento à apelação, mantendo-se a sentença de improcedência e, por consequência, a recusa ao registro.

A ordem de indisponibilidade impede atos de alienação voluntária, já que implica a inalienabilidade e impenhorabilidade do bem. E, no caso, deve ser observado o princípio “tempus regit actum”, segundo o qual não importa o momento da celebração do contrato, mas a data de sua apresentação ao Registro Imobiliário.

Ainda que a escritura pública tenha sido lavrada anos antes da averbação de indisponibilidades, ao tempo da apresentação do título, estas já se encontravam inscritas, tornando-se óbice ao registro.

Este E. Conselho Superior da Magistratura possui precedente nesse sentido, relatado pelo então Corregedor Geral de Justiça, Desembargador José Renato Nalini (Apelação Cível n. 0043598-78.2012.8.26.0100):

“(…)”

*Sustenta o apelante que o documento particular de promessa de venda e compra não levada a registro deixa de produzir efeito de direito real e que não teve ciência do entrave no momento em que consultou a Serventia Imobiliária para a compra do bem (fl. 90).*

*Como bem observado pelo MM Juiz Corregedor Permanente, ‘O alegado pelo suscitante não procede em razão da existência da Central de Indisponibilidade (Provimento CG nº 13/2012). O nome do anuente cedente lá se encontra por ordem do juízo Federal da 10ª Vara das Execuções Fiscais da Capital e se não foi informado pelo Registrador num primeiro momento é porque ele ainda não tinha tido acesso ao documento que relacionava essa pessoa com o imóvel negociado pelo suscitante. Tanto é assim, que depois que teve conhecimento da escritura de venda, compra e cessão pôde o Oficial inserir na matrícula do imóvel a informação de indisponibilidade daquele bem.’ (fl. 83).*

*A averbação da indisponibilidade está prevista expressamente*

*nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Capítulo XX, item 1, letra 'b', n. 23 e subitens 94.1 e 102.2) e ao oficial não é lícito afastá-la sponte própria, conforme precedentes do Conselho Superior da Magistratura (entre outros, Apelação Cível nº 827-6/6, Rel. Des. Ruy Camilo, j. 27.5.08; Apelação Cível nº 870-6/1, Rel. Des. Ruy Camilo, j. 14.10.08; Apelação Cível nº 945-6/4, Rel. Des. Ruy Camilo, j. 4.11.08; Apelação Cível nº 1.062-6/1, Rel. Des. Ruy Camilo, j. 17.3.09; Apelação Cível nº 1.178-6/0, Rel. Des. Reis Kuntz, j. 20.10.09) e da Corregedoria Geral da Justiça (Processos CG 2008/81667, 2009/24745, 2008/81667 e 2009/25998).*

*A Central de Indisponibilidades alcança atos pretéritos, desde que ainda válida a ordem judicial de constrição.*

*Como bem sustentado pelo Registrador, no tocante à expedição de certidão utilizada para a lavratura da escritura, não poderia mesmo mencionar uma indisponibilidade que atinge pessoa que não consta do registro e cujo instrumento particular não veio a registro. O expediente de se utilizar a figura do cedente se dá justamente para contornar a indisponibilidade decretada (fls. 53).*

*Nesta esteira a manifestação do D Procurador de Justiça.*

*Eventual dano sofrido pelo adquirente deverá ser apurado na via judicial.*

*Insuperável o óbice questionado, conforme acima demonstrado, correta a negativa de ingresso do título no fôlio registral.”*

Em suma, sem o cancelamento das averbações das indisponibilidades decretadas, era mesmo o caso de desqualificação do título.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000348-54.2015.8.26.0111, da Comarca de Cajuru, em que é apelante MAURO ASSIS GARCIA BUENO DA SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE CAJURU.

**ACORDAM**, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.826)**

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, 9 de outubro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente – Escritura Particular de Venda e Compra de Imóvel – Questionamento das diversas exigências formuladas pelo Registrador – Pertinência do óbice relativo à especialidade subjetiva e à apresentação de certidões reais – Exigência mantida – Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Mauro Assis Garcia Bueno da Silva contra a sentença de fls. 69/71, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa ao registro de escritura particular de compra e venda do imóvel matriculado sob o nº 12.194 no Registro de Imóveis e Anexos de Cajuru.

Sustentou o apelante, em resumo: que os requisitos de uma escritura pública e de um instrumento particular são distintos; que o título apresentado identifica claramente os contratantes e as testemunhas, inclusive o representante legal da vendedora; que a referência ao título de aquisição do imóvel pelo alienante é desnecessária; que a apresentação de certidões de propriedade e de ônus reais é dispensável; que a consulta à central de indisponibilidades deveria ter sido feita pelo registrador; e que formalidades em excesso dificultam a instrumentalização de compra e venda de imóveis por instrumento particular, o que é permitido pelo artigo 108 do CC. Pede, assim, a reforma da sentença de primeiro grau (fls. 68/85).

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls.101/103).

É o relatório.

Verifica-se que a nota devolutiva decorrente do título apresentado para registro é datada de janeiro de 2015 (fls. 43).

De acordo com referida nota, o título denominado de “escritura particular de compra e venda” não comportaria registro pelos seguintes motivos: i) ausência de documentos da vendedora, pessoa jurídica, que permitam verificar a regularidade de sua representação; ii) ausência de suficiente qualificação das partes, consoante requisitos da Lei n. 6.015/73 e NSCGJ, inclusive em relação à união estável; iii) falta da descrição da forma e registro de aquisição do

imóvel pela vendedora; iv) não apresentação da certidão negativa de débitos trabalhistas; v) ausência de certidões exigidas pela Lei 7.433/85; e, vi) falta do código HASH relativa à consulta sobre eventual indisponibilidade existente.

Três das exigências do registrador devem prevalecer, mantida a impossibilidade de ingresso do título no fôlio real. Por sua vez, as demais exigências devem ser afastadas.

**Item 1 (Documentos):** No primeiro item da nota devolutiva de fls. 29, exige-se a apresentação dos documentos que comprovam a regularidade da representação da alienante “LOTEAMENTO CRUZEIRO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA.”

A regularidade da representação da pessoa jurídica está relacionada com o princípio da especialidade subjetiva e da segurança jurídica do próprio negócio e de seu consequente registro.

Sem a apresentação de certidão atualizada do registro da pessoa jurídica e da demonstração de que o representante indicado possui poderes para o ato, mostra-se inviável o ingresso do título, motivo pelo qual deve ser atendida a exigência do item “i” da nota devolutiva.

Não basta, portanto, que o instrumento particular se refira à representação da pessoa jurídica. Considerando que o negócio não passou pelo crivo de um tabelião, imprescindível que, na serventia imobiliária, os interessados comproven que aquele que representa a pessoa jurídica alienante tenha efetivamente poderes para fazê-lo.

**Item 2 (união estável):** Cediço que a união estável é fato que gera importantes consequências jurídicas. Entretanto, para que figure da matrícula do imóvel, deverá ter sido declarada judicialmente, ou estabelecida por escritura pública registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais, consoante se depreende da leitura das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, em especial, item 11.b.5, do Capítulo XX, Tomo II.

Tal norma tem importante razão de ser: evita que figurem como conviventes pessoas casadas, o que poderia gerar problemas de natureza patrimonial, incompatíveis com a segurança jurídica exigida nos registros públicos.

Com efeito, o item 115, do Capítulo VII, das NSCGJ, obsta o registro de escrituras públicas de união estável no livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais quando as partes forem “*casadas, ainda que separadas de fato, exceto se separadas judicialmente ou extrajudicialmente, ou se a declaração de união estável decorrer de sentença judicial transitada em julgado ...*”.

Portanto, em prol da segurança jurídica, para os fins de registro imobiliário, não basta mera declaração de união estável firmada pelos interessados.

**Item 5 (Certidões em Geral):** Neste item, o registrador tem parcial razão. Admitida a necessidade da apresentação da certidão de ações reais e

personais reipersecutórias e de ônus reais, afasta-se a exigência relativa à certidão atualizada de matrícula do imóvel.

Tem razão o registrador ao exigir a apresentação de certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias e de ônus reais (parte final da letra “c” do item 59 das NSCGJ). Ademais, a exigência encontra fundamento na Lei 7.433/1985.

Referida certidão não pode ser dispensada nem mesmo por ocasião da lavratura do ato notarial relativo a imóvel, pois tem como finalidade conferir segurança jurídica à transação imobiliária.

Se nem mesmo o tabelião, dotado de fé pública, pode dispensar a apresentação de certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias e de ônus reais, com mais razão deve o registrador exigir a sua apresentação dos particulares.

Já em relação à apresentação da certidão atualizada do Registro de Imóveis competente, a exigência não tem cabimento. Não se deve exigir do particular prova de fato de conhecimento do próprio registrador, já que o imóvel objeto do instrumento particular está matriculado naquele mesmo registro de imóveis.

Reconhecida a pertinência de três das exigências, as demais não devem subsistir.

**Item 3 (Descrição do Imóvel):** Ao contrário do que consta da nota devolutiva, o objeto do título está perfeitamente individuado, com precisa referência ao número de matrícula e respectivo Cartório, conforme preceituam os artigos 222 e 223 da Lei 6.015/73.

E a referência à forma de aquisição da propriedade pelo vendedor não constitui requisito do instrumento particular e a ausência dessa informação não pode servir de óbice ao registro.

**Item 4 (CNDT Trabalhista):** Tratando-se de registro de instrumento particular, exige-se somente prova do recolhimento do imposto de transmissão.

A certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT) não é exigida nem mesmo por ocasião da lavratura de escritura pública.

Nos termos do item 42 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça o tabelião tem somente o dever de cientificar as partes envolvidas de que é possível obter a CNDT, instituída pela Lei 12.440/2011 que criou o artigo 642-A da CLT.

Como a apresentação da CNDT não é exigida na lavratura de uma escritura pública, com menos razão é possível impor tal formalidade ao registro de instrumento particular.

**Item 6 (Indisponibilidade):** A ausência do código HASH não constitui óbice ao registro, pois referida providência incumbe ao registrador. Cabe ao registrador, antes da prática de qualquer ato de alienação ou oneração, proceder à consulta à base de dados da Central de Indisponibilidade de Bens (item 404 do

Capítulo XX da NSCGJ e artigo 14 do Provimento 39/2014 do CNJ).

Em suma, reconhecida a correção de três das exigências, deve ser mantida a sentença que julgou procedente a dúvida suscitada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

### DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 50.860 – com divergência)

1. Acompanho a **conclusão** do respeitável voto de Relatoria.

2. Peço reverente licença, entretanto, para lançar dois reparos.

3. *Ad primum*, observa-se que a Lei n. 6.015/1973 (de 31-12) prevê para a escrituração inaugural da matrícula e das inscrições subsequentes a observância da especialidade **subjéctiva**, com indicação do estado civil das pessoas físicas que correspondam (proprietário, credor, adquirente, devedor, transmitente; *vide* § 1º do art. 176: alíneas *a* do n. 4 de seu inc. II e do n. 2 de seu inc. III).

Ora, fato ou, se se quiser, ato jurídico, a união estável **não altera** o estado civil dos conviventes, de tal sorte que não parece justificar-se inscreva-se sua existência factual no Livro n. 2 do Registro imobiliário.

A meu ver, com o devido respeito, o *locus* atrativo da inscrição de eventual contrato referente a união estável é o Registro de Títulos e Documentos, até porque o Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais está destinado a recolher atos “relativos ao estado civil” (p. ún. do art. 33 da Lei n. 6.015), e, como ficou dito, **a união estável não modifica o estado civil**.

4. *Ad secundum*.

Na nota devolutiva – datada (*nota bene!*) de 14 de janeiro de 2015 (fls. 43) –, o Ofício de registro de imóveis também pôs, por exigência ao deferimento do versado registro *stricto sensu*, a apresentação das **certidões de feitos ajuizados** (§ 2º do art. 1º da Lei n. 7.433, de 18-12-1985 – Lei das Escrituras, *em sua redação original*), ou seja a apresentação das **certidões de ações reais e pessoais reipersecutórias** (inc. IV e § 3º do art. 1º do Decreto n. 93.240, de 9-9-1986).

Na data da prenotação, essas certidões realmente não podiam ter sido dispensadas (cf. § 1º do art. 215 do Código Civil) – salvo, decerto, no caso de conteúdo negativo, em que a praxe admitia que se lançasse na escritura pública a declaração de mera da inexistência de ações (§ 3º do art. 1º do Decreto n. 94.240/1986 e letra *e* do item 59 do cap. XIV do tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria de São Paulo).

No curso do processo de registro, todavia, **o requisito legal de apresentação de certidões de feitos ajuizados foi revogado**, por força do art. 59 da Lei n. 13.097/2015, de 19 de janeiro, que deu ao § 2º do art. 1º da Lei das



Escrituras a seguinte redação:

“O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.”

Suprimiu-se, portanto, a referência às certidões de ações pessoais e reipersecutórias, do que se conclui, **no âmbito da legalidade estrita**, que perderam força normativa não só a primeira parte do inciso IV do art. 1º do Decreto n. 93.240/1986, como ainda as Normas de Serviço (letra *c* do item 59 do cap. XIV do tomo II; *verbis*: “bem como a de ações reais e pessoais reipersecutórias”).

Neste sentido, a egrégia Corregedoria Geral da Justiça já publicou aviso (Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, 13-3-2015, caderno administrativo, p. 13-14) dando conta da “*dispensa da exigência de apresentação de certidões dos distribuidores judiciais para a lavratura de escrituras relativas à alienação ou oneração de bens imóveis*”.

Assim, considerando que a exigência de certidões de feitos ajuizados era meramente complementar (e não completiva) da causa jurídica da pretendida transmissão (podendo, pois, ser suprida depois da prenotação) e, mais, que hoje este requisito mais **não** se impõe, o registro *stricto sensu* não poderia indeferir-se por este versado motivo razão. A exigência, pois, ficaria afastada.

5. Averbo, por fim, que, com estas reverentes minhas divergências, a apelação não merecia provimento, assim bem o concluiu o voto de relação, porque os demais óbices em pauta (falta de prova da regularidade de representação e ausência de suficiente qualificação das partes) impediam efetivamente a inscrição, tal como foi ela rogada.

É, *da veniam*, **meu voto**.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

## NOTICIÁRIO

### **PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Tribunal de Justiça)**

Mensagem lida por ocasião da posse dos Desembargadores Amable Lopez Soto e Marcos Gozzo (Solenidade realizada em 10.11.2017).

“É certo que o magistrado convive com a dúvida. E como na oração “Instante Sagrado”, deve pedir a Deus que proteja as suas dúvidas, afinal a dúvida o faz crescer porque obriga a olhar sem medo para as muitas respostas de uma mesma pergunta. E para que isto seja possível, pede a Deus que proteja as suas decisões, pois é preciso ter coragem para, depois da dúvida, ser capaz de escolher entre um caminho e o outro, afinal, o sim será sempre um sim e o não sempre um não. E para que isto seja possível, pede ao Senhor que proteja suas ações, de modo que o pão de cada dia seja fruto do melhor que leva dentro de si mesmo. O magistrado pede ainda que proteja os seus sonhos, pois independentemente da idade ou de sua circunstância deve ser capaz de manter acesa no coração a chama sagrada da esperança e da perseverança. O desejo de acertar é importante e merece todo o seu esforço, e ele é que o faz ver que tudo é possível, desde que esteja totalmente comprometido com o que faz”.

### **AMABLE LOPEZ SOTO (Desembargador)**

Discurso proferido por ocasião de sua posse e do Desembargador Marcos Gozzo (Solenidade realizada em 10.11.2017).

Saúdo as autoridades aqui presentes e já nominadas pelo cerimonial, bem como todas as demais pessoas, senhoras, senhores que aqui comparecem.

O tempo que me foi cedido é deveras breve, portanto vou procurar focar mais naquilo que acredito para o futuro do que em fatos passados e que me trouxeram até aqui.

Após 42 anos de serviço público, dos quais pouco mais de vinte e oito na Magistratura Bandeirante, chego ao mais alto posto do Judiciário - o de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Quis o destino que, tendo iniciado minha vida pública como contínuo em

Serviço de Notas na cidade de São Vicente e percorrido, na Magistratura, toda uma vida na área cível, inclusive na docência e no mestrado, viesse agora a ocupar uma cadeira junto a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, onde já me encontro na condição de Substituto há pouco mais de seis anos.

Essa vinda ocorre justamente quando a sociedade mais precisa de segurança. Ninguém sabe se volta para o seio da sua família e, se volta, em quais condições.

Muitos, como nunca antes visto, desistem do país, vão embora, não tanto por razões de ordem econômica, como no passado não tão distante, mas, principalmente, levados pelo medo de algo acontecer consigo ou com um ente amado. A necessidade de viver seus dias sem um permanente estado de alerta, os seduz. Não os recrimino. Todos almejamos por uma vida mais segura.

Nesse estado de violência que vivemos, minha presença neste cargo tem, de útil, muito e pouco ao mesmo tempo.

Muito porque, posso trabalhar, me dedicar mais, cuidar da quantidade e da qualidade dos julgamentos, enfim, decidir de forma que a Justiça seja melhor realizada, com celeridade e em prazo razoável, aliás como manda o texto da nossa Constituição.

Na prática, esse muito é pouco perto do grau de violência já instalado no país. E, um “enxugar gelo” mais rápido, pouco ajudará, porque, o nosso dilema não está no ritmo do “enxugar”, mas no “gelo”, nas razões objetivas que levam a tanta criminalidade. Condena-se um infrator hoje e, no mesmo dia, há muitos outros ocupando o seu lugar. E assim vai, como um mar sem fim.

Não acredito que o destino me trouxe até aqui para simplesmente julgar, mas também, para questionar, influir, atuar naquilo que o cargo de Magistrado e a minha condição de cidadão assim o permitir.

Urge, portanto, exteriorizar algumas das causas, face o caráter fragmentário da criminalidade e que geram, em maior ou menor intensidade, a prática de tantos crimes.

Qualquer estudioso do tema certamente vai apontar alguns dos fatos que ora descrevo, como sendo, de alguma forma, fomentadores da criminalidade. A sociedade precisa fortalecer o conhecimento desses fatores para não se iludir com falsas posturas que nos afastam da essência de suas reais causas, tais como, aumento de penas, inclusive de morte, endurecimento de regimes prisionais, armamento de pessoas “de bem” etc., como por vezes ouvimos nos meios de comunicação.

Nada disso caminha para a solução desse delicado problema, muito ao contrário.

A nossa legislação penal tem hoje, certamente, mais que o dobro da gravosidade que tinha à época em que estudei Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, isto na década de 80, do século

passado, porém, de lá para cá, os números da criminalidade aumentaram várias vezes. O nosso estado de alerta hoje é muito maior.

Observo agora algumas medidas que, se implementadas, certamente permitirão a diminuição dessa criminalidade.

Não vou dizer nada de novo, mas tudo começa na educação. Crianças e adolescentes devem permanecer nas escolas pelo tempo máximo possível. Só assim acumularão valores, conhecimento, discernimento entre certo e o errado, principalmente quanto aos efeitos maléficos que suas condutas podem causar à sociedade. É incrível que ainda hoje falemos em período escolar da manhã, da tarde e da noite. Quem estuda só pela manhã, o que de bom faz a tarde e à noite, o que aprende(?) e onde(?). A educação deve ser ministrada em período integral, permanentemente. Assim o é no mundo civilizado. Assim devemos buscar que ocorra aqui também.

**Tomo a liberdade para abrir um parênteses na minha fala para exemplificar como a sociedade valoriza os bons governantes que cuidam bem de seus filhos, lembro do meu amigo e hoje Vice-Governador do Estado – Marcio França, que há muito não o via pessoalmente que, assim que assumiu o primeiro mandato de Prefeito na cidade de São Vicente, inaugurou creches por toda a cidade, retirando as crianças das ruas e viabilizando o trabalho de seus pais, e, ao final do seu mandato, concorreu e venceu novamente às eleições para um novo mandato, salvo equívoco, com 92% dos votos dos eleitores da cidade. Nunca vi tamanha demonstração de agradecimento e certamente os senhores também não. A sociedade sabe valorizar quem nela, de verdade, pensa e age.**

Só o conhecimento pode nos levar a ter uma sociedade mais igualitária, mais justa, sendo essa a premissa imprescindível para o respeito às regras legais.

No assunto segurança falar da polícia é imprescindível. Não conheço no mundo país que forneça segurança sem polícia.

Menciono polícia no singular porque não consigo entender uma polícia dividida, até no mais básico, na sua formação – civil e militar. A polícia deve ser uma só e com um só objetivo. Policiais melhores remunerados, com formação mais integrada às necessidades da sociedade e com uma estrutura de inteligência a guiá-los, seria o melhor dos mundos.

Porque será que ao estarmos fora do Brasil, conversamos naturalmente com policiais nas ruas ou em qualquer lugar, vamos a um posto policial sem vacilar e, aqui, evitamos ao máximo esse contato. Vivemos em mundos separados e isso está errado e precisa ser corrigido. Precisamos viver conhecendo mais a nossa polícia e a polícia necessita se relacionar mais conosco.

Hoje estão tentando, mas o Ministério Público não pode ficar enfraquecido. A sociedade precisa estar atenta e não permitir que se retirem poderes

conquistados há muito custo. O Ministério Público talvez seja, a única instituição razoavelmente instrumentalizada para processar, com êxito, aqueles que se encontram no andar de cima da sociedade e que, via de regra, são os maiores causadores da grande criminalidade e que muitas vezes acabam não sendo molestados.

Ultimamente muito se tem falado do estatuto do desarmamento, em flexibilizá-lo ou mesmo extingui-lo. Seria uma volta aos tempos das trevas, apagando um dos poucos avanços nessa área, onde até há pouco mais de vinte anos tínhamos armas sendo oferecidas em publicidade paga em grandes jornais. Essas armas ainda estão aí, no seio da sociedade, fortalecendo a criminalidade e permitindo mais mortes. Arma talvez seja o único instrumento criado pelo homem que tem uma só finalidade, matar. Precisamos de mais décadas impedindo o porte e a posse de armas, venham de onde vierem, do Brasil ou do estrangeiro, para começarmos a sentir um clima de maior segurança.

Toda e qualquer arma deve ser banida entre aqueles que não tem o compromisso com a segurança de toda a sociedade, não somente de si.

Para aqueles que se encontram fora da área restrita da segurança coletiva, não existe arma de “mocinho” ou de “bandido”, ela sempre irá parar em mãos inadequadas e direcionada para a morte de alguém.

Não podemos transigir com instrumentos que só trazem morte e sofrimento. Não falo só das vidas de brasileiros, mas do mundo, particularmente dos povos menos desenvolvidos, com governos tiranos e autoritários ou, já nos esquecemos de que somos o terceiro maior exportador de armas e já detemos aproximadamente 10% das exportações mundiais e, o que é pior, com pouquíssima ou nenhuma transparência, não tendo o Brasil ainda ratificado tratados internacionais que exigem a publicidade na movimentação de armas exportadas para o mundo.

Só países verdadeiramente desenvolvidos do ponto de vista econômico e social não precisam de muitos freios na permissão de vendas de armas (EUA não o é exemplo). Em países mais evoluídos, na prática, o cidadão lúcido e consciente as ignora.

Por fim, mas nem de longe menos importante, precisamos também repensar a questão das drogas.

O que temos hoje. Um tema do campo jurídico onde um policial interpreta se o caso é de posse ou tráfico e leva a pessoa, geralmente um jovem - que está ali sustentando seu vício -, ao Delegado e lá, lavrado o flagrante, o prende. Preso numa cela com dezenas de outros, até para sobreviver, se vincula forçadamente a interesses de gangues e, a partir daí, a prática de crimes, dentro e fora da prisão, vira rotina. É isso que vemos no nosso dia a dia.

Esse tema deveria se encontrar no campo da medicina, onde o dependente deveria se deparar com um enfermeiro ou médico e tratado como paciente em

estabelecimento adequado ao seu vício, não preso em Delegacia.

Questões ligadas à aquisição e vendas de drogas devem ser resolvidas na Drogaria e a entrega mediante atestado médico e não com o traficante da esquina. Assim o mundo civilizado tem encontrado um caminho.

Sem a venda de drogas, o traficante vai a falência e a criminalidade organizada se enfraquece, quer pela falta do dinheiro, que a movimenta, quer pela diminuição que se fará na arregimentação de jovens. Sem a fissura pelas drogas, diminuirá a necessidade de se tomar o patrimônio alheio e, por vezes, a vida.

Assim, não estaremos trocando um problema por outro. A estratégia demonstrada no combate ao tabagismo, com a aplicação de medidas pontuais, exemplo de sucesso no mundo, já nos serve de roteiro.

Enfim, pareceu-me importante que, nesta data em que tomo posse no cargo de Desembargador, todos conheçam o que penso e como encaro os problemas que nos afligem na área da segurança. Esse é o caminho - sempre dentro da legalidade -, que devo seguir.

Por fim, não poderia deixar de agradecer o apoio, os ensinamentos e amizades que meus familiares, amigos, colegas e professores me deram pelo tempo que estou neste mundo e dizer - MEU MUITO OBRIGADO.

### **LUIS SOARES DE MELLO NETO (Desembargador)**

Discurso proferido por ocasião do encerramento do Projeto “Justiça Bandeirante” (Cerimônia realizada em 12.11.2017).

Sr. Presidente.

Há 14 anos atrás, no velho e saudoso **TACrim, Presidente Paulo Dimas**, quando a informática em nossas Cortes ainda era “a lenha”, digamos assim, lá estava a guerreira **Rosely Castilho** às voltas, desde então, com os novos desafios, sempre com sua invulgar competência, imaginação e capacidade inegáveis, a capitanear os novos tempos que vieram rápido e alucinantemente.

De lá para cá, tive e tenho tido a felicidade e privilégio de acompanhar de perto os trabalhos daquilo que se transformou numa gigante STI, o que me envaidece sobremaneira, mais ainda por estar sendo mantido na Coordenadoria da Informática e Presidência da Comissão Correspondente, também em sua exitosa gestão, **meu Presidente**, enfrentando e dividindo com os Presidentes da Corte as enormes e incontáveis responsabilidades que isto traz.

Pois foi e está sendo na gestão de Vossa Excelência, Sr. Presidente, que outras grandes e espetaculares alterações de extrema envergadura e excelência vieram a ser introduzidas com sucesso absoluto em nossa Corte.

Trata-se do **Projeto Justiça Bandeirante**, que veio como um *tsunami* repentino, mas que, ao invés de criar uma terra arrasada, acabou por surpreender positivamente e só angariou benefícios à Administração da Corte.

Em menos de dois anos, exatamente nesta profícua gestão, mais de 30 mil capacitações foram realizadas para servidores e juízes; mais de 76 mil quilômetros percorridos pelo Estado de São Paulo, com aumento de 24% nas movimentações mensais específicas de magistrados e 25% na quantidade de documentos produzidos.

Além disso, também importante o registro de que 571 ações de trabalho de boas práticas foram disseminadas, bem como a constatação concreta de que 97% dos participantes do Projeto concordaram que as práticas apresentadas contribuíram para o aumento da produtividade, com possibilidade de aumento de 30 a 40% de produtividade, após capacitação tal, como exemplo, a **UPJ1** - Unidade de Processamento Judicial 1 do Fórum João Mendes.

Tudo isso, traduzido em apenas três palavras e como já deixei anotado no início, tem um nome: **Projeto Justiça Bandeirante**.

Três palavras que, apesar de curtas e de fácil pronúncia, representam uma revolução sem igual em nossa Corte, que, mais uma vez, se ofereceu como vanguardista em louváveis ações de dignificação do seu quadro funcional, agora por meio da capacitação.

E é exatamente a razão pela qual melhor nome não poderia ter sido atribuído ao Projeto: **Justiça Bandeirante**, referindo-se aos destemidos desbravadores que contribuíram para a expansão de nossa nação, entre os séculos XVI e XVIII.

O paralelo tirado conduz à conclusão exata de que nosso Projeto Bandeirante procurou desbravar para o futuro que se aproximava, e hoje se faz presente ao nosso lado.

O futuro, então, está aqui, hoje e agora.

Por meio da quebra ininterrupta de paradigmas, ousando e disfarçando-se de “atividade meio”, na verdade, a iniciativa surgida nesta vitoriosíssima gestão presidencial de Vossa Excelência, **Sr. Presidente**, teve este louvável viés, qual o de abrir novos caminhos e, coadunando-se com o regramento constitucional pátrio, proporcionar um alcance mais célere e efetivo da pacificação social.

Pacificação esta que, em nosso país, em que impera a “*cultura do litígio*” – a ponto de fazer, como todos sabemos, de ser nosso Tribunal **o maior do mundo em volume de processos**, encontrou inigualável auxílio na famigerada tecnologia.



Estabeleçamos o paralelo.

O que seria de **Aristóteles** sem seu mestre **Platão**?

E deste, por sua vez, sem **Sócrates**?

De nada adiantaria oferecer ferramentas, sem que seus receptores fossem capazes de utilizá-las corretamente, ante a falta de mestres.

Corolário, o mau uso da tecnologia estaria posto à mesa - *bem e assim consequentemente, do já apertado orçamento público*.

E justamente nesse ponto atendeu-se demanda há muito existente em nosso Tribunal, que é a capacitação do servidor, promovida pelo Projeto Justiça Bandeirante.

Colocando-se como verdadeiros mentores para os demais funcionários, os integrantes dessa admirável equipe obtiveram assombroso êxito, acima de tudo por serem vistos por seus pupilos como “*gente como a gente*”.

Com isso, em concordância, desta vez, com o próprio princípio da dignidade humana, a quebra de paradigmas foi diária e consistiu na demonstração ininterrupta das vantagens trazidas pela adoção das melhores práticas sistêmicas.

E o conhecimento, como cediço, não apenas traz um resultado imediato à sociedade, cujos conflitos se resolvem mais rapidamente ante o máximo aproveitamento das ferramentas informatizadas, como ao meio-ambiente, privilegiando técnicas sustentáveis e, acima de tudo, ao próprio servidor, dignificando-o.

O conhecimento, isto é conceito básico, como se sabe, dignifica aquele que o detém, proporcionando-lhe, em concomitância, maior efetividade no labor diário e menor cansaço mental, criando, para muito além disso, uma sólida, rígida e intransponível musculatura intelectual para toda a instituição.

Nessa linha, nosso Tribunal se enrijeceu, não no sentido de tornar-se estagnado e resistente, mas no significado literal da palavra, tornando-se mais forte, ante o desenvolvimento e atualização profissional de seus servidores, que passaram a analisar as atividades cotidianas de forma crítica e colaborativa, fomentando o cultivo geral de conhecimento.

Ineditamente começaram a agir como verdadeiros sócios e colaboradores da instituição, ativamente provendo diagnósticos, sugerindo melhorias e disseminando o saber.

E a informática, chave-mestra de toda a já relatada dignificação pessoal e da célere consecução da paz social, avança num piscar de olhos, trazendo progressos cada vez mais significativos.

Justamente por isso, necessário que a capacitação seja adotada como Política Pública institucional, balizando-se com o plano interno deste Egrégio Tribunal e a Resolução 211/2015 do CNJ.

Muito trabalho foi feito – *e continuará a sê-lo.*

Imensos resultados foram atingidos – *e continuarão a sê-lo.*

Inúmeras pessoas foram capacitadas – *e outras o serão.*

O que não pode e não deve parar, nunca, é a disseminação do saber, ferramenta pela qual aqui chegamos e, a cada dia, imensamente mais longe iremos chegar.

Finalizando.

Parabéns ao Projeto Justiça Bandeirante, ao mesmo tempo, **Sr. Presidente Paulo Dimas**, que com muita honra quero cumprimentar e agradecer efusivamente a Vossa Excelência, **não só pela gestão, em si e como um todo**, como e especialmente na parte que se dedicou e se empenhou no desenvolvimento da informática, e no específico ao **Projeto Bandeirante**, ao mesmo tempo em que deixo meus profundos respeitos e enorme e gigantesca admiração a toda equipe do STI envolvida nessa situação, o que faço em nome da **Sra. Secretária de T.I., Dra. Roseli Castilho**, além de meu companheiro brilhante de Comissão, **Dr. Antônio Carlos Alves Braga Jr, e mais e é claro, jamais poderia deixar de referir a esta sua competentíssima, preciso repetir, competentíssima equipe de apoio dos juízes assessores da área, Drs. Tom Alexandre Brandão e Aléssio Martins Gonçalves.**

Muito obrigado pela palavra.

## **MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Corregedor-Geral da Justiça)**

Discurso proferido por ocasião da instalação das 1ª e 2ª Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem e da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital (Solenidade realizada em 05.12.2017).

Exmo. Sr. Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Presidente deste Tribunal de Justiça e desta sessão de Instalação das Varas Empresariais e de Conflitos Relacionados à arbitragem e da 3ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da Capital.

Na pessoa do Presidente Paulo Dimas saúdo todos os presentes nesta solenidade, pois, tratando-se de um evento ligado ao Direito Empresarial e da Atividade Negocial o formalismo e as pompas devem ser abolidos.

Hoje é dia de júbilo para São Paulo e para o Brasil. O Tribunal de Justiça



de São Paulo promoveu em 9 de junho de 2005 a instalação de duas Varas especializadas, das três criadas na Capital e da Câmara Especial em falências e recuperações judiciais, unidades judiciais instituídas com o escopo de promover a interpretação da então nova Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Cumpria-se, desta forma, a Resolução nº 200/2005 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que remanejou as 48ª, 49ª e 50ª. Varas do Foro Central da Comarca de São Paulo que foram remanejadas em, respectivamente, 1ª, 2ª. e 3ª. Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital, com competência para processar, julgar e executar os feitos relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios e seus incidentes, disciplinados pela Lei Federal nº 11.101/2005. Assumiram a titularidade da 1ª e 2ª Vara, respectivamente, O Juiz Alexandre Alves Lazzarini e o Juiz Cario Marcelo Mendes de Oliveira.

Na mesma data foi instalada a única Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, nos termos da Resolução nº 207/2005, editada pelo Órgão Especial de nosso Tribunal de Justiça, com competência para os recursos e ações originárias relativas à falência, recuperação judicial e extrajudicial, disciplinados pela Lei nº 11.101/0205. Foram eleitos e designados para a câmara especializada os Desembargadores Sidnei Beneti, Boris Kauffmann, Elliot Akel, Romeu Ricupero, Uno Machado, José Araldo da Costa Telles e eu. Também entraram em exercício nossos leais servidores, sendo materialmente estruturadas as novas unidades.

Em 29 de junho de 2011, em cumprimento da Resolução nº 538/2001, foi instalada a Câmara Reservada de Direito Empresarial, integrada à Seção de Direito Privado, cujos considerandos merecem ser aqui repetidos, porque servem para justificar tudo o que aqui hoje se realizada e comemora:

Considerando-se a conveniência de especialização de órgão fracionário sobre temas específicos relevantes, com vista, além da sempre desejada maior agilidade nos julgamentos, à uniformização da jurisprudência e à segurança jurídica, bem como considerando que as relações comerciais, a envolver não só o Direito empresarial, como a propriedade industrial, a concorrência desleal e a franquia, constituem-se temas especiais e de grande importância para o desenvolvimento econômico, devendo, por isso, contar com julgamentos céleres e dispor de jurisprudência solidificada.

A competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial abrange as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro 11, Parte Especial do Código Civil (artigos 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976, bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas na Lei nº 9.279/1996 e a franquia (Lei nº 8.995/1995), incluindo também as ações principais

e cautelares derivadas de arbitragem em relação a litígios sobre as matérias de competência da Câmara de Direito Empresarial. Os Desembargadores Titulares da então única Câmara de Direito Empresarial foram: o saudoso Romeu Ricupero, José Reynaldo, Ricardo Negrão, Ênio Zuliani e este que vos fala.

Em 1º de dezembro de 2011 o Órgão Especial de nossa Corte de Justiça edita a Resolução nº 558/2011, que unifica a competência da Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial e da Câmara Reservada de Direito Empresarial, as quais passam a designar-se, respectivamente, 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, formando, ambas, o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Estas Câmaras Empresariais, com exclusão dos feitos de natureza penal, assumem a competência para julgar os recursos e ações originárias da Lei de Falências e Recuperações Judiciais e a matéria de direito empresarial acima declinada.

Está é a história contemporânea da especialização em primeiro e segundo grau dos julgamentos da matéria empresarial e falimentar do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Hoje continuamos a fazer história.

Verticaliza-se em sua completude a especialização em direito empresarial e direito falimentar e recuperacional, instalando-se duas das três varas Empresariais e de Conflitos relacionados à arbitragem: da Comarca da Capital, com os respectivos Ofícios Judiciais e cargos de Juiz de Direito, criados pela Lei Complementar nº 1.149/2011, com competência territorial abrangente de toda a capital. Cumpre esclarecer que não haverá redistribuição dos feitos em andamento nas Varas Cíveis do Foro Central e Foros Regionais e nas Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital.

Todos que nos encontramos neste recinto do Fórum João Mendes Jr., bem como inúmeras pessoas, servidores, advogados, magistrados, professores, que aqui se encontram ou que, por qualquer motivo, não puderam comparecer a esta solenidade, compartilharam da empreitada de darmos mais este passo importante para a especialização da jurisdição empresarial.

Agradeço o empenho da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, IASP, AASP, MDA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, ASSOCIAÇÃO CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL, INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS, DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL DA PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Sem a colaboração científica, política, tecnologia e emocional de todas estas instituições, não teríamos conseguido concretizar este sonho, que contribuirá para logramos obter maior celeridade e maior qualidade técnica das

decisões que serão proferidas em matéria empresarial, ganhando mais agilidade, maior profundidade, segurança jurídica, elementos indispensáveis ao regular funcionamento da econômica brasileira, servindo ainda de incentivo para que São Paulo e o Brasil passem a figurar como destinatários relevantes para os investimentos internacionais no mercado brasileiro.

Muito obrigado a todos.

### ANGÉLICA DE MARIA MELLO DE ALMEIDA (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da posse solene da magistrada Kenarik Boujikian no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 12.12.2017).

Senhor Presidente, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, senhoras e senhores,

Honrada e privilegiada em saudar Vossa Excelência, Desembargadora Kenarik Boujikian.

O mito histórico, que vedava à mulher o exercício da magistratura, no âmbito da Justiça Estadual Paulista, nos idos de 1980, é desmantelado, por três magistradas: Iracema Mendes Garcia, Zélia Maria Antunes Alves e Berenice Marcondes Cesar, as duas primeiras aposentadas, a última, desembargadora desta Corte.

Mito histórico quebrado pela desembargadora Luzia Galvão Lopes da Silva que, nos idos de 1989, por primeiro, integrou o segundo grau de jurisdição, no então Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Se, por dezesseis anos, o ingresso de mulheres, na magistratura paulista, foi reduzidíssimo, a partir de 1996, com o advento da vedação da identificação de candidatas e candidatos, visando preservar a igualdade, notadamente, a igualdade de gênero, raça, etnia, houve significativa mudança. Mudança que, por certo, será sentida com a adoção das cotas raciais, em decorrência da Resolução 203/2015, do Conselho Nacional de Justiça. Ação afirmativa adotada pela Comissão de Concurso, em andamento nesta Corte.

Somos hoje **865** magistradas em universo de **2178**, em primeiro grau de jurisdição. Somos **28** desembargadoras nesta Corte, integrada por **331** desembargadores.

A presença e a fala das mulheres, em locais que lhes eram até então

proibidos, ou pouco familiares, representam uma inovação no século XIX. As mulheres começam a ter acesso à universidade, no período entre as duas guerras mundiais, como assinala a historiadora Michelle Perrot.

De lá para cá, avanços são sentidos, vivenciados e desencadeados mundo afora, conquistas do movimento de mulheres.

No Brasil, não há dúvida; há avanços relevantes.

Graças à luta de muitas mulheres, nossas avós, nossas mães, que abdicaram de seus sonhos para que a geração seguinte pudesse ter condição de realização pessoal; graças à luta de muitas mulheres, muitas presentes nesta cerimônia, que se organizaram, questionaram hábitos culturais arraigados, leis e interpretações jurisprudenciais que, por ventura, sustentavam a reprodução da desigualdade de gênero; graças à cumplicidade e solidariedade de muitos homens que contribuíram para esta luta .

Entretanto, os fios que tecem a sociedade brasileira ainda estão impregnados pela desigualdade. Nós, magistradas e magistrados, estamos inseridos em sociedade em que as relações sociais entre mulheres e homens são assimétricas. Exige-se da mulher o desempenho de papéis preestabelecidos; devem as pessoas corresponder às imagens que a sociedade constrói do masculino e do feminino, como enfatiza a socióloga Heleieth Saffioti, em seus preciosos trabalhos.

Desigualdade que decorre de processos socioculturais que, em simbiose, com raça, etnia, condição econômica e social, constroem e reproduzem a desigualdade de gênero.

A atuação das magistradas e magistrados pode representar meio de reprodução da desigualdade de gênero. Ou, pode operar como instrumento de transformação, na medida em que assegure relações de gênero mais igualitárias, ao dar concretude ao princípio constitucional da igualdade entre as pessoas, como asseguram a Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais, notadamente, a Convenção de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Cabe ao Judiciário, portanto, papel ímpar, na medida em que a decisão judicial reflète-se de modo sensível e concreto, na comunidade. Pode contribuir para a construção de sociedade mais igualitária, respeitada a diversidade, mais justa. Pode contribuir, na medida em que, ao encampar políticas públicas de igualdade de gênero, o Poder Judiciário exterioriza a opção em não compactuar com a discriminação de gênero. Basta ter em conta as campanhas de iniciativa desta Corte, #somostodosmariadapenha, isso tem nome: feminicídio, assédio sexual nos transportes.

Desenhado ligeiro cenário, receber a desembargadora Kenarik Boujikian, em **dezembro de 2017**, representa momento auspicioso.

A menina de Kesab, Síria, desde jovem, no Brasil, dedicada a atividades sociais, recreacionista da União Brasileira Israelita do Bem Estar Social,



monitora do Mobral, alfabetização de adultos. Cursa a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Turma de 1984. Exerce atividade de trabalho, no Banco Itaú. Dedicada à Advocacia Dativa. Advogada da Fundação do Amparo ao Trabalhador Preso (1987). Procuradora do Estado de São Paulo, em 1988. Na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, obtém o título de especialista em Direitos Humanos.

Ingressa na Magistratura de São Paulo, em janeiro de 1989, atuando em Piracicaba, São Bernardo do Campo, Pilar do Sul, Cajamar. Em 1991, promovida a Juíza de Direito Auxiliar e, em 2004, promovida a Juíza Titular da 16ª Vara Criminal da Capital. Assume o cargo de juiz substituto em Segundo Grau, em 2011. Promovida a desembargadora, em 8 de novembro de 2017.

Fundadora da Associação Juizes para a Democracia, foi presidenta e Secretária Executiva. Presidenta da Federação de Associações Juizes para a Democracia da América e Caribe.

Comprometida com a defesa dos direitos humanos, a desembargadora Kenarik Boujikian tem participação em eventos, comissões e grupos de trabalhos, muitos deles integrados, por representantes da sociedade civil. Envolvem particularmente o tema do encarceramento, a condição das pessoas encarceradas, notadamente, da mulher encarcerada e das crianças nascidas em situação de encarceramento. Entre outros, o Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça, em 2011. Participou de seminários e congressos, como palestrante, versando sobre os temas Poder Judiciário e encarceramento feminino. Tem vários trabalhos e artigos publicados.

Recebeu o prêmio Franz de Castro Holzwarth de Direitos Humanos. Premiação concedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (2002).

Prêmio Paulo Freire de Psicologia - Outorgado pelo Conselho Federal de Psicologia, pelo compromisso com a construção do bem comum.

Prêmio Chico Mendes de Resistência - Outorgado pelo Grupo Tortura Nunca Mais (2006).

Homenageada pela Fala Preta – Organização de Mulheres Negras pelo compromisso com a população negra e os direitos humanos, 2007.

Homenageada pela HOM ARPI, a mais antiga organização feminina armênia, que integra o Conselho Econômico e Social da ONU (2013).

Em 2016, é agraciada com a Medalha Theodosina Rosário Ribeiro, conferida pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo às mulheres que se destacam, na sociedade, por sua contribuição ao enfrentamento da discriminação racial e defesa dos direitos das mulheres do Estado de São Paulo (2016). Ano em que nossa desembargadora recebe o título de Cidadã Paulistana, por sua atuação em prol dos direitos humanos.





Trajetória de vida, que fala, por si só, magistrada de longa experiência, na esfera criminal, tendo sob sua batuta a 16ª Vara Criminal da Capital. Ao longo da carreira, por sua atuação competente, dedicação e sensibilidade, granjeou o respeito e admiração de seus pares, funcionárias e funcionários, advogadas e advogados e integrantes do Ministério Público.

Trajetória de vida trilhada e compartilhada com os três filhos: Mariana, Izabel e Marcelo.

Trajetória de vida compartilhada, em algum momento e de algum modo com cada uma das pessoas, que participam desta cerimônia de posse.

Trajetória de vida, desembargadora Kenarik, que reflete o pensar de Rubem Alves, espaço da Justiça deve ser o espaço da sensibilidade, espaço em que a dignidade da pessoa humana deve ser resgatada.

Receba, desembargadora Kenarik Boujikian, nossas boas vindas.